



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado

Actividad Formativa Equivalente a Tesis, AFE, para optar al grado de Magíster en
Derecho, con mención en Derecho Público.

LA SITUACIÓN DE VULNERACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
ABORDADA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA ENTRE 1833 Y 2018.

Postgrado : Magíster en Derecho, con
mención en Derecho Público.

Profesor Guía : Eric Eduardo Palma
González.

Alumna : Catalina Pérez Orellana.

Santiago - Chile

2018

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: Protección a la infancia desvalida durante la vigencia de la Constitución de 1833. El niño como objeto de protección.	13
1.1. Contexto Histórico y análisis de la conformación de la sociedad chilena del siglo XIX y principios del siglo XX.	20
1.2. El niño visto como objeto de protección.	28
1.2.1. Análisis de la Ley N° 2.675, de 1912, que protege la infancia desvalida.	33
CAPÍTULO II: La Doctrina de la infancia en situación irregular que surge bajo la vigencia de la Constitución de 1925.	42
2.2. Análisis de la Ley de Protección de Menores N° 4.447, de 1928, y posterior dictación de la primera Ley de Menores N° 16.618, de 1967.	44
2.2. La doctrina de la Situación Irregular.....	57
CAPÍTULO III: Gobierno de Facto y su mirada asistencialista a la infancia durante el periodo comprendido entre 1973 y 1990.	61
3.1. Creación del Servicio Nacional de Menores.	63
3.2. Análisis de la Constitución Política de 1980 y sus reformas.	70
CAPÍTULO IV: Procesos de reformas a la legislación infanto juvenil a raíz de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990.	75
4.1. Análisis de la Convención de los Derechos del Niño.	77
4.2. Doctrina de la protección integral del niño como sujeto de derechos.	82
4.3. El proceso de Constitucionalización del Derecho de Familia.	84
4.4. Modificaciones realizadas a la legislación nacional conforme a la Convención de los Derechos del Niño.	88
4.5. Análisis al proyecto de Ley de Garantías universales de los Derechos de la Niñez.	95
CONCLUSIONES.	102
BIBLIOGRAFÍA.	107

INTRODUCCIÓN

La normativa legal que regula la infancia y adolescencia en Chile, en sus distintos ámbitos, es actualmente muy amplia, difusa y en algunos casos, casi obsoleta. La calificación se entiende a la luz de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990, con la cual el Estado asume el compromiso de adecuar sus leyes, políticas y prácticas, bastante anacrónicas, a los postulados de dicha Convención Internacional, generándose un proceso de reformas desde fines del siglo XX en adelante, surgiendo una gran variedad de cuerpos legales tendientes a dar mayor resguardo y protección a los derechos de los niños, acorde a este nuevo paradigma, pero aún sin instalarse de manera definitiva una mirada integral y con enfoque de derechos.

Durante la historia republicana de nuestro país, se han dictado algunas leyes en materia de infancia, enfocadas principalmente a los niños en situación de abandono, de vagancia, o de desprotección, ya que en todo lo demás concerniente a infancia, regía el Código Civil de 1855, que confiaba en el buen criterio del padre de familia para disponer todo lo relativo a la vida y bienes del hijo, y en este último plano existían más normas de control, quedando el aspecto moral entregado enteramente al ámbito privado. Sin embargo, ninguna de estas leyes ha abordado en su integralidad una solución efectiva a situaciones de vulneración de derechos a las cuales pueden verse expuestos nuestros niños, niñas o adolescentes, los que por su minoría de edad, requieren de una protección especial.

La primera de estas leyes es la Ley de Protección a la Infancia Desvalida, N° 2.675, promulgada en 1912, periodo en que aún regía en Chile la Constitución de 1833 - con sus diversas modificaciones-, y nos encontrábamos bajo un régimen de gobierno parlamentario; por lo demás, era una época caracterizada por una fuerte influencia de la religión católica apostólica romana. Dicha ley estuvo vigente hasta 1928, periodo en que ya se había separado el Estado de la iglesia católica, lo que queda plasmado en la Constitución de 1925, sin perjuicio de lo cual la sociedad e instituciones de beneficencia continúan actuando según los principios de la fe cristiana.

El cuidado de la infancia desvalida, que históricamente estaba encargado principalmente a instituciones de beneficencia o de caridad privada, desde comienzos del siglo XX quedará también bajo la protección tutelar del Estado.

En 1928 se dicta la Ley de Protección de Menores, N° 4.447, la cual marcó el inicio de la acción tutelar del Estado a través de los Tribunales de Menores creados en dicha normativa legal, la cual sufrió varias modificaciones hasta 1967, cuando se dicta la actual Ley de Menores N° 16.618, que la deroga. Esta última normativa no ha sido derogada hasta hoy en día, sin perjuicio de haber sufrido también diversas modificaciones, principalmente producto de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990.

La ley orgánica¹ del servicio público encargado de proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos, el Servicio Nacional de Menores, en adelante Sename, data de 1979 y actualmente, con sus variadas modificaciones - también derivadas de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño -, es el cuerpo legal que regula el actuar del Estado en cuanto a protección, promoción y resguardo de derechos de los niños, lo que hace imperioso una pronta reforma al sistema de protección actual.

Ninguna de las disposiciones legales mencionadas ha suscitado mayor interés por ser analizada desde el punto de vista jurídico, lo que ha impedido, quizás, contar con un estudio cabal y por ende con una comprensión lógica y coherente de la materia, y en consecuencia, una falta de cohesión de los servicios e instituciones llamados a otorgar una debida protección y resguardo a los derechos fundamentales de los niños o adolescentes en situación de vulnerabilidad.

La presente actividad formativa equivalente a tesis tiene como finalidad recopilar los antecedentes históricos, jurídicos y políticos que nos permitan apreciar en sus diversas dimensiones la regulación legal de la infancia en Chile, en especial, aquella en situación de vulnerabilidad, y de esta manera, poder contribuir a entender e interpretar nuestra legislación actual y los diversos proyectos legislativos actualmente en discusión

¹ Decreto Ley N° 2.465, CHILE. Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores. Santiago, Chile, enero de 1979, y Decreto N° 365, CHILE. Reglamento del Servicio Nacional de Menores. Santiago, Chile, marzo de 1980.

en el Congreso, así como también reflexionar sobre los desafíos que enfrentamos como sociedad, ello principalmente por el cuestionamiento que existe hoy del desempeño del Estado de Chile, como garante de derechos de los niños, niñas y adolescentes, frente a sus labores de protección a la infancia vulnerable y adolescencia infractora de ley penal, sobre todo, considerando que hoy el niño es reconocido como sujeto titular de derechos y ya no como el objeto de tutela por parte del Estado.

Como señala CILLERO, desde un punto de vista jurídico, la naturaleza de la protección que se le debe al niño es de orden público y tiene sus raíces en principios constitucionales y legales de indudable importancia social, como el bien común, el derecho a la vida e integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley y de oportunidades, entre otros. Además, señala el autor, la definición constitucional de la familia como núcleo básico de la sociedad no se opone a la intervención estatal para obtener la satisfacción de necesidades de la persona del menor, en el evento de que el padre o la madre no cumplan con sus deberes, el Estado tiene mecanismos para intervenir, porque la relación personal entre padres e hijos no es un asunto privado, sino que existe un interés público involucrado².

En el presente trabajo investigativo analizaremos qué se entiende por vulnerabilidad, y cómo dicha circunstancia ha sido abordada en nuestra legislación, como así mismo los esfuerzos desplegados durante las diversas etapas del Estado Republicano, conservador en un principio y luego liberal, por dar una regulación especial a la infancia, pero que no fueron suficientes para abordar eficazmente el problema de "la niñez en situación irregular", pero sin duda, un paso importante para trasladarnos desde dicho concepto doctrinario, hasta la concepción de la "protección integral de los niños como sujetos de derechos", que predomina en la actualidad.

A través de la historia, no ha existido ni existe un camino único, globalizador, que abarque toda la problemática de la vulnerabilidad en su conjunto. El proceso de

² CILLERO B., Miguel. "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile", en Documento III de Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994. Op. cit. pág.77.

creación del sistema de justicia de menores vigente en Chile desde comienzos del siglo XX es extraordinariamente complejo, ya que en él intervienen múltiples variantes y doctrinas. La observancia y la defensa de los Derechos de la niñez implica una suma de complejos factores que deben interactuar entre sí, como son la familia, el principal garante de derechos, y la comunidad, el ámbito escolar, los servicios de salud, entre otros, y hacia ello debemos avanzar como sociedad, para lograr un sistema integral de protección de derechos de la infancia en Chile que garantice el goce efectivo de sus garantías fundamentales.

Podemos decir que la situación de la niñez va en directa relación con las condiciones sociales, económicas y políticas de una determinada sociedad y de los niveles que ésta alcance en materia de justicia social, y por ello es que en el presente trabajo se abordará el estudio de la legislación infanto juvenil acorde a la vigencia de la Constitución Política de los años 1833, 1925 y 1980, analizando el contexto histórico y social de cada época, para descubrir la relación de la legislación con las ideas y doctrinas jurídicas dominantes en cada una de ellas, sin enjuiciar con nuestro ojos actuales, sino acorde al contexto social y cultural distinto al de hoy.

En Chile, la palabra Constitución se ha entendido especialmente en su sentido más genérico o lato, en el cual designa a todas las formas políticas posibles de implementar en una sociedad. Toda forma política compleja está configurada políticamente, tiene un andamiaje institucional, es decir, una constitución, una manera política de ser³.

Por ello, en el presente trabajo se abordará el problema jurídico que ha generado el tratamiento que el legislador le ha dado a la situación de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de la historia republicana de Chile, inicialmente durante el periodo de vigencia de la Constitución Política de 1833 y la dictación de la primera ley de protección a la infancia desvalida de 1912; posteriormente, durante la vigencia de la Constitución Política de 1925 y la dictación de la Ley de Menores N° 4.447 de 1928 y su sucesora, la Ley de Menores N° 16.617 de 1967, y finalmente bajo la

³ PALMA G. Eric Eduardo. "Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812 - 1924). Nueva Historia Constitucional. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012, pág. 37.

vigencia de la actual Constitución Política de 1980 -con sus variadas modificaciones-, y las diversas reformas legales en materia de infancia, como consecuencia de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1990, tratado internacional que obliga al Estado de Chile conforme lo dispone nuestra carta fundamental⁴.

Por consiguiente, se analizará la sociedad chilena desde mediados del siglo XIX en adelante, la cual se caracterizaba en un inicio por ser patriarcal, conservadora y con un fuerte arraigo de los postulados de la religión católica, y por ende, en dicha época, el cuidado y protección de los niños quedaba enteramente entregado al ámbito familiar, y aquellos niños en condiciones de abandono o vagancia, sin redes familiares, prácticamente eran cuidados por entidades benefactoras, de caridad o de origen católico.

La autoridad podía disponer de ellos y destinarlos a reformatorios o internados de manera indefinida, pero más bien por una razón de orden social y para proteger a la sociedad de estos posibles delincuentes, mas no para proteger sus derechos; en este ámbito no existía mayor regulación con políticas públicas concretas por parte del Estado de Chile.

En una primera etapa, la normativa aplicable al niño era principalmente el Código Civil de Andrés Bello, de 1855 que entró en vigencia en 1857, inspirado en un afán de protección patrimonial del niño, por lo que no existía otro cuerpo orgánico que regulara los derechos de la infancia. Fue recién en septiembre de 1912 cuando se publicó la primera ley de protección a la infancia desvalida, N° 2.675, la que estaba destinada únicamente a niños en situación de abandono o de vagancia, prácticamente para efectos de poder otorgar mayor control sobre ellos a las instituciones de beneficencia que los recogían. En esta época, aquellos niños o adolescentes que no se encontraban en tal situación de vulneración, quedaban bajo el cuidado y disposición absoluta del padre de familia, sin que existieran mayores herramientas legales que les aseguraran el goce efectivo de sus derechos.

⁴ En virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política, insertado mediante la reforma de 1989 de la Carta Fundamental.

En una segunda etapa, a partir de la reforma de 1928 a la antigua *Ley de protección a la infancia desvalida*, durante el gobierno de Arturo Alessandri Palma y ya bajo la vigencia de la Constitución de 1925, surge el sistema tutelar nacional, el que se caracterizó por ser un sistema de autoridad, en que la intervención estatal se justificaba, más que en el afán de reconocer los derechos de los niños como un sujeto de derechos, en la protección de la sociedad frente a los "menores problema"⁵, a quienes se les observaba desde el prisma tutelar del Estado. Comienza entonces a instalarse la doctrina de la infancia en situación irregular.

Según lo planteado por la doctrina de la "situación irregular", el destinatario de la ley especial de menores -aplicable preferentemente por sobre el Código Civil- es el menor enfrentado a un riesgo material o moral, o eventualmente, en conflicto con la ley penal, por lo que las políticas o mecanismos jurídicos decían directa relación con la protección, pero también con la represión de esta parte de la población.

La tercera etapa de protección de menores en Chile, se caracteriza por un periodo de importantes reformas a las leyes de familia y de menores, marcando su inicio con la ratificación por parte del Estado de Chile de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en agosto del año 1990, instrumento que le confiere y garantiza una serie de derechos fundamentales a todo niño, niña o adolescente, sin distinción en cuanto a la situación de abandono, mendicidad o vagancia en la que se puedan encontrar.

El proceso de adecuación de nuestra legislación nacional a los estándares internacionales en materia de infancia ha traído como consecuencia que el niño comience a ser visto como el sujeto de derechos que es y deje de ser un "objeto" de la tutela del Estado, base de la doctrina del "niño en situación irregular". De esta manera se ha producido una evolución a lo que conocemos hoy como la doctrina de la "protección integral", que es lo que debería guiar actualmente el trabajo de los jueces, de los diversos servicios públicos llamados a garantizar los derechos de la infancia, de los privados colaboradores del Servicio Nacional de Menores, de los hospitales y de las escuelas, entre otros.

⁵ TURNER SAELZER, Susan, "Los Tribunales de Familia", Ius et Praxis, versión On-Line ISSN 0718-0012. Ius et Praxis v.8 n.2 Talca 2002.

Las normas del Derecho Internacional, y especialmente la Convención de los Derechos del Niño, irrumpen en Chile con una nueva tesis: todo niño es un sujeto de derechos, los cuales pueden hacer valer tanto frente a sus padres como frente a terceros, respaldado por una normativa orgánica y completa cuyo único destinatario es el niño, sin apellidos de ninguna clase. Esto es lo que se conoce como la doctrina de la Protección Integral del Menor⁶.

El proceso de reformas a nuestra legislación de familia e infancia que comenzara a fines del siglo XX, producto de la ratificación de la Convención, que generó la existencia de una gran variedad de cuerpos legales, cuya finalidad es dar mayor resguardo y protección a los derechos de los niños, acorde a este nuevo paradigma de la protección integral, aún no cuenta con un sistema integral basado en el enfoque de derechos, que permita la protección y goce efectivo de los derechos del niño, sin embargo ya se trabaja en el Congreso por aprobar la ley de sistema de garantías universales de los derechos de la niñez, con lo cual esta última etapa aún se encuentra en evolución.

Todo lo anterior ha sido posible, en gran medida, gracias a las reformas a la Constitución Política de 1980, principalmente de los años 1989, 2005 y 2014, lo cual ha permitido internalizar los postulados de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile, uno de los cuales es la Convención de los Derechos del Niño, lo que ha traído importantes consecuencias en el derecho de familia, ello porque en los últimos años se ha generado lo que la doctrina ha denominado como el proceso de constitucionalización del derecho de Familia, como consecuencia de la impregnación de los principios constitucionales en la norma legal⁷. Sin embargo, hay autores que señalan que el texto constitucional chileno no contiene un estatuto sistemático sobre la familia que oriente la labor del legislador, agregando algunos que

⁶ BELOFF, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en Justicia y Derechos del Niño, Mary Beloff, et al. (ed.), Unicef y Ministerio de Justicia de Chile, 1999, pág. 10.

⁷ LATROPH G., Fabiola. Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno, revista de Derecho de Familia n° 3, año 2016. En sitio web: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002017000100011 [Consultado: 2 de noviembre de 2018]

"la hipertrofia abstencionista del constituyente original sumada a una regulación fragmentaria de la familia a nivel legal, han provocado una protección insuficiente y dispar de esta institución en el ordenamiento chileno"⁸.

En consecuencia, los últimos avances en materia de reconocimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes no han sido suficientes para garantizar efectivamente sus derechos, toda vez que hoy, en la segunda década del siglo XXI, aún no existe en Chile un marco legal de garantías universales, que permita la articulación y coordinación de las diversas instituciones intervinientes en materias infanto juveniles, sino más bien una serie de disposiciones legales fraccionadas, focalizadas y precarias, que no garantizan la efectividad de los derechos de los niños, como tampoco su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Por el contrario, todas estas modificaciones generaron una gran variedad de disposiciones legales existente en la actualidad que se traducen en un conjunto de normas sectoriales, con un enfoque parcializado y aislado en la provisión de servicios, lo que ha obstaculizado una conexión coherente entre los diversos actores que permitan una protección integral hacia el sujeto de derechos⁹.

Actualmente, se discute en el Congreso el proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez¹⁰, en estudio en la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes del Senado, proyecto iniciado por mensaje de la ex Presidenta Michelle Bachelet en septiembre de 2015, y que tiene por finalidad establecer un sistema de protección integral, con carácter universal, coordinado, progresivo e intersectorial, que establece conceptos y principios rectores, la responsabilidad de la administración del Estado, el derecho y deber preferente de los padres y/o madres a orientar y educar a sus hijos, la protección social

⁸ ZÚÑIGA, Francisco, y TURNER, Susanne, citados por Latroph, Fabiola, en artículo "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno", revista de Derecho de Familia n° 3, año 2016.

⁹ Proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, septiembre de 2015.

¹⁰ Boletín N° 10.315-18 en Segundo Trámite Constitucional en cámara revisora (Senado). Al 13 de noviembre de 2018, en 66ª Sesión de legislatura ordinaria N° 366 el proyecto de encuentra en estado de cuenta del mensaje 692-366 que hace presente la urgencia simple.

de la infancia, la efectividad de los derechos, la participación, la autonomía progresiva y la calidad de sujeto de derechos que detentan los niños, niñas o adolescentes¹¹.

Por lo anterior, surge la necesidad de realizar un análisis histórico, jurídico y político de la forma institucional en que el legislador ha abordado la infancia desvalida o en situación de vulneración en Chile, para poder comprender la enorme ruptura en materia de cultura jurídica que implica un abordaje de la cuestión según los estándares internacionales, con enfoque de derechos humanos, bajo una mirada integral que resguarde y proteja los derechos fundamentales de los más desvalidos, aquellos niños en situación de calle; con consumo problemático de alcohol o drogas; víctimas de delitos violentos; imputados y/o condenados por la comisión de un delito, en situación de abandono o simplemente en condiciones de precariedad que se encuentren bajo el cuidado y protección de instituciones estatales o de organismos colaboradores del servicio llamado a proteger la infancia en Chile, el Servicio Nacional de Menores.

En el primer capítulo de este trabajo analizaremos la situación de la infancia desvalida en Chile, abordada entre los años 1833 y 1925, desde la mirada conservadora de la sociedad y cómo regía en dicha época la visión del niño objeto de protección, cuál era el contexto histórico, político y social al momento de la vigencia de la primera ley de protección a la infancia desvalida de 1912, y cuál era el rol que cumplía el Estado, como ente benefactor.

Luego, analizaremos en el Capítulo II la influencia de la tendencia liberal durante el Régimen Presidencialista y el modelo del Estado Social de Derecho, junto con describir el rol de las leyes modificatorias en materia de infancia durante el periodo comprendido entre 1928 hasta 1980, y cómo se va desarrollando la doctrina de la infancia en situación irregular.

En el capítulo III abordaremos la instauración del Gobierno de Facto y cuál fue su mirada asistencialista y subsidiaria de la labor privada frente a la infancia desvalida, hasta el año 1990 con la llegada de la Democracia en Chile; cuál era el contexto histórico, político y judicial de la época y cómo es que la Constitución Política de 1980

¹¹ Proyecto de Ley que establece Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, presentación a cargo del Ministerio de Desarrollo Social en mayo de 2017 ante Comisión Especial de encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes del Senado.

consagra una figura que permite resguardar los derechos fundamentales de todas las personas, entre ellos, los derechos de los niños.

Finalmente, en el Capítulo IV analizaremos la variada normativa legal que regula la infancia y adolescencia en Chile y los procesos de reformas que la han ido modificando como consecuencia de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990. A raíz de ello, se analizará el surgimiento de la doctrina de la protección integral del niño, como sujeto titular de derechos.

Concluiremos dicho capítulo con un análisis del proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías Universales de los Derechos de la Niñez, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional.

Metodológicamente estamos en presencia de un trabajo de carácter mixto en la medida que es dogmático e histórico jurídico. En él se ha trabajado a partir de objetivos de investigación generales y específicos, con un marco teórico, con un conjunto de problemáticas jurídicas y con una hipótesis de investigación, según la cual, es posible reconocer etapas claramente diferenciadas en el tratamiento legal de la situación del niño vinculadas a fenómenos sociopolíticos en que la visión de familia y de Estado cobran relevancia para comprender la regulación propuesta.

El método ha sido por lo tanto histórico¹² y dogmático¹³, realizando operaciones inductivas y deductivas, de análisis y de síntesis. La investigación es exploratoria. La técnica de investigación empleada fue fundamentalmente la bibliográfica recurriendo a todo tipo de ficha.

¹² PALMA G, Eric, “Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una historia del Derecho de los siglos XIX y XX”, en *Ius et Praxis*, págs., 325-350, Universidad de Talca, 1997; PALMA G. Eric, “Pasado, presente y futuro de la Historia del Derecho en Chile”, en revista electrónica alemana *Forum Historiae Iuris*, 2009; PALMA G, Eric, “Historia del Derecho en América Latina en el siglo XXI: el caso de Chile, Colombia y México”, en revista *Ambiente Jurídico*, número 11, Universidad de Manizales, Colombia, 2009.

¹³ ELGUETA, María Francisca, PALMA, Eric, *La Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*. Segunda edición revisada y aumentada, Lom, Facultad de Derecho. U de Chile, 2010, 373 pp

CAPÍTULO I

Protección a la infancia desvalida durante la vigencia de la Constitución de 1833.

El niño como objeto de protección.

Luego de la Independencia de Chile, los primeros gobiernos republicanos se enfrentaron al problema de rearmar por completo la legislación nacional sobre numerosas materias, por cuanto la antigua legislación estaba diseñada bajo los principios rectores del Absolutismo, y por consiguiente, no congeniaba con los principios propios de un Gobierno Republicano y democrático que se iniciaba en Chile, y por otra parte, dicha legislación se caracterizaba por ser variada, anacrónica, confusa y asistemática.

Antes de entrar en el análisis de la situación de la infancia y juventud a mediados del siglo XIX, cabe hacer presente que a comienzos del siglo, y fines de la Colonia, la situación de los súbditos respondía a un modelo que admitía una completa combinación de fuentes del derecho, que incluía normativas de muy antigua data y otras de formulación más reciente. Las colonias americanas se regían por el derecho indiano, pero en forma supletoria también por el derecho castellano y visigodo. Las siete partidas no fueron el único cuerpo legal vigente a comienzos del periodo republicano, también se puede mencionar los aportes de las Leyes de Toro, la recopilación de indias y la Novísima recopilación (1805)¹⁴

Es así como luego del proceso de Independencia, primeras décadas del siglo XIX, comienza en Chile un periodo de reestructuración política e institucional, intentando dar estabilidad institucional al país, lo que se logró finalmente con la Constitución de 1833, luego de un periodo largo de dictación de Reglamentos Constitucionales¹⁵, Constituciones Provisorias¹⁶ y Ensayos Constitucionales¹⁷. De este

¹⁴ ROJAS FLORES, Jorge. Historia de la Infancia en el Chile Republicano, 1810 - 2010. Ediciones Ocholibros. 2010. pág. 89 y siguientes.

¹⁵ El Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile de 1811, el Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 y el Reglamento para el Gobierno Provisorio de 1814.

¹⁶ La Constitución Provisoria para el Estado de Chile de 1818 y la Constitución Política del Estado de Chile de 1822.

¹⁷ La Constitución Política y Permanente del Estado de Chile de 1823; las Leyes Federales de 1826, mal llamadas Constitución de 1826, y la Constitución Política de la República de Chile de 1828.

modo, a partir de la década de 1830 se inician las labores para conformar el resto de la legislación patria.

Cabe recordar que a comienzos del siglo XIX, la vida de los niños aún no se modificaba sustancialmente respecto a lo que había ocurrido hacia el final del periodo colonial, más bien hubo una continuidad en los ámbitos institucional, social y cultural. Para ROJAS, durante toda esta época se dio el debate sobre el real espacio que ocupaban los niños. La alta mortalidad infantil y la escasez de espacio exclusivos para los niños no fue solo resultado de la indiferencia de los adultos, sino también por la despreocupación en materia legal e inexistencia de momentos donde alcanzaran cierto protagonismo¹⁸.

En este periodo, la sociedad chilena del siglo XIX y principios del XX, era profundamente católica. El proceso de independencia puso en tela de juicio la salvación del alma del ciudadano feligrés, ya que apoyar el proceso de independencia era ir en contra no solo del monarca, sino también en contra de Dios. Durante la primera mitad del siglo XIX el constitucionalismo chileno se caracterizó por poseer rasgos de identidad propios, diferentes a los modelos ingles, francés y norteamericano, surgiendo el Estado constitucional liberal católico de gobernantes y ciudadanos feligreses, consecuencia de la débil recepción de la teoría epistemológica ilustrada, permanencia de la doctrina aristotélica - tomista, mantención de la mentalidad estamental escolástica y por la ausencia de una burguesía potente y consolidada en los territorios luso-hispanos¹⁹.

Lo anterior quedó plasmado, tanto en los proyectos constitucionales de principios de siglo, como en la Constitución Política de 1833 de marcado ideario pelucón estanquero. En los primeros ensayos es posible reconocer el discurso liberal ilustrado, pero al mismo tiempo, se caracteriza por no entregársele potestades que permitiesen al ciudadano -como individuo o como colectivo-, afectar la organización social que continuaba escolástica. En la Carta de 1833, se reafirma la religión católica apostólica romana como la oficial del Estado de Chile, con el objeto de salvaguardar así las almas de los gobernantes y de los individuos. La religión católica tendrá una fuerte influencia

¹⁸ ROJAS FLORES, Jorge. Historia de la Infancia ... op. cit. pág. 100.

¹⁹ PALMA G. Eric Eduardo. *Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812 - 1924)*. Nueva Historia Constitucional, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012, pág. 24.

moral y también política, y por lo tanto el gobernante católico será considerado un gobernante virtuoso.

El contexto histórico en el cual se dicta la Constitución Política de 1833, estará marcado por el triunfo del bando conservador sobre el liberal, lo que trajo como consecuencia el establecimiento, por parte de los conservadores, de una hegemonía política que se extendió por treinta años en el país, desde 1831 hasta 1861. Luego de ello, ya en la segunda mitad del siglo XIX, con el predominio de los gobiernos liberales, el texto será reformado en innumerables ocasiones, disminuyéndose las atribuciones del Poder Ejecutivo, comenzando un proceso de secularización de las instituciones públicas²⁰, a la vez que se va aumentando las facultades del Congreso Nacional.

Durante el primer gobierno del Presidente José Joaquín Prieto, se promulga la Constitución de 1833, siendo los abogados Manuel José Gandarillas, liberal, y Mariano Egaña, conservador, sus principales ideólogos. Entre sus características más relevantes, esta Constitución se destaca por haberse dictado sin respetar el mecanismo de reforma establecido en la Constitución pipiola de 1828 en cuanto al plazo establecido para ello, que correspondía recién en el año 1836. Sin perjuicio de ello, a través de ella se estableció un nuevo orden constitucional basado en un ideario liberal doctrinario pensado para una República; el nuevo texto constitucional fue redactado con un criterio sistémico con elementos propios de la codificación; se diseñó como una verdadera norma jurídica, que contiene tanto principios como reglas de conducta obligatorias para los particulares como para los gobernantes²¹.

Así también, fue una Constitución extremadamente rígida en cuanto a la reforma de la misma, estableciendo que la iniciativa de reforma solo podría tener inicio en el Senado, y en cuanto al procedimiento, se establecía la intervención de ambas cámaras y del Presidente de la República. Con ello, se aseguraba a la oligarquía chilena, es decir, a los hombres más ricos del país, el control absoluto del orden constitucional, lo cual también se transformaba en un arma política de profundo poder.

²⁰ SERRANO, Sol. ¿Qué hacer con Dios en la República?, Política y Secularización en Chile (1845 - 1885). Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Santiago, Chile, 2008.

²¹ PALMA G. Eric Eduardo. "Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812 - 1924). Nueva Historia Constitucional. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012, pág. 492 y ss.

Entre las disposiciones de esta nueva carta fundamental de 1833 se consagra el principio de soberanía nacional. El artículo 4º disponía: "La soberanía reside esencialmente en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades que establece la constitución".

Establece además que Chile es un Estado unitario, y al respecto señala que "La República es una e indivisible". Regula la división de funciones más que de poderes del Estado, empleando por ejemplo el término administración de justicia en vez de referirse al Poder Judicial. Además, el texto constitucional otorgaba amplias facultades al Presidente de la República, titular del Poder Ejecutivo, por sobre el legislativo, resultando un texto de corte autoritario y, según la doctrina, de índole conservador, en el cual el Presidente de la República gozaba de amplios poderes.

Por su parte, la función Judicial contaba con amplias facultades, y un ejemplo de ello es el rol que desempeñó Mariano Egaña como Fiscal de la Corte Suprema, en la dictación de las Leyes Marianas²², en 1837, que en colaboración con este proceso de formación de leyes patrias, se consideraron como un avance substancial en materias de procedimientos judiciales. Luego de ello, vendría el proceso de codificación, siendo los primeros Códigos de la República de Chile el Código Civil (1855), el Código de Comercio (1867) y el Código Penal (1874)²³.

Un aspecto que marca la impronta conservadora de esta Constitución es el hecho de consagrar en su capítulo III "De la Religión", como oficial de la República de Chile, la Católica Apostólica Romana, lo que queda plasmado en su artículo 5º, que dispone: "La religión de la República de Chile es la Católica Apostólica Romana; con exclusión del ejercicio público o cualquier otra".

²² Se denominan "Leyes Marianas" a una serie de disposiciones legales que establecieron nuevas reglas de procedimientos en materias importantes, las cuales fueron obra del fiscal de la Corte Suprema, Mariano Egaña, que era en esa época uno de los primeros juristas del país.

²³ El Código Civil chileno fue promulgado y publicado el 14 de diciembre de 1855 y entró en vigencia el 1º de enero de 1857; el Código Penal fue promulgado y publicado el 12 de noviembre de 1874, pero entró en vigencia el 1º de marzo de 1875.

Esta unión con la religión católica se reflejará en diversas disposiciones legales de otros cuerpos normativos²⁴, como por ejemplo en el Código Civil de 1855, que regulará todos los aspectos de familia, principalmente sus dos instituciones más importantes, como el matrimonio -que en aquella época solo era religioso- y la filiación, regulando derechos y deberes entre los cónyuges y hacia los hijos, estableciendo distinciones entre aquellos hijos nacidos dentro del matrimonio, y por ende, legítimos, y los calificados como ilegítimos, considerados como frutos del pecado.

SALAZAR y PINTO, citando a Ricardo Donoso, en su libro de la Historia Contemporánea de Chile, señalan "En el ambiente formado por la obra secular de la monarquía española, la influencia de la iglesia pesaba sobre la sociedad y las costumbres con toda la intensidad de una losa de plomo....Ninguna lucha iba, pues, a ser más fuerte para derribar el edificio pacientemente levantado por la acción de las autoridades y de la iglesia, y lograr, no ya la libertad de expresión, sino la tolerancia religiosa"²⁵. De esta manera, señalan que el gran problema era que el poder eclesiástico actuaba más en el "orden social" que en el "orden político", sobre todo en la esfera de lo cultural y en el espíritu de las personas y sus relaciones civiles, como el bautismo, el matrimonio, el entierro, entre otros.

Por otro lado, en cuanto a los derechos, su catálogo fue el más desarrollado de todas las Constituciones chilenas dictadas hasta ese momento, aún cuando los derechos individuales no constituían el núcleo de la Constitución; sin embargo, se restringieron algunas facultades en materia de participación política, entre otros.

En tal sentido, consagraba la participación ciudadana, marcada por el orden conservador de la época, dejando claramente establecidos los requisitos para acceder a la ciudadanía, los cuales excluían a una parte importante de la población, principalmente en relación al poder adquisitivo. En su artículo 8 señalaba: "Son ciudadanos activos con derecho de sufragio los chilenos que habiendo cumplido veinticinco años, si son solteros,

²⁴ Art.103 del Código Civil de 1855: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La lei civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; i toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia i conceder dispensa de ellos". (SIC)

²⁵ Donoso Ricardo : Las ideas políticas en Chile. (Buenos Aires, 1975), citado por Gabriel Salazar y Julio Pinto en Historia Contemporánea de Chile, tomo V.... fragmento citado en pág. 42.

y veintiuno, si son casados, y sabiendo leer y escribir tengan alguno de los siguientes requisitos: 1. Una propiedad inmueble, ó un capital invertido en alguna especie de jiro, ó industria. El valor de la propiedad inmueble, ó del capital, se fijará para cada provincia de diez en diez años por una lei especial. 2. El ejercicio de una industria ó arte, ó el goce de un empleo, renta ó usufructo, cuyos emolumentos ó productos guarden proporción con la propiedad inmueble, ó capital de que se habla en el número anterior”. (SIC)

En cuanto a los derechos y deberes ciudadanos, esta carta disponía en su capítulo V, denominado "Derecho Público de Chile", que iniciaba con el artículo 12, que: "La Constitución asegura á (sic) todos los habitantes de la República -1º la igualdad ante la lei. En Chile no hai clase privilegiada" (sic), reconociéndose de esta manera, desde entonces, el principio de igualdad constitucional²⁶. Como novedad, consagra el recurso de amparo, el cual no tuvo mayor incidencia sino hasta la promulgación de la ley que le concedió la competencia para su conocimiento a la Corte de Apelaciones.

Además, se estableció indirectamente el derecho a la educación al establecer el deber del Gobierno de ocuparse de la educación, lo cual quedó consagrado en su artículo 153, que disponía: "la educación pública es una atención preferente del Gobierno". Ello significó una protección indirecta hacia la niñez, ya que a través de la educación el Estado se hará cargo de la infancia.

Lo anterior llevó a debatir acerca de la educación obligatoria, lo que recién en 1850 generó debates en el Congreso con el proyecto de ley de educación primaria obligatoria iniciado por mensaje del presidente Manuel Montt, la cual fue promulgada recién el 24 de noviembre de 1860²⁷ como ley General de Instrucción Primaria, la que permaneció vigente hasta 1920, época en que se promulga la Ley de Educación Primaria Obligatoria, N° 3.654²⁸.

Por su parte, el Código Civil de la República de Chile, fue -y continúa siendo hasta hoy en día- el principal cuerpo normativo con rango de ley en materia de familia,

²⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio "Constitucionalización del Derecho de Familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social". Revista de Derecho de Familia, Nro. 3, Volumen III - 2016, Año 2016, Página 31.

²⁷ Ley General de Instrucción Primaria. CHILE, Stgo. 24 de noviembre de 1860., revisada el 26 de diciembre de 2018 en sitio web http://www.archivonacional.cl/616/w3-article-28319.html?_noredirect=1

²⁸ Ley N° 3.654. Ley de Educación Primaria Obligatoria. CHILE. Stgo., 26 de agosto de 1920.

en el cual se constituye el Derecho de Familia, ya que contemplaba entre sus materias más importantes, un conjunto de normas relativas a la familia, regulando no solo el matrimonio, sino también, el parentesco y sus grados; la condición de los hijos legítimos e ilegítimos, naturales o de dañado ayuntamiento -como los adulterinos, incestuosos o sacrílegos-; la patria potestad de los hijos (legítimos no emancipados), la cual pertenecía solo al padre; el derecho hereditario, y sus efectos frente a estos hijos, entre muchos otros, todo lo cual estaba marcado por el conservadurismo que reinaba en la época y cuya influencia católica en el orden social perduró más allá de la "guerra teológica", que llevó a la separación de la Iglesia y el Estado y a la validación laica de este cuerpo normativo de 1855²⁹, que no fue modificado sino hasta 1932.

Es dicho cuerpo legal donde encontramos una primera definición de niño, establecida en el artículo 26 del texto original de 1855: "Llámesese *infante o niño* todo el que no ha cumplido siete años; *impúber*, el varón que no ha cumplido catorce años i la mujer que no ha cumplido doce; *adulto*, el que ha dejado de ser impúber; *mayor de edad*, o simplemente *mayor*, el que ha cumplido veinte i cinco años; i *menor de edad*, o simplemente *menor*, el que no ha llegado a cumplirlos. Las espresiones mayor de edad, empleadas en las leyes, comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas i casos en que las leyes no hayan esceptuado espresiones a éstos." (sic)

Sin embargo, para María Isabel Orellana, un punto relevante que se destaca en esta época es la poca importancia que le otorgó este cuerpo normativo a la infancia y a sus diversas problemáticas, considerando que la mayoría de las niñas y los niños vivían en condiciones precarias, amenazados constantemente por el abandono y la orfandad³⁰.

La misma autora, citando a Rojas, señala que éste Código estableció "un marco de derechos y obligaciones entre padres e hijos, que dejó a los primeros con amplias atribuciones que vinieron a ser alteradas con la promulgación de la Ley de Protección a

²⁹ SALAZAR, Gabriel, y Julio Pinto. "Historia Contemporánea de Chile V. Niñez y Juventud". LOM Ediciones. 2002. Pág. 43.

³⁰ ORELLANA RIVERA, María Isabel, y ARAYA OÑATE, Nicole. Educación de las Infancias: entre el hogar y la escuela (1880- 1915). Ediciones Museo de la Educación Gabriela Mistral, 2016. Op. cit. pág. 33.

la Infancia desvalida de 1912, siendo recién en dicho momento en que el Estado entró a disputar la tuición de los niños cuyos padres no cumplieran con su función esencial en situaciones de evidente abandono o abuso.

1.1. Contexto Histórico y análisis de la conformación de la sociedad chilena de mediados de siglo XIX y principios de siglo XX:

La Constitución Política de un país es el principal cuerpo normativo que regula a la sociedad, los poderes del Estado y los derechos y deberes de los ciudadanos en un determinado momento histórico, por lo cual, podemos decir que desde mediados del siglo XIX y comienzos del siglo XX, bajo la vigencia de la Constitución Política de 1833, la sociedad chilena se caracterizó por ser de rango mayoritariamente conservador, con una fuerte influencia de la religión católica, jerarquizada y con rígidas normas de comportamiento social y familiar.

Al momento de buscar registros historiográficos de la infancia en Chile a comienzos del siglo XIX, nos encontramos con un registro tardío y planteado desde un enfoque adultocéntrico, lo que ha dificultado su estudio desde la complejidad de las diversas categorías que la componen, como son la clase social, el género, el territorio -ya sea urbano o rural-, la edad -lactantes, párvulos, niños, niñas y adolescentes-, filiación -legítimos e ilegítimos-, entre otros³¹.

Muchos autores son contestes al señalar que la infancia no fue de interés de los adultos sino hasta bien avanzado el siglo XIX. La historiografía tradicional se ha centrado principalmente en el mundo masculino, poblado de relatos de adultos, en los cuales se manifiestan claramente los discursos provenientes de espacios como la política, la gesta militar o la economía³².

Para SALINAS la presencia del niño en la historia ha sido una auténtica "presencia oculta", lo que ha dificultado enormemente la tarea del historiador cuando quiere identificar sus huellas, ya que casi siempre éstas se confunden con las de la vida

³¹ ORELLANA RIVERA, María Isabel, y ARAYA OÑATE, Nicole. Educación de las Infancias op. cit. pág. 21.

³² *Ibíd.* pág. 19

de los adultos"³³. Para otros autores la infancia se presenta como una categoría general e históricamente imprecisa en la que la ausencia de una historia propia "y su registro historiográfico tardío son un indiciode la incapacidad por parte del adulto de ver al niño en una perspectiva histórica"³⁴.

Es así como SALAZAR y PINTO señalan que "la historia está poblada (monopolizada) por adultos de segunda y tercera edad"³⁵, lo cual se explica por Salazar en cuanto que los niños no son agentes activos en la historia adulta, en la gran historia de la patria, menos aún los niños de la calle, los niños indigentes, los huachos....(estos) Carecen de historicidad, en el sentido nacional, político, estatal y adulto de ese término³⁶.

De esta manera, para poder comprender la historia de los niños, es preciso comprender la historia registrada por los adultos, y para poder entender el trato otorgado a la infancia, es menester analizar a la familia chilena y cómo esta estaba conformada a mediados del siglo XIX, en plena época del Chile Republicano.

En tal sentido, para STONE³⁷ la infancia no debe ser estudiada de forma aislada, ya que es imposible estudiar a los niños al margen de sus padres; la historia de la infancia es la historia de la forma en que los padres han tratado a sus hijos. Por ello, para realizar este tipo de investigaciones se debe tomar en cuenta a la familia, que es la institución en donde interactúan no sólo los niños, sino también los padres.

Es importante señalar que desde mediados del siglo XIX se produjeron en Chile importantes transformaciones en materia económica, social, política y cultural, proceso

³³ SALINAS MEZA, René. La Historia de la Infancia, una historia por hacer. Revista de Historia social y de las mentalidades N° 5, inviernos 2001, pp. 11-30.

³⁴ ULIVIERI, Simonetta, citada por ORELLANA Rivera, María Isabel, y Nicole Araya Oñate en "Educación de las infancias: entre el hogar y la escuela (1880 - 1915)". Ediciones Museo de la Educación Gabriela Mistral. 2016. Pág. 21 y sgtes.

³⁵ SALAZAR, Gabriel, y Julio Pinto. "Historia Contemporánea de Chile V. Niñez y Juventud". LOM Ediciones. 2002. Pág. 9.

³⁶ SALAZAR citado por ORELLANA Rivera, María Isabel y Nicole Araya Oñate, Educación de las Infancias.... pág. 21.

³⁷ STONE, Lawrence citado por Zoila Santiago Antonio, Doctora y Licenciada en Historia de la Universidad Autónoma Metropolitana - Iztapalapa, UAM, México, en "Los Niños en la Historia. Los enfoques historiográficos de la infancia", consultado el 15 de diciembre de 2018 en sitio web [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40030488/zoila_santiago.pdf?AWSAccessKeyId=A
KIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1545855766&Signature=hmQPOplReEkzJiTpceGrRJ0%2B4ow
%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DZoila_santiago.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40030488/zoila_santiago.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1545855766&Signature=hmQPOplReEkzJiTpceGrRJ0%2B4ow%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DZoila_santiago.pdf).

de modernización que no pasó desapercibido para cronistas, políticos e intelectuales, porque ello generó ciertas controversias por la amenaza que suponía para la tradición y el resguardo de la moral tradicional³⁸. Para ROJAS, estos cambios afectaron principalmente a la clase dirigente, ya que la sociedad seguía dominada por profundas diferencias y el modelo oligárquico permanecía consolidado, lo que se consideraba adecuado y esperado para el hijo del patrón, no lo era para el hijo del gañán, lo que quedó plasmado, por ejemplo, en el plano educacional, el cual aun no se planteaba como un espacio de democratización, sino, por el contrario, como una de las forma más visibles de reproducción de las diferencias de clases sociales.

SALAZAR y PINTO hacen mención a la juventud oligarca de mediados del siglo XIX, señalando en su libro "Historia Contemporánea de Chile V. Niñez y juventud"³⁹ que ésta se formaba en las salas del Seminario de Santiago o del colegio San Ignacio, herederos de la Basílica de San Pedro y de la Universidad de Salamanca, y que solían irse de viaje de estudios a Francia. Señalan que muchos de esos jóvenes formados bajo los ideales libertarios, en la segunda mitad del siglo XIX eran unos adolescentes, como Benjamín Vicuña Mackenna tenía sólo 20 años en 1851, o Isidoro Errázuriz de 16 años en 1851 y 24 cuando fue desterrado a Mendoza en 1859. Francisco Bilbao tenía 20 cuando, al "publicar su profesión de fe", tuvo que irse desterrado por cinco años a Europa. Por su parte, el poeta Eusebio Lillo tenía 23 cuando comenzó a escribir artículos periodísticos contra el régimen portaliano, lo que le valió, después de los sucesos de 1851, el destierro a Perú y Bolivia. De esta manera, el régimen pelucón que se había impuesto a sangre y fuego en 1830 y sostenido del mismo modo en 1851 y 1859, comenzó a ser desestabilizado por un puñado de jóvenes oligarcas que procuraban vivir en sí mismos la "emancipación espiritual" que revelaban todos los románticos héroes de Lamartine^{40,41}. Así, luego de 1861, ya instalados como Diputados o Senadores en el ya

³⁸ ROJAS FLORES, Jorge. Historia de la Infancia en el Chile Republicano. LOM Ediciones. Op. cit. pág. 107.

³⁹ SALAZAR, Gabriel, y Julio Pinto. "Historia Contemporánea de Chile V. Niñez y Juventud". LOM Ediciones. 2002. Pág. 40 y siguientes.

⁴⁰ Escritor francés Alphonse de Lamartine, autor de "Historia de los Girondinos", libro de gran influencia en la generación liberal de la época.

⁴¹ SALAZAR, Gabriel, y Julio Pinto. "Historia Contemporánea de Chile V. Niñez y Juventud". LOM Ediciones. 2002. op. cit. pág. 42 y siguientes.

perforado Estado Pelucón, lucharon por completar esa emancipación contra la hegemonía de la Iglesia Católica.

En tal sentido, SALAZAR y PINTO distinguen entre niños de clase alta, a quienes denominan "caballeritos", y aquellos pertenecientes a la clase baja, o bajo pueblo, denominados "niños huachos", porque nacían generalmente fuera del matrimonio, y "peones - gañanes", provenientes del campo y zonas rurales o de la ciudad. Para los primeros, el protagonismo histórico comenzó cuando cumplían la edad del viaje de estudios o su estreno en sociedad, como por ejemplo, para contraer matrimonio, su ingreso a la política o cuando asumían la dirección de alguna empresa familiar. Sin perjuicio de ello, para los niños burgueses, según estos autores, la historia estuvo siempre en el salón de su casa, entre sus padres y sus tíos, o bien, en el gran sistema protector que los veía crecer y madurar. Para los segundos, los niños y jóvenes plebeyos, el protagonismo histórico comenzaba poco después del nacimiento, en parte, porque carecían de un sistema protector que resguardara su persona y sus derechos, y porque tenían que aprender a escapar o resistir desde niños la amenaza permanente de la historia oligarca⁴².

Desde mediados del siglo XIX, varios escritores se avocaron al estudio de la situación marginal de los pobres, uno de ellos fue Domingo Faustino Sarmiento, que incorporó entre sus textos relatos sobre la pobreza material y la barbarie moral en que vivían las clases menesterosas, los menos favorecidos, o simplemente los "rotos", sin embargo, pocos pusieron atención en los niños que pertenecían a esos estratos sociales, ya que era la vida urbana la que acaparaba la atención de la mayoría de los cronistas, por lo que la presencia del niño en el ambiente campesino no dejó muchas huellas, salvo algunas alusiones ocasionales en los ámbitos de la medicina, o de la educación, que recién florecería en la segunda mitad del siglo XIX⁴³.

Un ejemplo de vida familiar lo relata Rojas en su libro "Historia de la infancia en el Chile Republicano. 1810 - 2010" al relatar un registro del censo de 1854 que llevó a cabo la Parroquia de Mincha, pequeña localidad de apenas 2.698 habitantes, la mayoría

⁴² SALAZAR, Gabriel, y Julio Pinto. Historia Contemporánea op. cit. pág. 48 y sgtes.

⁴³ ROJAS FLORES, Jorge. Historia de la Infancia ... op. cit. pág. 119.

analfabetos, repartidos en 438 hogares, compuesto principalmente por mineros, pastores y agricultores cercana a Illapel. Ahí la vida laboral, familiar y social de hombres y mujeres, indistintamente de su edad, se organizaba como una verdadera empresa familiar, donde todos sus integrantes ejercían una labor específica, como por ejemplo, padre agricultor, madre costurera, hija de 16 años, tejedora, hijas de 12 y 6 años, hilanderas, que seguramente preparaban las ropas de las familias más acomodadas⁴⁴.

Desde el punto de vista social, la pobreza y las desigualdades sociales marcaron las últimas décadas del siglo XIX y comienzos del siglo XX, principalmente por el contexto económico capitalista, influido por la incipiente industrialización, y un proceso de urbanización que crecía a gran escala, como consecuencia del traslado desde los campos hacia la ciudad en búsqueda de mejores oportunidades, lo cual agravó las condiciones de vida del trabajador urbano. Los sectores más populares, o desposeídos de la sociedad chilena, experimentaron un fuerte deterioro de sus condiciones de vida, generándose un verdadero problema social, insostenible para los sectores populares, pero que igualmente afectó a todo el país.

A fines del siglo XIX, la situación de la clase obrera, caracterizada por un conjunto de problemas de trabajo, vivienda, higiene y salud, causado principalmente por los bajos sueldos, falta de seguridad industrial, carencia de regulación estatal en materia de salud, previsión, vivienda, educación, entre otros, se conoció como la cuestión social que implicó un cuadro de amplio conflicto social⁴⁵. En las ciudades no se contaba con condiciones mínimas de salubridad, como lo es el acceso al agua potable o un sistema de alcantarillado, tampoco había hospitales ni atención de salud que fueran suficientes.

La clase dominante se caracterizó por no otorgar respuestas oportunas a los problemas del pueblo, actuando de manera ineficiente o, derechamente, no participando en la búsqueda de soluciones concretas a través de políticas públicas. Tanto el partido Conservador, como el Liberal y el Radical fueron de la idea de mantener las políticas liberales de no intervención del Estado en la materia⁴⁶.

⁴⁴ *Ibíd.*, ... op. cit. pág. 120 y sgtes.

⁴⁵ PALMA GONZALEZ, Eric, *Historia del Derecho Chileno (1808-1924)*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORION. Colección Juristas Chileno, 2006, págs. 339 y ss.

⁴⁶ *Ibíd.* op. cit. págs. 342 y ss.

Por otro lado, el auge de la industria salitrera a principios del siglo XX trajo consecuencias económicas y sociales. Dentro de las primeras, se produce un incremento de los ingresos fiscales, la expansión de la industria agrícola y ganadera, y el desarrollo de la minería del carbón. Socialmente, se produce el enriquecimiento de la oligarquía chilena y crecen los sectores populares, mientras va surgiendo la clase media chilena.

Durante este periodo, entre los siglos XIX y principios del XX, la mortalidad infantil en Chile se encontraba entre las más elevadas del mundo y en los sectores populares era frecuente que los niños crecieran en medio de la orfandad, el abandono y la vagancia. Además, Chile contaba con un elevado índices de indigencia y analfabetismo. En las instituciones de acogida y protección, que eran sustentadas por la filantropía religiosa y aristocrática, los niños tenían muy bajas posibilidades de sobrevivir; ello sumado a que por aquella época, los derechos de la infancia recién estaban emergiendo⁴⁷; muy poco se sabía al respecto.

Por esta época, las tasas de natalidad y fecundidad también eran muy altas y en los sectores populares, se vivía en condición de indigencia, pobreza y de analfabetismo; la mayoría de los niños nacían fuera del matrimonio, lo que les asignaba la categoría de ser ilegítimos o "huachos"⁴⁸. Esto se debía principalmente a la forma en que estaba conformada -en gran medida- la sociedad, familias monoparentales conformadas por la madre y su descendencia ilegítima dejada por el paso del "peón- gañan", o por las familias de los parceleros, chacareros o pirquineros, todos ellos miembros del bajo pueblo.

Desde 1827, año en que se registra el primer censo provincial confiable, la población menor de 15 años constituía en promedio 45,0% de la población total, y dos décadas más tarde esa cifra había subido dos puntos. Sin embargo, después de la segunda mitad del siglo XIX, la población infantil y juvenil descendió al 37%, mientras

⁴⁷ SCHONHAUT, Luisa. "Profilaxia del abandono: Cien años de protección de la infancia en Chile. Artículo especial Bicentenario. Revista Chilena de pediatría. Versión impresa Rev. chil. pediatr. v.81 n.4 Santiago ago. 2010. Consultada con fecha 22 de noviembre de 2018 en sitio web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062010000400003.

⁴⁸ SALAZAR, Gabriel. Ser Niño "Huacho" en la Historia de Chile (siglo XIX). Santiago. LOM Ediciones 2006.

aumentaba la cifra de mortalidad general y sobretodo infantil⁴⁹. Para SALAZAR y PINTO, los niños huachos y el peonaje juvenil configuraron más de la mitad de la población durante gran parte del siglo XIX.

Ya a comienzos del siglo XX, la familia se caracterizaba por una clara dominación masculina. El ideal cristiano de la mujer casada de la época contemplaba un sometimiento de femenino a lo que indicara el hombre, lo que se encontraba avalado por el pensamiento católico. El matrimonio era visto como la regla a seguir en cuanto a las relaciones afectivas entre hombre y mujeres. Sin embargo, era diferente el caso de las mujeres que pertenecían a la clase baja, quienes no gozaban de los mismos privilegios y no tenían los mismos deberes que las mujeres de clase media y alta, por ejemplo, estas mujeres no siempre se casaban, y era común que tuvieran hijos fuera del matrimonio, ya que la consolidación de la pareja a través de este vínculo no era parte fundamental de sus vidas⁵⁰.

La mujer del bajo pueblo se caracterizaba por su soltería prolongada, como amante y luego, abandonada por su amo o pareja ganán, y esta libertad le permitía a muchas mujeres ser dueñas de su propio rancho o quintas e incluso convertirse en empresarias de servicios varios⁵¹.

Según SALAZAR, entre los años 1848 y 1916, el nacimiento de niños huachos fue creciendo en paralelo con la crisis económica y social del empresariado popular que marcaron la cuestión social de fines del siglo. Según los registros de la Casa de Huérfanos, entre 1876 y 1910 casi la totalidad de los niños abandonados, eran ilegítimos, es decir, casi el 90,2% hacia 1880⁵².

Muchas mujeres del bajo pueblo, que quedaban solas al cuidado de sus hijos, y que sobrevivían a los numerosos partos, se veían agobiadas e imposibilitadas de criarlos, por lo que recurrían a diversos medios para deshacerse de sus hijos. Era muy común que los entregaran o colocaran en casas aristocráticas o los regalaran a un patrón para

⁴⁹ A. Commentz, citado por Gabriel Salazar y Julio Pinto en "Historia contemporánea de Chile V, Niñez y Juventud, pág.52.

⁵⁰ FERNÁNDEZ SMITS, María Paz. Amor a Palos. La violencia en la pareja en Santiago (1900-1920). LOM Ediciones. 2016. Op. cit pag. 9 y sgtes.

⁵¹ SALAZAR, Gabriel. Ser niño huacho.... citado por María Paz Fernández en Amor a Palos ...op.cit. pág. 13

⁵² SALAZAR, Gabriel, y PINTO, Julio. Historia contemporánea op. cit. en pág. 52.

asegurar su alimentación y crianza, a cambio de la servidumbre del niño al crecer, para que recibieran un techo y cuidados básicos, creciendo de esta manera al servicio de los patrones a "ración y sin salario"⁵³. Otras madres preferían "*exponerlos*" anónimamente en Casas de Expósitos, mientras otros tantos crecían sumidos en la orfandad, el abandono y la vagancia⁵⁴.

Pero, según SALAZAR y PINTO, no sólo las madres regalaban a sus huachos, también lo hacían los hacendados y militares que compraban a la usanza niños y niñas mapuches en la frontera del Bío-Bío y solían regalarlos a sus amistades o parientes en la capital, lo cual también quedó plasmado en los registros de Benjamín Vicuña Mackenna, quien escribió:

"las chinitas y los chinitos de Arauco solían regalarse como se regalan los caballitos de Chiloé. Empleábanse los últimos en los mandados al bodegón, y las hembrecitas como niñas de alfombra y "despabiladoras" por la noche. Era de rigor que ambos anduvieran descalzos ... y además, pelados ...se les dejaba en la frente un mechoncito para el tironeo" (SIC)⁵⁵.

Dichos autores señalan que a la ausencia del padre se unía la compulsión de la madre por su situación de miseria, generando así la práctica de botar, vender, regalar y deshacerse de su prole, agravándose la situación de estos niños por la intervención mercantil de los traficantes de niños; la acción moral delatora de la iglesia Católica y la acción policial represiva de los jueces locales, que entre otras cosas, multiplicaron el raptó y mercadeo de los niños y la confiscación legal de los hijos de madres escandalosas. De esta manera, señalan Salazar y Pinto, un gran número de niños huachos iniciaron sus vidas bajo techo ajeno, trabajando como sirvientes antes de haber vivido como hijos, y disciplinándose bajo un patrón antes de ser amado por sus padres.

⁵³ SALAZAR, Gabriel. Ser niño Hucho, op. cit. pág. 37.

⁵⁴ SCHONHAUT B. Luisa. Profilaxia del Abandono..... consultado en sitio web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062010000400003, con fecha 22 de noviembre de 2018.

⁵⁵ VICUÑA MACKENNA, Benjamín, citado por G. Feliú en "La abolición de la esclavitud en Chile (Santiago, 1942), citado por Salazar y Pinto en "Historia Contemporánea de Chile" fragmento citado en página 53

La sociedad chilena -que en gran parte se organizaba sobre la base de una economía agrícola y doméstica-, se mantendrá bajo una fuerte influencia de la religión católica y la visión patriarcal de las relaciones de familia durante todo el siglo XIX, lo que se verá plasmado en el trato otorgado a los niños, tanto de aquellos hijos de familia, como de aquellos abandonados o "espuestos"⁵⁶ en casa de huérfanos.

1.2. El niño visto como objeto de protección.

Durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1833, esto es, mediados del siglo XIX y principios del XX, los niños en situación desvalida recibieron un tratamiento normativo de personas disminuidas en sus derechos, ya que se les minimizaba como personas frente a los adultos, especialmente frente a la figura del padre, y frente a la sociedad.

Toda la legislación vigente en esta época se basó en la expresión y en la realización de una concepción de que el niño es un objeto de preocupación de sus padres; de tuición, en el caso de faltar los padres, y también de protección, pero más bien, una protección de los derechos del adulto o de la sociedad; en este sentido, el niño recibió todo un tratamiento paternalista para la seguridad familiar.

El trato otorgado al niño como sinónimo de "menor" que se reflejará en la legislación vigente, y que continuará durante casi todo el siglo XX, se entiende principalmente porque el menor es una persona incapaz de actuar en el mundo jurídico -según las normas del Código Civil y Penal-, por lo que es necesario cautelar sus intereses y protegerlo de eventuales daños o desviaciones que pudiera sufrir, y sólo en el futuro el menor podrá considerarse un sujeto de derechos dotado de autonomía jurídica.

Además, en tiempos en que predominaba la jerarquía familiar, cualquier opinión de un niño podía ser considerada como un atrevimiento, por lo que el uso del concepto "menor" (el que aún suele usarse) para referirse a los niños, era manifestación de la

⁵⁶ En castellano antiguo, de ahí vendrá el concepto de Casa de Espósitos.

posición más relegada y silenciosa que ocupaban los más pequeños dentro de la sociedad chilena⁵⁷.

La legislación de infancia imperante se basó prácticamente en los postulados del Código Civil y del Código Penal, y la acción jurisdiccional del Estado quedó limitada sólo a aplicar penas o a inhibirse de ello, derivando al menor a las instituciones de beneficencia o derechamente a establecimientos de reforma, ya que frente al que ha incurrido en actos tipificados penalmente, el Estado tenía el derecho y el deber de corregirlo. La sociedad veía a estos niños como objetos, en el sentido de considerarlos seres sin futuro, por lo que evidentemente el cuidado de la infancia no era un tema prioritario para las autoridades, y por ende su rol se reducía a la beneficencia, por configurarse una situación de desprotección o de abandono del niño, o al castigo por haber cometido un delito. Era evidente la relación entre la legislación de menores - dispersas en los cuerpos legales civiles y penales -, con el control social.

En este sentido, nada se decía acerca de la situación de vulnerabilidad que afectaba a los niños abandonados, huachos, sin familia, o sin futuro, menos aún pensar en considerarlos como sujetos de derechos, ello vendría con mucha posterioridad en la historia de nuestra legislación infanto juvenil.

Como concepto, la vulnerabilidad deriva de la cualidad de ser vulnerable, según la Real Academia de la Lengua Española, es decir, que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente. En otros términos, la vulnerabilidad o la susceptibilidad especial frente al daño, se refiere a la incapacidad absoluta o relativa que presentan determinados individuos o grupos para proteger sus propios intereses, o su bienestar, en un momento determinado⁵⁸, y en este sentido, si bien todo ser humano está expuesto a ser dañado, el

⁵⁷ FERRER, Rosario y HERMOSILLA, Fernando. Los niños del 70. Ediciones JUNJI. 2015. Señala la autora que "[E]n la actualidad, y sobretodo en los medios de comunicación, el término "menores" sigue utilizándose equivocadamente para referirse a quienes aún no tienen la mayoría de edad (18 años). La Convención de los derechos del niño, proclamada el 20 de noviembre de 1989, marcó la diferencia en este sentido pues, antes de su promulgación, había una visión basada en las necesidades de los niños a tono con esta denominación como "menores". Luego de la Convención, la infancia se posiciona como una etapa en sí misma, lógicamente con necesidades, pero también con derechos que los adultos deben respetar, situación que desentona con dicho término que relega a los niños a un plano inferior."

⁵⁸ HORWITZ CAMPOS, Nina. "¿Quién es una persona vulnerable? Criterios de Decisión en ética de investigación". Participantes de investigación científica en situación de vulnerabilidad: desafíos y resguardos especiales. 9º Taller de bioética organizado por el Comité Asesor de Bioética FONDECYT de CONICYT, diciembre de 2013.

concepto de vulnerabilidad es usado frecuentemente en relación a un grupo específico de individuos, aquellos que destacan por su susceptibilidad a ser dañados o perjudicados, como lo son los niños, más aún, cuando éstos se encuentran en una situación desvalida o de desprotección.

De este modo, la vulnerabilidad de una persona también puede estar dada por las condiciones sociales y culturales en las cuales se desarrolla, así por ejemplo, una persona que vive en la calle es vulnerable, ya que está expuesta a diversos riesgos, no solo a contraer enfermedades, sino que también a sufrir ataques de diversa índole, físicos, sexuales, abusos de poder, sometimiento, ataques, robos, entre muchos otros, y entre ellos, los niños, las mujeres y los ancianos son más susceptibles a ser dañados.

Por otra parte, por control social se puede entender "toda actividad que ayuda a regular las interacciones humanas y que puede tomar la forma de cooperación o conflicto"⁵⁹, definición más bien abstracta pero suficientemente amplia, para incluir dentro de ella la actuación del Estado, realizada en nombre de la sociedad, tanto en sus aspectos de contención y castigo, como de prevención y protección integral, que son desarrollados por la sociedad para regular la delincuencia juvenil⁶⁰. De esta manera es posible señalar que el problema de la delincuencia juvenil va directamente relacionada con la protección a la infancia vulnerable, y corrección o tutela del infractor inimputable en vista a la dimensión del control social.

En cuanto al Código Civil, éste en sus orígenes, se inspiraba en una noción patriarcal de protección hacia el niño, quedando el aspecto moral entregado enteramente al ámbito privado. En este entendido podemos decir que el niño era visto como una especie de apéndice o anexo de la familia bajo la protección del padre, u objeto del actuar tutelar del Estado, y no como titular de derechos frente a la sociedad. Esto se

⁵⁹ Definición del European Committee on Crime Problems, "Report on Decriminalisation", Council of Europe, Estrasburgo, 1980. Citado por CILLERO B., Miguel, en "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile, op. cit...pág.78.

⁶⁰ CILLERO B., Miguel. "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile", en Documento III de Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994. Op. cit. pág.78.

debió principalmente por la regulación del Código de Bello respecto a lo que es propio de la patria potestad, es decir, derechos y deberes relativos a los bienes de los hijos, y lo que era entregado al ámbito de la autoridad paterna, es decir, lo concerniente a las relaciones personales, lo cual no se encontraba regulado, y es por ello que el padre podía disponer de la persona de su hijo.

Esta distinción entre bienes y persona del hijo también se verá reflejada en la distinción entre la capacidad civil y la penal, ya que por lo general, la capacidad civil era mucho más alta que la penal, por cuanto el menor era responsable de sus actos mas no podía administrar sus propios bienes, adquirir derechos ciudadanos o contraer matrimonio, lo cual se encontraba justificado por los distintos grados de desarrollo de la conciencia y voluntad que se requería para actuar en los distintos campos del derecho.

El Código de Bello consideraba un arquetipo único de familia, según el cual, la familia se constituía exclusivamente por el matrimonio religioso, y el marido la gobernaba como monarca absoluto⁶¹. El marido debía protección a la mujer y ésta obediencia al marido, al igual que el hijo. Las relaciones de filiación sólo tenían su origen en el matrimonio o en el reconocimiento voluntario de los padres. El padre podía recluir al mayor de dieciséis años hasta por seis meses en un establecimiento correccional, e incluso desheredar al menor de veinticinco años si contraía matrimonio sin su asenso; era quien ejercía la patria potestad sobre los bienes del hijo, pasando a un curador esta facultad, y no a la madre, en caso de impedimento o de ausencia.

Bajo este modelo es que existía una profunda desigualdad y desprotección legal frente a los hijos naturales, quienes eran absolutamente excluidos de la sucesión intestada por los legítimos, e incluso el reconocimiento por los padres de los hijos de dañado ayuntamiento podía impugnarse mediante resquicios legales.

La infancia desvalida o vulnerable -que en la época no era otra que aquella compuesta por niños abandonados o en condiciones de vagancia-, era vista como el objeto de la caridad de los grupos más acomodados, de la iglesia y también de la

⁶¹ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización ... ob. cit., pág. 31.

beneficencia del Estado⁶². El cuidado del niño abandonado, era asumido por obras de ayuda religiosa o de filantropía de la élite aristocrática, la que, por un lado rechazaba al hijo ilegítimo o "huacho", por no haber nacido mediante un vínculo matrimonial, y por otro, proyectaba una imagen de compasión frente al niño abandonado; como contrapartida, esta clase buscaba la reclusión de estos "hijos del pecado, producto que bien podía descuidar la sociedad⁶³, ya que eran considerados como una amenaza para el orden social, y por lo tanto, había que internarlos.

En esta mirada compasiva, se impuso dos requisitos fundamentales para ingresar al niño a un hogar; bautizarlo, lo que lo convertía en una persona con derecho a una sepultura eclesiástica, y certificar su situación de abandono, lo que implicaba dejar a este niño sin derecho a ser reclamado, borrando su historia, e incluso eliminando su identidad. Es en este contexto cuando surgen las casas de expósitos, siendo la más antigua de ellas la Casa de Huérfanos, antecesora de la actual Casa Nacional del Niño, que hoy opera como un centro de administración directa del Servicio Nacional de Menores, Sename.

Ya en época de la colonia existían niños huérfanos o abandonados en Chile, frente a los cuales las autoridades coloniales demostraron su preocupación e interés por auxiliarlos, autorizando incluso una limosna para favorecer su crianza. Según los registros de Benjamín Vicuña Mackenna, la "Casa de Expósitos", primera en su especie, se crea en 1758 gracias a la donación por parte del Marqués de Montepío don Juan Nicolás de Aguirre Barrenechea, con fines de caridad, para acoger a los niños expósitos⁶⁴, de un terreno en el centro de Santiago, en calle "de la Moneda Vieja" -que luego pasaría a llamarse calle Huérfanos-, en la manzana comprendida entre calles "Cenizas", actualmente calle San Martín, calle "de las Agustinas", hoy calle Agustinas, y

⁶² DELGADO VALDERRAMA, Manuel. La Infancia abandonada en Chile. 1770- 1930. Revista de Historia social y de las mentalidades N° 5, invierno 2001, pp.101 -126.

⁶³ ZORRILLA, Manuel. La Casa Nacional del Niño, algunos de sus problemas. Talleres Gráficos de la Casa Nacional, Santiago de Chile 1942.

⁶⁴ CERDA L., Jaime y GARCÍA B., Cristian. El cuidado de niños huérfanos y abandonados en Santiago a partir del siglo XVIII.

En www.bibliotecaminsal.cl/wp/wp-content/uploads/2013/05/anales_ano16_vol2_p203.pdf

calle "Baratillo", hoy Avda. Manuel Rodríguez. Luego pasaría a llamarse Casa de Huérfanos por lo peyorativo del concepto de expósitos.

Dicha institución contaba con una hospedería, una capilla y un torno, aparato medieval que disponía de una bandeja adosada a la pared en la cual se depositaba al niño por un costado, que daba a la calle, se giraba el torno y el niño quedaba al interior del recinto, anunciándose su llegada con el repique de una campanilla. Esta casa era administrada por una junta de beneficencia y funcionaba como intermediaria en la colocación de niños en casa de nodrizas, para que lo amamantaran a cambio de un pago en dinero financiado inicialmente por la corona, y luego, en el periodo de la independencia, por acuerdo del Director Supremo Bernardo O'Higgins con el Obispo de Santiago, se favoreció su continuidad con ayuda de fondos privados.

Los niños allí ingresados, y que lograban sobrevivir, eran destinados a la adopción de matrimonios sin hijos; al cuidado de mujeres solteras o viudas que no tenían descendencia, que los solicitaban para su compañía; otros eran mandados a criar a casas de familias bien acomodadas, quedando al servicio del patrón, siendo remunerados con techo y comida, y otros eran requeridos como aprendices, lo cual les permitía subsistir en su adultez⁶⁵.

Hacia fines del siglo XIX, la Casa de Huérfanos se configuró como la mayor institución benéfica estatal, y según sus registros, entre 1853 y 1924 alcanzó a albergar a más de 56.000 niños, compartiendo sus funciones con 25 orfelinatos eclesiásticos, estatales y privados existentes en Santiago hacia 1924. Se estima que del total de niños que albergaba, un 70% correspondía a recién nacidos, ya que los mayores eran destinados a las casas particulares, principalmente para cumplir labores domésticas.

1.2.1. Análisis de la Ley N° 2.675, de 1912, que protege la infancia desvalida.

Dentro de este modelo de beneficencia se presentaban innumerables irregularidades en relación al ingreso de los niños y niñas, su mantención y cuidado, así como la entrega de éstos mismos a terceros que no eran sus padres, aún sin el

⁶⁵ ibíd., pág. 206.

consentimiento de ellos. Así por ejemplo, existen registros de niños y niñas que eran solicitados para trabajos de servidumbre, de compañía y otros pocos, para ser tratados y recibidos como hijos e hijas dentro de las familias que no podían tener descendencia.

El siglo XIX transcurre sin mayor protección a la infancia abandonada o en situación de desmedro o vulnerados en sus derechos, ya que el Código Civil, único cuerpo legal que regulaba la familia y sus miembros, no contemplaba situaciones de desprotección de esta naturaleza, de una infancia desvalida. La única norma de la que haya registro data de 1873, época en la que el entonces Presidente Federico Errázuriz Zañartu dicta el Reglamento definitivo de la Casa de Huérfanos, cuyo articulado señalaba las labores que enseñarían a los "espósitos" las hermanas de la Providencia a cargo del recinto, más no conforma un cuerpo normativo destinado a resguardar su protección.

Luego de la dictación del Código Civil chileno 1855, no hubo mayor legislación en materia de infancia - sin perjuicio de la legislación en materia de educación alcanzada en 1860 con la Ley de Educación Primaria Obligatoria -, por lo que la regulación de la familia, los hijos, y los deberes que regulaban sus relaciones mutuas quedaron supeditados a las disposiciones legales de dicho cuerpo normativo, caracterizado por un marcado afán de protección patriarcal y patrimonial del niño.

En cuanto a la regulación del Código Penal, éste se enfocó en aquellos menores cuyos actos antijurídicos requerían de la aplicación de una sanción penal. En este entendido, era el juez quien podía determinar si el menor de dieciséis años había cometido un delito o cuasidelito, si este actuó o no consiente de la ilicitud de su acto y con voluntad de hacerlo.

Para la determinación de responsabilidad civil como para la determinación de la responsabilidad penal, el discernimiento era un elemento clave, es decir, para que un juez considerara que efectivamente se había verificado un ilícito civil o penal, evaluaba previamente si el "menor" había tenido o no plena conciencia de lo que había hecho. Sin perjuicio de esta regulación, el sistema tenía diversas deficiencias, constituyéndose como una de las más importantes la inexistencia de una definición legal de discernimiento.

Se vislumbra entonces que en esta época ni el ámbito penal ni el ámbito civil daban una verdadera protección a los niños, niñas y adolescentes que se encontraran en situación de vulneración. Se trata de un período donde era más importante restablecer y mantener el orden social y familiar, que de atender la situación personal de los niños.

Bajo este escenario, no existía un cuerpo orgánico que regulara la infancia, sino más bien un conjunto de normas traducidas en reglas especiales, aplicables durante el período intermedio en que el menor llegase a la mayoría de edad, que vale decir, en el Código de Bello de 1855 se establecía a los 25 años de edad, salvo que hubiera contraído matrimonio antes, ocasión en la cual se adquiría a los 21 años.

El Código confiaba al buen criterio del padre todo lo concerniente a la vida y a los bienes del hijo, y específicamente en este último plano, el patrimonial, existían algunas normas de control, quedando todo el aspecto de protección, de cuidado y de guía espiritual y moral del niño entregado enteramente al ámbito privado. Es decir, la familia, y específicamente el padre, era la institución encargada del hijo, quien se constituía en el objeto de la protección patriarcal, ya que se podía disponer de él, incluso depositarlo en internados de manera indefinida.

En agosto de 1901, un grupo de personas provenientes de la alta aristocracia chilena, compuesto por miembros de la iglesia y de la medicina decidieron reunirse para analizar la situación de la infancia desvalida en Chile y ayudar a mejorar su condición protegiéndola del abandono y de la extrema pobreza en que se encontraban, principalmente en la capital. De esta manera se funda oficialmente el Patronato Nacional de la Infancia, una organización laica, y principalmente de orden médico que estaba en contacto directo con los pobres, y al ser reconocida oficialmente por el Estado, éste le asignaba una subvención fija para las labores sociales que realizaba, entre ellas, la creación de asilos y hospitales para niños, o también, el suministro de las "Gotas de leche"⁶⁶.

El Patronato de la infancia promueve en el año 1903, la dictación de la primera ley de protección a la infancia desvalida con la intención de regular ciertas lagunas

⁶⁶ Consultado en sitio web <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-94352.html>, revisado el 12 de noviembre de 2018.

legales con las que se enfrentaban en el cuidado de los niños abandonados o huachos que se encontraban al cuidado de instituciones de beneficencia, y cuya realidad de desprotección no comprendía el Código Civil, norma que sólo regulaba el caso de los niños bajo el cuidado de un padre de familia, generalmente de familias acomodadas, por lo cual los jueces no podían resolver ciertas situaciones que se presentaban en su vida cotidiana, y por lo tanto se veía dificultada la posibilidad de recurrir de protección a su favor.⁶⁷

En el mensaje de dicha ley presentada al Senado se señala:

"...por falta de estas disposiciones no hai (sic) manera de ocurrir en protección, no solo de los infantes, sino de los adolescentes en peligro de no ser miembros útiles para la sociedad, sino que existe el temor de que sean perjudiciales a ella.

.....Entre nosotros faltan disposiciones que permitan utilizar para el organismo social a seres que han podido superar las dificultades de una infancia menesterosa i (sic) que llegan a una edad en que, si no pelagra la vida, pelagra la aptitud para ser miembros útiles en la comunidad social. Hay que tomar en cuenta el abandono, la explotación (sic) o la corrupción de los individuos menores de dieziocho (sic) años, ejercidos impunemente por falta de disposiciones legales o reglamentarias que aseguren la protección o permita hacer prácticas las disposiciones que, con tal fin contienen nuestras leyes."

"...En el proyecto de lei (SIC) que tengo el honor de someter a vuestra consideración se crea (artículos 1º i 2º) una entidad que cumpla la inhabilidad de los poderes para llenar cumplidamente la función natural de protección de sus hijos. Es frecuente la dificultad en que se encuentran los jueces i tribunales para dar cumplimiento al artículo 225 del Código Civil, que se refiere a la inhabilidad moral de los padres de familia. Esta dificultad no existe respecto de las clases acomodadas, en las cuales la cultural social, las vinculaciones de familia i el beneficio que resulta de la administración de bienes, hacen que jamás se presente

⁶⁷ SENADO. Acta de 8ª sesión extraordinaria del 2 de noviembre de 1903, Biblioteca del Congreso Nacional, página 174 y siguientes.

el caso contemplado en el citado artículo 225. En la clase menesterosa los jueces no pueden encontrar a la mano personas a quienes confiar, con plena conciencia, la guarda del niño espuesto (sic) al abandono i a la corrupción por la mala conducta o inhabilidad del padre i es probable que por esa deficiencia, no puedan cumplir la disposición legal."

"El proyecto que someto a vuestra consideración facilita la acción de la magistratura (sic) i tiende a llenar los propósitos que persigue nuestro Código en la recordada disposición. Hai (sic) ya diversas sociedades de beneficencia, con personería jurídica que tienen por objeto prestar auxilio (sic) o protección a los niños desvalidos, las cuales pueden llenar los fines contemplados por el Código Civil."

En este mensaje se puede leer la finalidad última de otorgar protección a los niños o adolescentes desvalidos, en situación de abandono y al cuidado de una institución de beneficencia, la cual es recuperarlos para un fin útil para la sociedad, otorgarles herramientas que les permitan ejercer un trabajo u oficio y de esta manera desviar su camino hacia la delincuencia. Es decir, mantener un control social.

El Título IX del Código Civil, denominado "De los Derechos i Obligaciones entre los padres i los hijos legítimos", disponía en el artículo 225 que el juez podía, en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, prefiriéndose a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos.

Sin perjuicio de la expresa alusión a los derechos y deberes para con los hijos legítimos establecida en el Código Civil, esta nueva ley hizo referencia también a los hijos ilegítimos, toda vez que en sus sesiones iniciales de discusión del proyecto de ley en el Senado⁶⁸ se consideró que "[L]a descendencia ilejítima (sic) supone debilitadas las vinculaciones de familia o carencia absoluta de ellas, sobre todo cuando es también desheredada de la fortuna, i necesita, en consecuencia, quedar bajo la acción del

⁶⁸ Sesión del 25 de julio de 1904. SENADO. Biblioteca del Congreso Nacional.

ministerio público para que pueda disfrutar de la protección que están llamadas a prestar a las sociedades i establecimientos de beneficencia."(sic)

De esta manera se presentaba la dificultad para los jueces en relación a la infancia menesterosa, en la que no podían encontrar a personas a quienes confiar, con plena conciencia, la guarda del niño expuesto al abandono y a la corrupción por la mala conducta o inhabilidad del padre, y por esa deficiencia, no podían cumplir con dicha disposición legal, y menos aún podían otorgar su cuidado personal a un establecimiento de beneficencia como lo eran las casas de expósitos.

Luego de 9 años en discusión en el Congreso Nacional, con modificaciones al proyecto inicial tanto por el Senado, como por la Cámara de Diputados, el 4 de septiembre de 1912, durante el gobierno del presidente Ramón Barros Luco, se publica en el Diario Oficial la primera Ley de Protección a la Infancia Desvalida, N° 2.675, la cual, marcó el inicio de una política estatal orientada hacia los niños en riesgo social, pero sólo de aquellos bajo una precaria situación, destacándose principalmente por el abandono por parte del padre, para resolver el abuso de menores y algunas formas de explotación; sin embargo, su aplicación fue marginal, ya que estaba centrada fundamentalmente en la reclusión de los niños vagos y delincuentes.

Como consecuencia de esta ley los niños pasaron a ser recibidos por las casas correccionales, las que fueron creadas como “centros de reclusión” que recibían a aquellos niños que cometían algún delito o que eran enviados por sus propios padres, ejerciendo la facultad de disposición que tenían sobre ellos.

Por lo tanto, en esta Ley N° 2.675, se establecieron ciertas presunciones de derecho acerca del abandono de niños por parte de sus padres, figura contemplada en el Código Civil de 1855, a raíz de la emancipación judicial del hijo⁶⁹:

"Art. 267. La emancipación *judicial* se efectúa por decreto de juez:

- 1.º Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño:
- 2.º Cuando el padre ha abandonado al hijo:
- 3.º Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria

⁶⁹ Código Civil de 1855, Libro I, Título XI "De la emancipación", Art. 264 a 269.

potestad.

En los tres casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquiera consanguíneo del hijo, i aun de oficio.

4.º Se efectúa asimismo la emancipación judicial por toda sentencia pesada en autoridad de cosa juzgada, que declare al padre culpable de un crimen a que se aplique la pena de esposición a la vergüenza pública, o la de cuatro años de reclusión o presidio, u otra de igual o mayor gravedad. La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena; a menos que en el indulto se comprenda espresamente la conservación de la patria potestad ." (*sic*)

Al respecto, en esta nueva normativa especial se señala que se presumirá de derecho el abandono al que hace alusión el artículo 267 del Código Civil, en los casos en los que se estableciere judicialmente que el padre no velare por la crianza, el cuidado personal o la educación, al punto de que éste se encuentre sin hogar ni medios de subsistencia, o cuando consintiere que el hijo se entregue a la vagancia o a la mendicidad en lugares públicos. Sin duda que en esta presunción de derecho no se incorpora la figura materna como la responsable de este abandono, ya que la mujer tenía un rol secundario al del marido en la protección del hijo, que fundamentalmente radicaba en los aspectos patrimoniales.

Además, en la tramitación del proyecto de ley ante el Senado se valoró también el rol de los hijos en la economía doméstica, al quedar viuda o abandonada la madre por el marido, y sola al cuidado de los hijos. Así puede leerse en la historia del texto legal, en cuyas discusiones en el Congreso se señalaba que "[E]l estado de miseria en que viven muchas madres viudas o abandonadas de sus maridos, aconseja, a juicio de la Comisión⁷⁰, no imponerles trabas para que utilicen los hijos en sus profesiones u oficios. Si bien es cierto que es pernicioso que se ocupe a los menores impúberes en oficios que los obligue a permanecer o vagar por las calles, los peligros que ello ofrece desaparecen

⁷⁰ Comisión de Constitución, Legislación i justicia, en Acta de sesión del 26 de junio de 1904. SENADO, Biblioteca del Congreso Nacional, página 412 y siguientes.

en gran parte cuando andan acompañados de sus padres, guardadores o encargados, pudiéndose eliminar, por no tener gran importancia, las condiciones de ser mayor de diez años i de saber leer i escribir que, copulativamente establece el proyecto en el número 3° del articulado 4°." (sic)

Esta ley establece como presunción de abandono el hecho de dedicarse el menor impúber, es decir, hombre menor de 14 y mujer menor de 12, a ejercicios de agilidad, fuerza u otros semejantes con propósito de lucro; o si ejerciera trabajos nocturnos o en las calles, siempre y cuando dichas actividades lucrativas no las desempeñare en compañía de su padre, madre o tutor. Es decir, en el evento de que el padre consintiera en que su hijo ejerza labores de esfuerzo, en horarios nocturnos o en las calles, estando él presente, no se presumía el abandono, por los motivos antes expuestos, por el hecho de no considerarse en desprotección al niño si estaba en presencia de sus padres.

Otra presunción establecida en la ley hace mención a la figura de depravación a que se refiere el inciso 3° del artículo 267 del Código Civil, estableciendo que ésta se presume cuando el padre hubiere sido condenado por corrupción habitual de menores, o por haber facilitado esta corrupción de cualquiera de sus hijos o a un menor que estuviere bajo su cargo; condenado por vagancia, por secuestro, raptó o abandono de menores, o condenado por cualquier delito cometido contra uno o más de sus hijos.

Dicha normativa legal facultó al juez para colocar a estos niños, una vez establecida la presunción de abandono en sede judicial, en algún establecimiento, ya fuese un establecimiento de reforma, si se trataba de un menor delincuente, o al cuidado de una institución de beneficencia, o un tercero a quien el juez determinara, en aquellos casos de niños en situación de abandono. Incluso, señala el artículo 6°, que el juez podría conceder este traslado a petición de cualquier consanguíneo del menor, como por ejemplo, sus propios padres.

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 personal de las instituciones que ella misma indicaba.

Aun cuando los principios de protección expresados en la Ley sobre Protección a la Infancia Desvalida, no pudieron asentarse efectivamente, esta ley sentó en Chile la conciencia de la necesidad de 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.

Si bien la Ley de Protección a la infancia desvalida tuvo por propósito proteger a la niñez del abandono y la depravación de sus padres o guardadores, a través de un marco de protección, su cuidado quedó entregado a manos de instituciones privadas, teniendo el Estado muy poca participación en su resguardo y promoción de sus derechos fundamentales.

Para ROJAS, esta Ley fue poco efectiva por varios motivos, entre ellos, la función de inspección de la Infancia Desvalida, contemplada en el artículo 9º nunca funcionó; nunca se creó un sistema asistencia que permitiera al Estado hacerse cargo de estos niños desvalidos; se limitaba a restringir el poder de los padres y no de las madres, principalmente en el plano económico, afectando la figura legal de la patria potestad y no la tuición y cuidado de los hijos, entre otros aspectos⁷¹.

⁷¹ ROJAS, Jorge. "Historia ...", op. cit. pág. 212.

CAPÍTULO II

Régimen Presidencialista y el modelo de Estado Social de Derecho, 1925 a 1973.

La infancia en situación irregular.

La nueva Carta Fundamental de 1925 se caracterizó, entre otras cosas, porque restableció el presidencialismo como régimen de Gobierno luego de casi tres décadas de uno pseudoparlamentario, con el fin de que el Presidente de la República pudiese designar libremente a sus ministros y que éstos no pudieran ser derribados por mayorías ocasionales en el Parlamento. El Presidente de la República, quien es el Jefe del Gobierno y de Estado, ejercía efectivamente el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional su labor legislativa.

Entre sus principales características destacan el hecho de haber separado a la iglesia del Estado, permitiendo de esta manera garantizar la más amplia libertad de conciencia y de cultos. Ello fue posible gracias a la lucha de los jóvenes liberales que se enfrentaron al régimen pelucón durante la segunda mitad del siglo XIX, quienes ya en 1861 se instalaron como Diputados y Senadores⁷².

Además, esta Constitución contempló la relevancia de los derechos sociales, en materia de trabajo, seguridad social y salubridad, encaminando a Chile hacia un Estado Social de Derechos, el que fue perfeccionándose durante su evolución entre 1925 y 1973. De tal manera que la Constitución Política de 1925 otorgó al Estado un rol fundamental en el desarrollo político, económico, social y cultural del país.

Asimismo, esta Constitución pone término a las llamadas "leyes periódicas" como fuente de presión política del Congreso Nacional hacia el Presidente de la República, disponiendo entre otras cosas, que si el Poder Legislativo no aprobaba la Ley de Presupuestos presentadas por el Ejecutivo en el plazo fijado por la Constitución, regiría automáticamente el proyecto presidencial.

En definitiva, la Constitución Política de 1925 proporcionó el marco institucional de la ampliación de la ciudadanía y del sistema político, que predominó en gran parte del siglo XX.

⁷² SALAZAR y PINTO, en "Historia Contemporánea ... ", op. cit. pág. 42 y siguientes.

En este periodo, principios de siglo y época de post guerras, la comunidad internacional venía planteando la idea del rol social que cumplían los niños, tanto en el ámbito público como privado, comenzando a surgir la intención de reconocérseles sus derechos. De esta forma, ya a principios del siglo XX circularon varios textos con estas ideas, uno de ellos fue redactado por Eglantyne Jebb, activista social británica, creadora de *Save the Children* en 1919, cuyo trabajo de investigación acerca de la situación de precariedad y de hambruna en la que se encontraban los niños de la Europa post Primera Guerra Mundial, se convirtió en la primera declaración de los derechos del niño aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924, la llamada "Declaración de Ginebra", que velaba por la protección material y espiritual de todo niño, niña o adolescente. Dicho documento fue rápidamente ratificado por las delegaciones de los países que asistieron al IV Congreso Panamericano del Niño, realizado en Santiago de Chile, entre el 12 y el 19 de octubre de 1924.

Cabe hacer presente que, al igual que durante el siglo anterior, a comienzos del siglo XX la situación de los niños abandonados y delincuentes seguía siendo un tema sin resolver. Además de las obras filantrópicas que se encargaban de los niños en situación de calle por defensa a la moralidad, también comenzó a influir en su cuidado el enfoque higienista, que observaba a la delincuencia infantil como una enfermedad social que había que extirpar. El control de los niños que deambulaban por las calles fue el fundamento de la dictación de varios reglamentos que prohibieron y regularon la vagancia y el comercio callejero. Para ROJAS⁷³, con el crecimiento urbano de fines del siglo XIX se multiplicó también la cifra de niños vagos, dedicados a pedir limosna, a vender y robar en las calles, lo cual seguía vinculado a la alta tasa de ilegitimidad de los niños del bajo pueblo.

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 habían sido reconocidos a nivel internacional mediante la mencionada Declaración de 1924, para resolver aquellos problemas que durante años no fueron de interés para las autoridades, por lo que no existían respuestas efectivas por parte del Estado.

⁷³ ROJAS, Jorge. "Historia ..." op.cit. pág. 210.

Acorde a este nuevo escenario internacional, y consciente de la necesidad ineludible que existía de contar con una adecuada ley que otorgara protección a los menores, principalmente por la realidad imperante de un aumento del abandono de niños, la delincuencia infantil, y en general, la conducta irregular del niño y del adolescente, fue tomando fuerza la necesidad de legislar sobre Infancia y Adolescencia.

A partir del año 1926 comenzaron a presentarse diversos proyectos de ley que plasmaban el nuevo pensamiento que surgía en relación a la situación de los menores⁷⁴. Un ejemplo de este espíritu reinante puede encontrarse en el mensaje del Ejecutivo con el que se envió el proyecto de la Ley de Menores: “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”.

2.1. Análisis de la Ley de Protección de Menores N° 4.447, de 1928, y posterior dictación de la primera Ley de Menores N° 16.618, de 1967.

La antigua Ley de protección a la infancia desvalida de 1912 fue la primera norma que reguló el abandono paterno, el abuso de menores y otras formas de explotación, la cual, como se expuso en el capítulo anterior, tuvo una aplicación muy disminuida y discreta durante su vigencia por 16 años, pero sin perjuicio de ello, marcó el inicio de la política estatal orientada hacia los niños en riesgo social.

Consecuencia de la Ley de 1912, los niños que eran recogidos de la calle pasaban a ser recibidos por las casas correccionales o instituciones de beneficencia, que como señalamos, se configuraban como centros de reclusión a donde eran enviados los niños o adolescentes que cometían algún delito, bajo la decisión del juez que declaraba si el niño

⁷⁴ El concepto "menor" se empleará hasta comienzos de los años 2000, cuando la Ley de Tribunales de Familia, N° 18.965, del año 2005, instale el concepto de "niño, niña y adolescente", lo que implica dejar de ver al niño o niña como una persona minimizada frente al adulto, sino más bien sujeto titular de derechos al igual que el adulto, pero que por su condición de niño, requiere de pronunciamiento especial.

había actuado con discernimiento, o simplemente, a petición de sus propios padres, amparados en las facultades que les concedía el Código Civil de 1855.

El proyecto de ley de protección de menores surge como moción en la Cámara de Diputados en julio de 1926, con la finalidad de actualizar nuestra legislación a los parámetros internacionales y a los postulados de la Declaración de Ginebra de 1924, la cual señalaba:

"Los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe conceder al niño cuanto estime mejor y más beneficioso para él, afirman como sus deberes, excluida toda declaración de raza, nacionalidad o creencia religiosa lo siguiente:

1° El niño debe ser puesto en condiciones de realizar normalmente su desarrollo físico y espiritual;

2° El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño retrasado en su educación debe ser alentado a proseguirla; el niño desviado de la buena senda debe ser devuelta a ella; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y socorridos;

3° El niño debe ser el primero en recibir socorro en toda ocasión de calamidad pública;

4° El niño debe ser puesto en condiciones de ganar la subsistencia y ser protegido contra toda clase de explotación;

5° El niño debe ser educado, inculcándosele el sentimiento del deber, que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos".

En la 42ª sesión del 27 de julio de 1926 de la Cámara de Diputado se sostuvo:

"Todos los gobiernos de las naciones europeas y de América, se vienen preocupando preferentemente a toda otra cuestión, en encauzar a las generaciones futuras por el camino que necesaria, lógica y científicamente deben conducir a la grandeza, a la prosperidad, a la paz y bienestar social colectiva e individual.

Sólo nosotros aparecemos como el último de los países en la resolución de estos problemas, como lo demuestran las estadísticas al declarar que figuramos en primer lugar; con el mayor número de mortalidad infantil y con el mayor número de nacimientos ilegítimos; debiendo agregar: con el mayor número de niños abandonados, porque está probado, que a mayor ilegitimidad corresponde mayor abandono. El 50 por ciento de la natalidad en Chile corresponde a los hijos ilegítimos. Desde el año 1910 a 1925, es decir, en un periodo de 15 años, han nacido en nuestro país 800.934 niños ilegítimos. Deduciendo la mortalidad y en consideración a que la mayor parte de estos niños quedan sin amparo alguno, podemos afirmar que tenemos cerca de 300.000 niños abandonados.

Los que conocemos de cerca estas necesidades sociales y las leyes y organismos de los países más adelantados que el nuestro, por haber hecho estudios especiales de esta materia, podemos decir que, estamos en un atraso inaudito, vergonzoso y pudiera decirse criminal y que no podemos menos que gritar y llegar hasta este recinto y decirles respetuosamente a nuestros parlamentarios, por medio de esta solicitud que no hay razón ni derecho para dejar abandonados a su propia suerte a esta porción de niños desvalidos que forman más de la mitad de las generaciones futuras"⁷⁵.

En la 65ª sesión de la Cámara de Diputados, celebrada el 6 de septiembre de 1926, donde se discutía este proyecto de ley se hacía alusión a la onda de reformas legislativas de carácter social que se inició a comienzos del siglo XX con proyectos de leyes presentados tanto por radicales como conservadores, los cuales debieron ser suspendidos por la situación de crisis de la época, retomando con esta fecha su debate, entre ellos, la del proyecto en mención acerca de la protección de menores, señalándose al respecto de la necesidad de legislar:

⁷⁵ Cámara de Diputados. Acta de 42ª Sesión del 27 de julio de 1926. Biblioteca del Congreso Nacional, pág. 1719 y siguientes.

"En efecto, nuestra infancia desvalida vive en un abandono que no debe prolongarse mucho más, sin que peligren los fundamentos mismos de la estabilidad social. [E]n efecto, la criminalidad se acrecienta día a día, en los países en que la infancia que nace de los hogares en que reina el alcoholismo o hace sus estragos la tuberculosis, y que crece alimentándose del mendrugo que se le arroja y que sólo amengua el hambre, sin dar calor de afecto, y abrigándose del harapo que coge furtivamente: mientras que decrece en pueblos, como el Estado de Massachussets, como la ciudad de Birmingham, en que el niño abandonado se lleva a un hogar que el Estado le proporciona; y en que el pequeño delincuente no es juzgado por el hombre severo que aplica las reglas del Derecho Penal con estrictez ciega; sino por el ciudadano bondadoso, que más que un juez, es un maestro, que le prestará su tutela bienhechora"⁷⁶.

En tal sentido, en dicha sesión se propuso dos clases de establecimientos para acoger a los niños desvalidos, abandonados o delincuentes. Un establecimiento de reforma", para aquellos que ya hubieran delinquido, y otros recintos "escuelas - asilos" para los abandonados, y en ambos casos, medios que fomentaran el amor al trabajo, que a los ojos de los diputados que estudiaban el proyecto, era "la más fuerte, eficaz, lógica y humana medicina moral". De esta manera, se inculcaba el trabajo a la infancia desvalida para salir de su estado de desmedro y ser útil a la sociedad.

Además, en esta misma oportunidad, se propuso volver a debatir acerca de un proyecto de ley presentado en 1923 por un grupo de parlamentarios destinado a autorizar la investigación de la paternidad ilegítima, sostenida por razones de justicia y de moralidad, apelando al patriotismo y al buen espíritu de los miembros de la Cámara, destinado a "formar de los niños miserables de la época, hombres de bien, toda vez que las condiciones de nacimiento los habían hecho sentir desamparados y no pudieron

⁷⁶ Cámara de Diputados. Acta de 65ª Sesión del 6 de septiembre de 1926. Biblioteca del Congreso Nacional, pág. 2.693.

llegar a ser buenos, porque, por negligencia social, se sintieron compelidos a vivir en un medio que los obligó a ser malos"⁷⁷.

La Ley de Protección de Menores, N° 4.447, promulgada y publicada en octubre de 1928, se configuró entonces como la norma que hizo recaer en el Estado, la función de atender al cuidado personal, la educación moral, intelectual y profesional de los menores en situación de desmedro. Además de ser el cuerpo legal que amparaba a niños que se encontraban en riesgo social, también se ocupó de aquellos niños que cometían actos antijurídicos, en consonancia con la postura anterior de legislar para poder mantener un control social de aquellos niños cuyos actos ilícitos iban en perjuicio del resto de la sociedad.

Con su promulgación se crearon los Tribunales de Menores para encargarse de los asuntos de familia, y específicamente, de la situación de infancia, con lo cual se limitó la autoridad de los padres, al brindarle facultades especiales a estos Tribunales para resolver las medidas a aplicar a favor de los niños y niñas. En este sentido, se modificó la facultad del padre contenida en el Código Civil de corregir a sus hijos, bajo la cual podía incluso imponerle al hijo menor de 16 años la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional⁷⁸; ahora para ello se exigía la concurrencia de la voluntad del juez.

Además, se creó un organismo técnico que colaboraba con los nuevos Tribunales de Menores, la Dirección General de Protección de Menores. En los casos señalados en la Ley de Menores, cuando la función de atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores, corresponda al Estado, será ejercida por medio de una nueva institución, la Dirección General de Protección de Menores.

Según el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 4.447, Decreto N° 2.531 de enero de 1929, la Dirección General de Protección de Menores constituía un departamento técnico, perteneciente al Ministerio de Justicia, cuya principal función era supervigilar el cumplimiento de la Ley 4.447, y para ello tenía amplia facultades, entre

⁷⁷ *Ibíd*, pág. 2.694.

⁷⁸ Facultad contenida en los artículos 233 y 234 del texto original del Código Civil de 1855.

ellas, practicar u ordenar visitas, en cualquier momento, a establecimientos educacionales o espectáculos públicos a los que tuvieran acceso los menores, para informar a las autoridades educacionales acerca de la enseñanza de la moral e higiene de los mismos.

Dicho reglamento estableció el rol de los defensores de menores, en caso de no existir representante de la dirección general, el defensor podía emitir informes que la Dirección solicitara.

Se estableció una definición de menor, como sinónimo de niño, en su artículo 3º: "Para los efectos de esta ley, se considerará menor a toda persona que tenga menos de veinte años. En caso de duda acerca de la edad de una persona, en apariencia menor, se le considerará provisoriamente como tal, mientras se compruebe su edad".

Frente a la comisión de un acto antijurídico por parte de un menor, esta ley le confirió al Juez de Menores la facultad de declarar la presencia o ausencia del discernimiento en el actuar delictivo de un adolescente, señalando en su artículo 19 que: "Tanto el menor de dieciséis años, como el mayor de esa edad y menor de veinte que haya obrado sin discernimiento, que aparezcan como inculpados de un crimen, simple delito o falta, serán juzgados por el Juez de Menores respectivo, quien no podrá adoptar respecto de ellos otras medidas que las establecidas en esta ley. La declaración previa acerca de si ha obrado o no con discernimiento, deberá hacerla el Juez de Menores, oyendo a la Dirección General de Protección de Menores o al funcionario que ésta designe." (sic)

También se estableció la institución de Casa de Menores, la cual estaba destinada a recibir a los niños o adolescentes cuando éstos hubieran sido detenidos o debieran comparecer ante el juez⁷⁹. Junto con ello, se creó un Reformatorio en la ciudad de Santiago, de carácter eminentemente industrial y agrícola, destinado a niños varones, que contemplaba un plan escolar, permitiendo a los alumnos continuar con sus estudios en otros establecimientos educacionales. "Artículo 7: Los menores de veinte años no podrán ser detenidos sino en las Casas de Menores o en los establecimientos que en el Reglamento determine el Presidente de la República."

⁷⁹ Ley N° 4.447. Protección de Menores. CHILE. Santiago, Chile, octubre de 1928. Artículo 6°.

Con respecto a las medidas de protección que podía adoptar el juez de menores⁸⁰ en aquellos casos de niños afectados por situaciones de desmedro o abandono, la ley disponía: 1. Devolver al menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación; 2. Someterlo a la vigilancia de la Dirección General de Protección de Menores, la que se ejercería conforme lo dispuesto en el Reglamento; 3. Confiarlo, por el tiempo que estimara necesario, a los establecimientos especiales de educación que la ley señalara, o a algún establecimiento adecuado que el juez determinara; y 4. Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

Estas medidas eran de carácter indefinido, duraban el tiempo que el Juez de Menores estimara necesario, y podían ser revocadas, alteradas o modificadas, si variaban las circunstancias que le habían dado origen, pero siempre oyendo a la Dirección General de Protección de Menores.

Al igual que la anterior ley de protección a la infancia desvalida, esta nueva ley de protección de menores contempló la figura del abandono paterno o de inhabilidad de ambos padres, para poder regular el cuidado personal de los niños abandonados. De esta manera, la nueva ley reguló en los artículos 21 y 22 que en casos de ausencia del padre, madre u otro ascendiente legítimo y de consanguíneos a un reformatorio, el juez podría concederle el cuidado personal del niño a una institución de beneficencia con personalidad jurídica o a cualquier otro establecimiento autorizado para este efecto por el Presidente de la República⁸¹.

Para efectos de comprender la inhabilidad física o moral de ambos padres, esta ley estableció como circunstancias suficientes: la incapacidad mental; el padecimiento de alcoholismo crónico; cuando no velaran por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; consintieran en que se entregara en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio; cuando hubieren sido condenados por vagancia, secuestro o abandono de menores; cuando maltrataran o dieran malos ejemplos al menor; cuando la permanencia de éste en el

⁸⁰ Ibíd, Artículo 20.

⁸¹ Ibíd, artículo 21.

hogar constituyera un peligro para su moralidad, o por cualesquiera otras causas que colocaran al menor en peligro moral o material.

Con la entrada en vigencia de esta ley, a partir del año 1928 va surgiendo en Chile lo que se conoce como "Derecho de Menores"⁸², o tutelar de menores, compuesto ya no sólo por las normas de los Códigos Civil y Penal, relativas a las consecuencias de los actos antijurídicos de los niños (entre ellos también la responsabilidad por los daños, en materia civil), sino también por esta ley de protección del menor que se ocupará de las irregularidades que puedan afectar a los niños y jóvenes, a la protección de la infancia desvalida o abandonada, y a las obligaciones que se derivan de la filiación⁸³.

Tras múltiples modificaciones sustanciales, esta ley de protección de menores, perdió su relevancia social, y finalmente fue derogada por la Ley de Menores N° 16.618 en 1967. Ello es así porque sufrió reformas en aspectos claves como los administrativos, de procedimientos, y de responsabilidad penal. Así por ejemplo, en 1942, ya en el Gobierno del Presidente Juan Antonio Ríos, se fusionó, mediante Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social⁸⁴, la Dirección General de Protección de Menores con otros servicios médicos asistenciales dando lugar a la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia -PROTINFA-, institución que asumió la protección a la infancia en situación irregular. Sin embargo, al ser un organismo dependiente del Ministerio de Salud al que se le encargaría incluso los problemas derivados de la delincuencia juvenil, al tiempo sería reformado nuevamente, pasando a intervenir en materia de infancia vulnerable el Servicio Nacional de Salud.

A raíz de la insuficiencia del Servicio Nacional de Salud para afrontar el problema en su totalidad, este mismo servicio solicitó en agosto de 1960 la creación de

⁸² CILLERO B., Miguel. "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile", en Documento III de Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

⁸³ Este ámbito será regulado por la Ley sobre Abandono de Familia y pago de pensiones alimenticias, N°5.750, de diciembre de 1935, antecesora de la actual Ley N° 14.908, de octubre de 1962, que regula dicha materia. Op. cit en pág 76, 86 y sgtes.

⁸⁴ A este Decreto con Fuerza de ley hace referencia Miguel CILLERO B. en "Evolución Histórica ...", ob. cit. 104, y Patricia SBOCIA ESPINOZA en su libro, *El problema de los menores en situación irregular y su solución integral*, Editorial Jurídica de Chile, año 1971, pág. 14, individualizándolo como D.F.L. N° 20/1.412, del 7 de octubre de 1942, del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social.

una Comisión Interministerial, conformada por el Ministerio del Interior, de Educación, de Justicia, de Salud, de Trabajo y Previsión Social, junto con otras personas expertas en la materia, para la protección de menores en situación irregular, la que luego dio paso a la creación en 1964 del Consejo Nacional de Menores, antecesor del actual Servicio Nacional de Menores, creado en 1979. Todos ellos con la misma mirada puesta tanto en los niños en situación de desprotección como aquellos jóvenes infractores de la ley penal, división base de la acción tutelar del Estado y que se mantuvo en vigor hasta entrada la década de los noventa.

Todas estas modificaciones a la Ley N° 4.447 plantearon la necesidad de una reforma sustancial al sistema de infancia en situación irregular, con lo cual se presentan diversos proyectos por parte del Ejecutivo, siendo en definitiva la Ley de Menores N° 16.618 promulgada el 3 de febrero de 1967, la cual será heredera de la tradición legislativa ya reseñada.

Esta nueva normativa continuará con su corriente doctrinaria, es decir, su preocupación central radicará en la irregularidad de las relaciones de familia o del comportamiento social del niño. Todas estas leyes no se caracterizaron por ser una legislación que centrara al niño en su actuar, o que definiera su lugar en la sociedad, sino que siguen considerando al niño objeto de protección, más que como sujeto de derechos frente al Estado y la familia.

La Ley de Menores de 1967 consagró tres nuevas instituciones con competencias para resolver los problemas de los menores, la Policía de Menores, encargada de recoger a los menores en situación irregular; los Tribunales de Menores, con los cuales se les asignaron amplias facultades al juez para disponer sobre la vida futura del niño con necesidades de asistencia y protección, y el Consejo Nacional de Menores, en adelante CONAME, el cual estaba encargado de coordinar y propiciar las medidas destinadas a la asistencia, protección y rehabilitación de menores.

Es por ello que esta nueva normativa reguló tanto aspectos administrativos, como la organización de los Tribunales de Menores y su competencia, como todo lo relativo al procedimiento, la prueba y las medidas de protección a aplicar, las cuales serán las mismas que aquellas establecidas en el artículo 20 de la Ley N° 4.447, de 1928:

devolver al menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación; someter al niño al régimen de libertad vigilada (con la acepción de ser conceptualizada de manera diferente a la anterior); confiarlo, por el tiempo que el juez estime necesario, a los establecimientos especiales de educación o a algún otro establecimiento adecuado que esta ley señala, o confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación⁸⁵. En este sentido, la nueva ley no marcó gran diferencia con el tratamiento anterior.

Todas estas medidas se caracterizaron por ser de indefinidas, por lo que su duración quedaba al criterio del juez, y por ser inespecíficas, esto es, aplicadas al margen de criterios de proporcionalidad entre la conducta y la sanción, por lo que la misma medida podía aplicarse al niño de la calle como a aquel que hubiera cometido un delito. Por ello una de las críticas que se realiza a este sistema basado en la doctrina de la situación irregular, es que en un mismo recinto podían estar conviviendo ambos sujetos de atención, lo que podía generar un daño psicosocial al niño que requería de protección, lo que afectaría por consiguiente su conducta en el tiempo⁸⁶.

En cuanto a lo administrativo, el Consejo Nacional de Menores fue el organismo estatal encargado de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y la organización de las entidades y servicios públicos o privados, que prestaran asistencia y protección a los menores en situación irregular, sin embargo, nada se explicitó de su función coordinadora como representante del ejecutivo frente al órgano judicial, o frente a los demás órganos que atendían a la infancia desvalida.

La Policía de Menores se pensó como una unidad con personal especializado en el trabajo con menores que debía establecer en cada ciudad cabecera de provincia y en los lugares que fuesen asiento de un Juzgado de Letras de Menores, Comisarías o Sub Comisarías de Menores, cuyo personal debía recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección, ejercer labores de control de ciertos

⁸⁵ Ley Nº 16.618, Ley de Menores. CHILE. Santiago, Chile, 1967. Artículo 29 del texto original de 1967. Ley aún vigente a noviembre de 2018, con otro articulado.

⁸⁶ CILLERO B., Miguel. Evolución ob. cit. 131.

lugares determinados por el CONAME y denunciar delitos realizados en contra de los menores.

En este sentido, la ley le otorgó a personal uniformado, específicamente a Carabineros, ser los primeros en atender a un niño que presentara indicios de vulneración, como lo era encontrarse solo en la calle, o presentar necesidades especiales, para luego de ser recogidos y sacados del entorno vulnerador, ser llevados a un recinto policial, para una vez allí determinar su traslado a Tribunales para que a su resguardo, el juez determinara su destino, una casa de menores o un reformatorio.

Esta ley también modificó la función de las Casas de Menores, las cuales recibían a los menores que requerían de protección y tenía por misión "observarlos", y según ello, "clasificarlos" según las características que presentaran, es decir, asumían funciones de centros de observación, tránsito y distribución - COD -, en los cuales ingresaban tanto los menores que hubieran cometido hechos constitutivo de delitos, permaneciendo en ellos hasta que el juez de menores resolviera si había actuado o no con discernimiento, y los niños que sólo necesitaban de asistencia y protección, debiendo permanecer en dichas casas hasta que el juez adoptara una medida a su favor.

Por su parte, los Tribunales especiales de Menores creados con la antigua Ley de Protección de Menores N° 4.447, pasaron a ser Tribunales comunes con competencia especial determinada en la nueva ley, competencia que se reconoce por ser genérica y muy amplia, abarcando desde materias propias del Derecho de Familia contenidas en el Código Civil, como la señalada en el artículo 233 inciso 2°⁸⁷, hasta resolver cuestiones propias de aquellos menores inculcados de crímenes, simples delitos o faltas, caso en el cual el juez de menores debía declarar si el niño mayor de 16 años y menor de 18 años había obrado con o sin discernimiento. Y en caso de no haber actuado con tal discernimiento, el juez debía resolver qué medidas de protección aplicarles.

⁸⁷ Código Civil. CHILE, Santiago, 1855. El artículo 233 del texto original señala: "El padre tendrá la facultad de corregir i castigar moderadamente a sus hijos, i cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre, i el juez en virtud de ella espedirá la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido diez i seis años, no ordenará el juez el arresto, sino despues de calificar los motivos, i podrá estenderlo hasta por seis meses a lo mas.

El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto".(sic)

El artículo 30 original de la Ley de Menores disponía:

"Cuando se recoja un menor por hechos que no sean constitutivos de crimen, simple delito o falta, el Juez de Letras de Menores podrá, sin necesidad de llamarlo a su presencia, aplicarle alguna de las medidas indicadas en el artículo anterior, según más convenga a la irregularidad que presente.

En casos calificados, el juez podrá autorizar al Consejo Técnico de la Casa de Menores respectiva para que aplique la medida procedente, en el plazo que indique, que, en ningún caso, podrá exceder de veinte días.

Estas medidas podrán ser revocadas o modificadas en la misma forma indicada en el inciso final del artículo 29°."

De esta manera, se facultaba al juez para aplicar una medida de protección para aquel niño "recogido" por la comisión de hechos no sancionados penalmente, es decir, vulnerando el principio de tipicidad, toda vez que se le aplicaban al niño medidas de protección con un fuerte componente punitivo cuando no se había incurrido en ninguna infracción a la ley.

En la actualidad, el artículo 30 de la mencionada ley ha sido reformado acorde a lo dispuesto en la actual Ley de Tribunales de Familia⁸⁸, promulgada en el año 2004, señalando que:

"En los casos previstos en el artículo 8°, números 7) y 8)⁸⁹, de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución

⁸⁸ Ley N° 19.968. Crea los Tribunales de Familia. CHILE. Santiago, Chile, agosto de 2004. Regula en su artículo 7° la competencia de los Tribunales de Familia.

⁸⁹ *Ibíd*, Art. 8: Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

8) Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas;

fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

En particular, el juez podrá:

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, y

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.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo.

Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto."

En definitiva, esta nueva Ley de Menores de 1967 - vigente en la actualidad sin perjuicio de sus innumerables modificaciones - , que nació con la finalidad de sustraer a los menores de 18 años del sistema penal, en la realidad lo que hizo fue incorporarlos a un sistema punitivo ausente de las garantías propias del sistema penal, ya que en definitiva, la separación de competencia estaría destinada al final del proceso, cuando el juez emitiera resolución acerca de las medidas a aplicar.

Esto se reguló recién en 2007 cuando entró en vigencia la nueva Ley de Responsabilidad Penal Adolescente⁹⁰, distinguiendo entre niños menores de 14 años y adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años, terminando con la figura del discernimiento. A los primeros se les aplicarán las medidas de protección establecidas en la Ley de Menores o la Ley de Tribunales de Familia, creados en el año 2004, independiente de si han infringido la ley penal, haciéndolos inimputables, y a los segundos, en caso de cometer delito, simple delito o falta, se les aplicarán las normas de la ley especial de responsabilidad penal adolescente.

2.2. La doctrina de la Situación Irregular.

Con la entrada en vigencia de la ley N° 4.447 de 1928, antecesora de la actual Ley de Menores, N° 16.618, comenzó a implantarse lentamente en nuestro país la doctrina de la "situación irregular", conforme a la cual, el destinatario de la Ley de protección Menores es el menor en situación irregular, entendida como el niño enfrentado a un riesgo material o moral.

El 7 de octubre de 1942, el Presidente de la República Juan Antonio Ríos promulgó, en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al Poder Ejecutivo por el Congreso Nacional, el Decreto con Fuerza de Ley N° 20/1.412, el cual refundió la Dirección General de Protección del menor con otros diversos organismos y servicios médicos asistenciales destinados a la protección de la minoridad por el Estado, dando lugar a la nueva Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia - PROTINFA-, en cuyo artículo 5° se describió lo que se entendería por "situación irregular". En tal sentido, "[P]ara los fines de protección y auxilio que establece el presente decreto orgánico se entenderá que un menor se encuentra en situación irregular cuando su adaptación social sugiere alteraciones, se encuentre material o moralmente

⁹⁰ Ley N° 20.084. Responsabilidad Penal Adolescente. CHILE. Santiago, Chile, diciembre de 2005. Inciso 1° del Artículo 3°: *La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.*

abandonado o en peligro de estarlo, o hubiere delinquido, cualquiera que sea su estado civil". De esta manera surgió lentamente la llamada "situación irregular" que hará referencia tanto a los fenómenos de delincuencia juvenil como a situaciones que justifican una intervención tutelar del Estado.

Por su parte, la Comisión Interministerial creada en 1960 también se abocó a definir la situación irregular, señalando que "el menor en situación irregular es todo aquel que por causas personales, psíquicas, ambientales o mixtas, tiene problemas para su adaptación social o presenta una conducta antisocial, persistente o progresiva, que no puede ser corregida por los medios naturales, sino a través de una protección especial dada por el Estado o la comunidad"⁹¹.

De esta manera, la legislación vigente en materia de protección de menores continuó con la distinción entre menores en situación irregular y aquellos hijos de familia, para los cuales siguió vigente la tutela familiar, y por ende las normas del Código Civil; sólo frente a aquellos que se encontraban en una situación excepcional de desprotección, se activaba la intervención estatal a través de los Tribunales de Menores. De ahí que una de las críticas a esta doctrina sea el carácter estigmatizante de la distinción entre niños "normales" y menores cuya irregularidad generalmente consistía en ser pobres, dirigiendo la atención a los efectos o síntomas que en estos niños pobres producían las carencias a que estaban expuestos, más que a las causas que originaban esta irregularidad, razón por la cual se enfatizaba la atención protectora y rehabilitadora en detrimento de la acción preventiva⁹².

Como vemos, dicha situación irregular hacía referencia en algún aspecto a la condición de vulnerabilidad de los niños, ya que si entendemos a las personas vulnerables como aquellas que por distintos motivos, no pueden o no tienen desarrollada la capacidad para prevenir, para resistir o para sobreponerse de un impacto, esto los hace

⁹¹ Definición dada por el Dr. Carlos Nasar. En Sbocia E., Patricia. "El problema de los menores en situación irregular y su solución integral. Editorial Jurídica de Chile, año 1971, pág. 15, citada por CILLERO B. Miguel.

⁹² PILOTTI, Francisco. "Crisis y perspectivas del sistema de bienestar infantil en América Latina. Documento I en Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

más susceptibles de ser lastimados, por lo que podemos comprender que aquel niño con problemas de adaptación social, en situación de abandono o potencial abandono también es un niño vulnerable, y que por ende sus derechos fundamentales están más expuestos a resultar dañados.

En este sentido, la legislación de menores de esta época se refirió fundamentalmente a los problemas de la infancia desvalida, definiendo a sus destinatarios por sus carencias o necesidades, sus actitudes potenciales o efectivamente conflictivas, es decir, los niños y jóvenes de conducta irregular, las familias destruidas, los abandonados, aquellos que se encontraban en peligro material o moral, que tenían desajustes conductuales o que estaban en conflicto con la justicia, y en consecuencia, esta justicia se configuró como una legislación especial destinada a los denominados "menores en situación irregular", segregando así una categoría de niños del resto, de niños de familia, los cuales obviamente quedaban fuera de su campo de acción⁹³.

El sistema tutelar imperante se acercaba más al sistema de autoridad, sancionatorio o correccional, que a un sistema de protección integral, en el cual la intervención estatal se justificaba, no por el afán de reconocer los derechos de los niños, sino en la protección de la sociedad frente a estos menores en conflicto con la Ley, o en situación de abandono o vagancia.

Estos eran justamente los fundamentos y bases de la nueva legislación, la cual recogía las ideas de la época, y en tal sentido, significó una adecuación a los avances de la doctrina jurídica vigente ligada fuertemente a ideas de control social de la infancia.

Este paradigma sobre el cual se construyó el Derecho de Menores, se encuentra vigente hasta hoy en día bajo algunos postulados de la actual Ley de Menores N° 16.618, de 1967, sin perjuicio de encontrarse en vías de extinción.

De esta manera, la ley N° 4.447 fue la base para comprender el paradigma de la situación irregular y en consecuencia, las demás leyes dictadas entre 1928 y 1967 se fundaron, a su vez en él, de ahí que la actual Ley de Menores - aún cuando está reformada sustancialmente - lo mantenga, lo que se traduce en que todas estas leyes

⁹³ CILLERO B., Miguel. Evolución histórica op. cit. pág. 80.

conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, por cuanto a dichos sujetos no se les reconocía como titulares de derechos, y al no tener acceso a la vivienda, educación ni salud, eran vistos como una amenaza al orden social.

La doctrina de la situación irregular, lejos de garantizar un buen cuidado hacia el niño, y suplir las condiciones que por razones socio-económicas, no estaba al alcance de los infantes y adolescentes, se tradujo en abusos por parte de la autoridad, ya que la situación de pobreza o desamparo en la que se encontraban los niños cuyos casos llegaban a conocimiento de los tribunales, los exponían a situaciones o procedimientos que no guardaban relación con el respeto hacia los derechos humanos, como lo es por ejemplo, la garantía de un debido proceso, esto principalmente en relación a la forma que tenían de iniciarse los procesos de menores, esencialmente desformalizados; a la generación de pruebas, a los recursos, entre otros.

En consecuencia, esta doctrina se caracteriza por una intervención estatal discrecional sobre el niño, basada en la indistinción entre abandonados y delincuentes. Para algunos, la historia de la infancia es la historia de su control⁹⁴. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular, resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas.

⁹⁴ GARCÍA MENDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos del niño: de la situación irregular a la protección de la infancia. En II Seminario Latinoamericano, "Nuestro compromiso: Los Derechos de los niños y del adolescente en una sociedad democrática". Ediciones Sename, 1992. Y en DE DINECHIN, Philippe. Los utópicos derechos del niño. Ediciones Escapate. Septiembre 2009.

CAPÍTULO III

Gobierno de Facto y su mirada asistencialista a la infancia durante 1973 y 1990.

El día 11 de septiembre de 1973 mediante un golpe militar se pone término al Gobierno del Presidente Salvador Allende, quien había asumido en noviembre de 1970, luego de elecciones generales propias del Estado de Derecho que regía en Chile hasta ese momento.

Consecuencia de este golpe, Allende muere y las fuerzas golpistas toman el control total del poder, instalándose una Junta Militar compuesta por el Comandante en Jefe del Ejército; el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea; Comandante en Jefe de la Armada, y por el General Director de Carabineros, la que ejercerá el poder político, estableciéndose así un gobierno autoritario por 17 años hasta marzo de 1990, luego de un plebiscito que pone término al Gobierno de facto.

Producto del quiebre institucional, la Junta Militar aprovecha la ocasión para adoptar de inmediato la recesión de los partidos políticos y la clausura del Congreso Nacional. Con lo cual, la Junta asumirá el ejercicio de la función legislativa, quedando investida de los poderes Legislativo y Constituyente, potestad que ejerce mediante la dictación de Decretos Leyes. Entre los años 1973 y 1978, Pinochet consolida su poder por sobre los demás miembros de la Junta Militar, asumiendo de manera consecutiva diversos cargos como el de Jefe Supremo de la Nación, Presidente de la República - con lo cual asume la función de Gobierno y Administración del Estado -, Capitán General, y Comandante en Jefe del Ejército.

Todo este quiebre institucional duró un periodo de 17 años, tiempo en el cual el régimen militar se caracterizó por practicar una fuerte represión política hacia los ciudadanos, labor que estuvo en manos de la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, lo que derivó en sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos; época marcada por la violencia organizada, desaparición forzada de personas, empleo de mecanismos de tortura, asesinatos, y también limitación a las garantías fundamentales de libertad de expresión y de asociación, entre otras, lo que afectó principalmente a los opositores al régimen, militantes y entre otros, simpatizantes de la depuesta Unidad Popular.

Se trató de una época de profundas infracciones al Estado de derecho y violaciones a los Derechos Humanos, donde no existía separación de poderes, el legislativo y ejecutivo se confundían en la misma junta militar, y el poder judicial era prácticamente adherente al nuevo régimen, por lo que frente a las innumerables denuncias por detenciones ilegales y luego desapariciones forzadas, la Corte Suprema se mostró ciega, sorda y muda. Con mayor razón, en la judicatura de menores, no habrá una mirada de respeto de los derechos humanos de los niños.

Para el profesor PALMA, el periodo comprendido entre los años 1973 a 2004 se caracteriza por el desprestigio tanto de los jueces y legisladores, como de la profesión de abogado y del Colegio de Abogados, como operadores del sistema jurídico, cuestionados por su actuar durante el régimen militar. Así por ejemplo, el poder judicial colaboró con el Gobierno de Facto no solo al permitir su intromisión en la función judicial con la creación de Tribunales Especiales en materia laboral, sino también con la falta de diligencia de las máximas autoridades, como los Presidentes de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en la defensa de la libertad personal y de la seguridad individual ante la represión desatada por la DINA y CNI, organismos de inteligencia del gobierno de facto⁹⁵.

En este contexto es posible imaginar cómo la situación de violencia generalizada afectó la vida cotidiana de los niños y jóvenes chilenos, no solamente aquellos provenientes de familias afectadas directamente por la represión política, sino también por la atmósfera represiva ineludible que impregnó la convivencia nacional, marcada por allanamientos masivos, enfrentamientos, balacera nocturnas, patrullaje, ostentación intimidante de fuerzas militares en las ciudades, ostentación de armamento pesados, entre otros⁹⁶.

Si bien no es posible determinar en cifras cuántos niños abandonados existían en la década de los años ochenta, hay algunos indicadores indirectos que permiten establecer que en el año 1985 el 25% de la población del país era indigente total, y cerca

⁹⁵ Véase por todos, de PALMA G, Eric, “Tiempos de continuidad y cambio en el Derecho Chileno: 1973-2004”, en *Persona y Sociedad*, Volumen XVIII, número 2, agosto de 2004, págs. 95-110.

⁹⁶ TODOLO Q., Ida, y ZÚÑIGA C., Lina. *La defensa de los derechos del niño: antecedentes históricos desde la perspectiva de Chile. Capítulo III. La situación del niño durante la dictadura militar (1973-1990).* Serie Estudios y Experiencias. Fundación PIDEE. Santiago, Chile. Mayo 1991.

del 36% de la población total del país representaba la población de riesgo debido a su condición socioeconómica⁹⁷.

Bajo este escenario, ausencia de democracia, violencia política y ausencia del respeto de los derechos humanos, las políticas públicas hacia la infancia se verán mermadas por la nueva ideología neoliberal imperante, lo que le otorgará un rol secundario al Estado en el rol de garante de derechos, asumiendo una función asistencialista hacia los niños, niñas y adolescentes que se traducirá en el traspaso de recursos al sector privado para que asumiera las tareas del campo social, como salud, vivienda y educación, fondos que fueron importantes en el periodo de expansión económica y reducidos drásticamente en los periodos de ajuste producto de la crisis que afectará al país en la década de los años ochenta, siendo los más perjudicados los más pobres, y con ellos, los niños.

3.1. Creación del Servicio Nacional de Menores:

Desde comienzos de la década de los ochenta, bajo un nuevo régimen institucional, se pone término al rol benefactor que desarrollaba el Estado desde hacía 40 años aproximadamente, dando lugar ahora a la mirada del Estado como ente subsidiario, lo que implicó la transferencia de la mayor parte de su actividad económica y social al sector privado, todo lo contrario a la anterior intervención estatal, directa y operativa en cuanto a la producción de bienes y en la entrega de servicios básicos a la población, como educación, salud, vivienda y otros que imperaba hasta la instauración del régimen de facto⁹⁸.

La falta de precisión con que la Ley de Menores facultaba al Consejo Nacional de Menores en cuanto a la representación, como organismo estatal, en la provisión de servicios para la infancia y la coordinación con Tribunales de Menores, junto con la gran

⁹⁷ *ibíd*, op.cit. pág. 27.

⁹⁸ ÁLVAREZ CHUART, Jorge. La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social. Documento VI. En *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

cantidad de hogares existentes en la década de los 70 a los que el Estado debía entregar asistencia directa, algunos de ellos pertenecientes a la Fundación del Niño Chileno⁹⁹, y otras al Ministerio de Salud, que administraba y financiaba centros de protección, rehabilitación y de diagnóstico; al Ministerio de Educación que mantenía Escuelas Hogares; a Carabineros, que además de las Subcomisarías, también administraba Clubes de Menores, y a Gendarmería de Chile, que mantenía en las cárceles anexos para jóvenes, tanto con fines de diagnóstico como por aplicación de medidas de protección, con los años fueron generando serias deficiencias en la labor técnica de las instituciones, que favorecían la prolongada permanencia de los menores en los centros, la escasez de programas de capacitación y la carencia de trabajo con las familias para egresarlos, entre otras dificultades técnicas.

En razón de ello, se hizo necesario reformular el sistema de atención a la infancia, específicamente el rol que hasta ese entonces desempeñaba el CONAME, para lo cual en 1977 el Ministerio de Justicia formó una Comisión formada por dicha cartera y miembros de Tribunales de Menores y otros técnicos, con la finalidad de elaborar un nuevo texto legal que hiciera referencia a un nuevo organismo público que tuviera por misión ser el responsable de las acciones impulsadas por el Gobierno para los menores en situación irregular.

Como el Congreso Nacional se encontraba clausurado, y por consiguiente, las facultades legislativas y constituyentes fueron ejercidas por la Junta Militar, durante la vigencia del Gobierno de Facto se dictarán innumerables Decretos Leyes, entre ellos el D.L. N° 2.465, de 1979, que crea el Servicio Nacional de Menores, que se constituye como la Ley Orgánica de SENAME, en cuyos considerandos del texto original de 1979 puede leerse:

1°.- Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Acta Constitucional N° 2, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, correspondiendo al Estado protegerla y propender a su fortalecimiento;

⁹⁹ Dicha Fundación fue creada en 1970 como un anexo del Consejo Nacional de Menores, para crear y administrar centros de menores mediante el financiamiento aportado por el Estado. A fines de 1979 dicha institución de derecho privado administraba 33 centros, tanto de prevención, protección, rehabilitación y de diagnóstico en todo Chile.

2°.- Que dicha declaración implica el deber del Estado de auxiliar a los menores de edad integrantes del grupo familiar, especialmente si se encuentran en situaciones que pongan en peligro su desarrollo normal integral y no puedan ser solucionadas por la persona que tenga la obligación de su tuición;

3°.- Que, aun cuando el Consejo Nacional de Menores fue creado para cumplir esa función, la experiencia ha demostrado que el sistema existente adolece de numerosos vacíos e imperfecciones, que le han restado eficacia en algunos campos e impedido actuar en otros, y

4°.- Que, para corregir esta situación, se considera necesario modificar la actual estructura del Consejo Nacional de Menores, a fin de crear un nuevo organismo con atribuciones operativas que permita la atención, por sí o por otras instituciones, de los menores cuya guarda y defensa se encuentren alteradas o en peligro de estarlo, mediante la aplicación de los diversos sistemas de asistencia, protección y rehabilitación que establezcan las leyes.

Siendo esta la intención de la Junta de Gobierno, al dictarse la ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, se deroga la Ley de Menores en lo relativo al capítulo que regulaba el Consejo Nacional de Menores, consagrando en el Estado la facultad de ejecutar las acciones de asistencia o de protección de aquellos menores que carecían de tuición; de aquellos en que el ejercicio de la tuición de sus padres les fuera perjudicial o constituyera un peligro para su desarrollo normal integral; los que presentaban desajustes conductuales, y los que estaban en conflicto con la ley¹⁰⁰.

Sin embargo, con esta nueva normativa se instala en Chile un sistema que significó un cambio en la política de atención al menor. A través del D.F.L. N° 1.385, de 1980, se instauró el sistema de subvenciones en la atención del niño, lo que significó una fuerte participación del sector privado en la atención a la infancia, que como

¹⁰⁰ D.L. N° 2.675. Crea el Servicio Nacional de Menores. CHILE. Santiago, Chile, enero de 1979. Artículo 1° del texto original.

contrapartida trae como consecuencia la pérdida de numerosos beneficios sociales que se entregaban a los niños¹⁰¹.

De esta manera, el Estado dejó de administrar una serie de instituciones de beneficencia por sí mismo, y los particulares asumieron su gestión financiados por una subvención estatal basada en la atención del "niño-día".

Lo anterior, como se señaló anteriormente, producto de la implementación del esquema económico neoliberal, con énfasis en el protagonismo del sector privado y en el desarrollo de una estrategia de apertura del comercio exterior, la rebaja de los aranceles a la importación y la reducción de la actividad del Estado con la privatización de sus empresas, pasando éste a ejercer un rol subsidiario, caracterizándose por la disminución de la participación del Estado en la economía nacional.

Este nuevo modelo de atención respondió al nuevo modelo de Estado que se quería implementar. La Junta buscaba eficiencia administrativa y económica, olvidándose de algunas de las características del sistema de menores instaurado ya desde mediados del siglo XX, como lo era sustraer al adolescente del sistema penal. Un ejemplo de ello será la orden de ingreso directo de los niños infractores de la ley penal a los recintos de Gendarmería por parte del juez, quien conocía del discernimiento, sin ser destinados a los Centros de Observación, Tránsito y Diagnóstico -COD- o las Casas de Menores, los que ya se encontraban bajo la administración de privados, por considerar que no garantizaban la función pública de custodia de niños inculcados en un proceso penal. Esto llevó a la grave vulneración de derechos a la que se veían expuestos los niños encarcelados en recintos de adultos administrados por Gendarmería, pasando dicha institución a jugar un rol importante en la justicia de menores.

En tal sentido, el Servicio Nacional de Menores adquirió un rol de subordinación al Poder Judicial, es decir, durante la Dictadura Militar, SENAME estaba obligado a ejecutar las resoluciones de los Tribunales de Menores, y en tal sentido, fueron éstos los

¹⁰¹ TODOLO Q., Ida, y ZÚÑIGA C., Lina. La defensa de los derechos del niño: antecedentes históricos desde la perspectiva de Chile. Capítulo III. La situación del niño durante la dictadura militar (1973-1990). Serie Estudios y Experiencias. Fundación PIDEE. Santiago, Chile. Mayo 1991, pág. 27. Entre dichos beneficios se puede señalar las raciones de almuerzos escolares. A manera de ejemplo, en 1972 se entregaron 715.000 almuerzos escolares mientras que en 1974 esa cifra desciende a 663.200, y en 1991 llega tan solo a 570.000, considerando el aumento de la población infantil durante esas décadas.

que, con las amplias facultades otorgadas en la Ley de Menores, disponían de la vida futura de los niños objeto de su jurisdicción, sumado al hecho de que durante este periodo no había mayor coordinación entre la judicatura, el Servicio y las entidades privadas colaboradoras del mismo.

Luego de definir su sujeto de atención, la ley contempló las facultades especiales que le correspondían al SENAME, caracterizándose por su rol asistencialista, las cuales continúan vigentes hoy en día, salvo pequeñas modificaciones producto de la dictación en el año 2005 de la Ley que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención, N° 20.032. De esta manera, las principales funciones del Servicio¹⁰² son:

- Aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los menores indicados en el artículo anterior.

- Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Menores, con el fin de cumplir las medidas que éstos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten.

- Crear y administrar Casas de Menores y establecimientos para menores con problemas conductuales y, en casos calificados, con la autorización del Ministerio de Justicia, otros establecimientos de prevención y protección. Esta facultad hoy hace referencia a crear centros de internación provisoria y centros de rehabilitación conductual para administrarlos directamente.

- Desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidos por el Ministerio de Justicia.

- Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley.

- Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento.

¹⁰² D.L. N° 2.675. Crea el Servicio Nacional de Menores. CHILE. Santiago, Chile, enero de 1979. Artículo 3° del texto original.

- Efectuar la coordinación técnico-operativa de las acciones que, en favor de los menores de que trata esta ley, ejecuten las instituciones públicas y privadas.

Casi todo el resto del cuerpo orgánico del Decreto Ley se mantiene actualmente vigente, por ello es que planteamos en la presente actividad formativa equivalente a tesis que la actual legislación en materia de infancia se encuentra en algunos aspectos obsoleta, en contraposición a los postulados actuales en materia de infancia.

Las modificaciones a la Ley Orgánica de Sename vendrán recién, como se señaló, en julio del año 2005, producto de la dictación de la Ley N° 20.032, conocida como Ley de Subvenciones de Sename, y acorde al espíritu de la lo Convención de los Derechos del Niño, con lo cual hoy dicho Servicio tiene una nueva misión que lo faculta con otras prerrogativas, especialmente frente a los nuevos organismos colaboradores acreditados del Servicio.

El actual artículo 1° del Decreto Ley n° 2.465 dispone:

"[C]réase el Servicio Nacional de Menores como un organismo 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, de conformidad al artículo 2° de esta ley. Para dicho efecto, corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados.

Para los efectos de esta ley, se entiende por niño, niña o adolescente toda persona menor de dieciocho años de edad. Las referencias que en esta ley se hacen a los menores deben entenderse hechas a los niños, niñas y adolescentes.

Ello será sin perjuicio de las disposiciones que establezcan otra edad para efectos determinados".

Producto de lo anterior, las facultades del Servicio también se modifican, yendo acorde al nuevo sujeto de atención, estableciendo en el actual artículo 2° que Sename dirigirá su acción a: 1. Los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, cuando esta situación tenga como causa principal: a. La falta de una familia u otra persona legalmente responsable que se haga cargo de su cuidado personal; b. Acciones u omisiones de los padres o de las personas que tengan su cuidado personal; c. La inhabilidad transitoria o permanente de estas personas para velar por los derechos de aquéllos sin ayuda del Estado, y d. La propia conducta de los niños, cuando ésta ponga en peligro su vida o integridad física o psíquica. 2) Los adolescentes imputados de haber cometido una infracción a la ley penal, incluyéndose en éstos a aquellos sujetos a una medida privativa o no privativa de libertad decretada por el tribunal competente o a una pena como consecuencia de haberla cometido. 3) Todos los niños, niñas o adolescentes, en relación con la prevención de situaciones de vulneración de sus derechos y promoción de los mismos.

Finalmente, el Reglamento del Servicio, contenido en el Decreto Ley N° 356, de marzo de 1980, vino a regular las situaciones propias de la atención de Sename. Sin perjuicio de ello, la ley establece una obligación legal de colaboración entre Ministerios frente a otras necesidades de atención, que sean ajenas al ámbito de competencia del Ministerio de Justicia, para efectos de dar soluciones efectivas a los derechos vulnerados de niños, niñas y adolescentes.

En consecuencia, con la creación del SENAME, el Estado asume un rol más activo que el presentado por el CONAME en la atención a niños en situación irregular, a quien ahora se faculta para crear y administrar directamente centros de menores, junto con atender por sí mismo o a través de sus colaboradores a los menores enviados por los tribunales, con la finalidad de cumplir las medidas de protección que se dispusieran, colaborando de esta manera más activamente con la judicatura especial de menores.

3.2. Análisis de la Constitución Política de 1980, y sus reformas.

Con la implementación de la Constitución de 1980 se da inicio a la institucionalización del régimen del Gobierno Militar en Chile.

Para legitimar su dictación, el texto constitucional fue sometido a plebiscito el 11 de septiembre de 1980, y aún cuando no se contaba con las garantías mínimas para llevarlo a cabo, como la falta de acceso de la oposición, la censura de prensa, la inexistencia de registros electorales y sin control de ningún tipo sobre dicho acto, esta carta obtuvo la aprobación necesaria para entrar en vigencia el 11 de marzo de 1981, oportunidad que Pinochet aprovechó para asumir el mandato presidencial por ocho años.

Para el profesor PALMA, el concepto de Constitución Política de 1980 presenta dos grandes defectos. Por una parte oculta el origen regular del orden constitucional que designa, y por otro, induce a error respecto de las características del mismo¹⁰³.

En tal sentido, señala el autor que las autoridades políticas que impusieron el texto de 1980 creyeron dar al país un nuevo orden constitucional y una nueva democracia, sin embargo, las reformas a la Constitución de 1989 y 2005, impidieron la consolidación de dicho nuevo orden.

En esta Constitución de 1980, los derechos fundamentales son vistos como un límite al Estado antes que como obligaciones de actuación, ya que el énfasis está dado en las libertades, que implican una omisión por parte del Estado a no interferir, más que en los derechos de participación y derechos sociales, que implican una prestación, como ocurre frente al goce de los derechos a la salud o a la educación. Respecto a las obligaciones de los órganos del Estado, se establece una norma central, la obligación de adecuar su comportamiento y accionar a las normas constitucionales¹⁰⁴, conforme lo dispuesto en el artículo 6° del texto constitucional.

En su artículo primero el texto constitucional dispone que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Se consagra a la familia como el núcleo

¹⁰³ Véase por todos PALMA, Eric "De la Carta Otorgada de 1980 a la Constitución Binominal de 2005", revista Derecho y Humanidades, vol 13, 2008.

¹⁰⁴ NASH ROJAS, Claudio. Artículo "Estado Social y Democrático de Derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca". Universidad de Chile. Revista Derecho y Humanidades. ISSN 0716-9825, N° 18, 2011, pp. 73-84.

fundamental de la sociedad chilena, y deber del Estado estar al servicio de la persona humana, siendo su principal finalidad promover el bien común. Para ello, el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece¹⁰⁵. En consecuencia, los órganos del Estado deben someter su acción al principio de legalidad, es decir, deben ceñirse a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley¹⁰⁶.

Sin embargo, bajo el mandato del Gobierno de Facto consagrado en la Constitución, no se precisa que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales no se agota solo con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que es necesario una conducta gubernamental que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, es decir, con acciones positivas por parte del Estado tendientes a la mayor realización material y espiritual posible de todos los habitantes de la República, entre ellos, los niños, niñas y adolescentes.

Solo se establece en la Constitución una garantía jurisdiccional de protección a través del mecanismo del recurso de protección¹⁰⁷, que si bien es considerado una innovación en materia de garantías, presenta limitaciones en cuanto a su interposición, por cuanto no abarca la protección de todos los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional.

En este contexto, para buscar proteger los derechos fundamentales de los niños o adolescentes, esta Constitución no contempla mecanismo alguno, salvo algunas disposiciones que por analogía, se pueden invocar, como lo es por ejemplo, el rol destinado a la familia como núcleo de la sociedad chilena y el deber del Estado de protección en esta materia. Sin embargo, al no consagrar un mecanismo de protección a

¹⁰⁵ Constitución Política de la República de 1980. CHILE. Vigésima edición oficial aprobada por Decreto Exento N° 188, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago, Chile, febrero 2017. Artículo 1°.

¹⁰⁶ *Ibíd*, artículos 6 y 7.

¹⁰⁷ *Ibíd*, artículo 20.

esta institución, cuya regulación queda entregada al Código Civil, se dificulta la recepción de los argumentos para ello en sede judicial, ya que dependerá del criterio del juez para acoger o no la petición concreta.

Sin embargo, en el año 1989 este texto constitucional experimentó una de las reformas más importantes, ya que se le incorporó un segundo inciso al artículo 5° que regula la soberanía del Estado, permitiendo con ello incorporar a nuestra legislación nacional los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta modificación fue posible gracias al rechazo de la mayoría de los ciudadanos a la nominación de Augusto Pinochet Ugarte como Presidente de la República, en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, lo que abrió la posibilidad de llegar a un acuerdo entre los partidos políticos, para introducir reformas a la Constitución Política de 1980, con el fin de que hubiera gobernabilidad democrática. Es así como se convino, con la finalidad de resguardar no solo los derechos civiles, sino también los políticos, sociales, económicos y culturales, en agregar este inciso segundo, que obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes¹⁰⁸. Además, en esta oportunidad se reemplazó el procedimiento de reforma de la Constitución, junto con afirmar el pluralismo político, morigerar los estados de excepción y robustecer el principio democrático y participativo del sistema.

Con esta reforma de 1989 se modificó el sentido de la Constitución Política de 1980, vigente hasta hoy en día, lo que será fundamental para el resguardo y promoción de los derechos fundamentales de todas las personas, entre ellos, los niños, materia que nos convoca, ya que la recepción de los tratados internacionales permitirá el traspaso hacia la "Doctrina de protección integral del niño", ahora reconocido como sujeto titular de derechos.

¹⁰⁸ CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia. Revista Ius et Praxis, año 9, N° 1, Talca, Chile, 2003. En sitio web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100018#autor1, visitado en marzo de 2018.

Es así como en 1990, con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño comienza en Chile un proceso lento de adecuación de nuestra normativa interna a los postulados de dicho tratado internacional, comenzando a modificarse una serie de disposiciones legales relacionadas a la infancia, y a considerarse a los menores - ahora como niños, niñas o adolescentes- como “sujetos de derechos”, produciéndose un cambio en la doctrina nacional vigente hasta esa fecha.

En agosto del año 2005 se aprueban diversas reformas al texto original de 1980, y a través de la Ley N° 20.050, de agosto de 2005, se modifican aspectos claves, entre ellos¹⁰⁹: - La entrada en vigencia de los Tratados Internacionales; - La reducción del periodo presidencial de 6 a 4 años, sin reelección inmediata; - Eliminación de los Senadores designados y vitalicios; - Se elimina la función de las Fuerzas Armadas de ser “garantes de la institucionalidad”, función que se encarga ahora a todos los órganos del Estado; - Aumento de las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, pudiendo crearse comisiones investigadoras con el voto favorable de 3/5 de los diputados en ejercicio; - La referencia al sistema electoral binominal se retira de la Constitución. Cualquier cambio que se le quiera hacer tendrá que ser a través de una reforma a la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios; - Los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el Director General de Carabineros ya no son inamovibles en sus cargos: el Presidente de la República podrá ordenar su retiro. Y ya no necesitará permiso del Consejo de Seguridad Nacional, sino solamente informar al Senado y a la Cámara de Diputados; - Se consagra, en el artículo 8, el principio de probidad en los actos del Estado; - Se modifica la integración del Tribunal Constitucional, y se establece que tendrá la facultad de resolver sobre recursos de inaplicabilidad (hasta ahora facultad sólo de la Corte Suprema) y podrá examinar los autos acordados del máximo tribunal, de la Corte de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones que inciden en materias constitucionales o de leyes orgánicas. Lo que se pretende es que las normas que inciden en las libertades de las personas tengan revisión constitucional; - Se regula la nacionalidad por relación sanguínea o *ius*

¹⁰⁹ Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la Republica. CHILE. Santiago, Chile, agosto de 2005. Artículo 1°.

sanguinis, estableciendo que serán chilenos los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el extranjero, sin necesidad de mayores requisitos. La persona obtendrá los derechos de ciudadanía al residir mínimo un año en el país.

Posteriormente entre los años 2007 y 2016 hubo otras reformas, hasta el 2017, siendo las más relevantes en materia de defensa de los derechos humanos, entre ellos, los de niños, niñas y adolescentes del país, la obligación del Estado de financiar el segundo nivel de transición en la educación parvularia, sin ser requisito obligatorio para la educación básica¹¹⁰ (2007); se autorizó al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional¹¹¹ (2009); se reformó en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política¹¹² (2010); se estableció la obligación del Estado de proporcionar defensa jurídica a personas que hayan sido víctimas de delitos y no dispongan de recursos para procurárselos por sí mismas, junto con establecer como irrenunciable el derecho de las personas imputadas en causa penal a tener defensa pública de no haber designado otro con anterioridad¹¹³ (2011); se estableció la obligatoriedad del segundo nivel de tránsito y se creó un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor¹¹⁴ (2013), entre otras.

En consecuencia, todas estas modificaciones han hecho de la Constitución Política de 1980 un texto constitucional más democrático, y que permite restituir el Estado de Derecho, con un mayor resguardo y promoción de los derechos fundamentales, lo que ha permitido una mayor defensa a los derechos de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

¹¹⁰ Ley N° 20.162. CHILE. Santiago, Chile, febrero de 2007.

¹¹¹ Ley N° 20.352, de mayo de 2009.

¹¹² Ley N° 20.414, de enero de 2010.

¹¹³ Ley N° 20.516, de junio de 2011.

¹¹⁴ Ley N° 20.710, de diciembre de 2013.

CAPÍTULO IV

Procesos de reformas a la legislación infanto juvenil a raíz de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en 1990.

Desde finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI la normativa legal que regula la infancia y adolescencia en Chile, en sus distintos ámbitos, ha sido muy amplia, difusa y como hemos visto en los capítulos anteriores, en algunos casos se encuentra casi obsoleta. Ello se debe a que la Ley de Menores N° 16.618, publicada en 1967 aún se encuentra vigente, pero modificada en la mayoría de sus postulados por diversas disposiciones legales, continuando bajo un prisma proteccionista del Estado, lo propio ocurre con la ley orgánica del Servicio Nacional de Menores, de 1979.

Una vez ratificada la Convención de los Derechos del Niño en 1990, el Estado de Chile asume el compromiso de adecuar sus leyes, políticas y prácticas a los postulados de dicha Convención, generándose un proceso de reformas a fines del siglo XX y principios del XXI, que ha generado una gran variedad de cuerpos legales tendientes a dar mayor resguardo y protección a los derechos de los niños acorde a este nuevo paradigma.

Todos estos avances no han sido suficientes para garantizar efectivamente los derechos, no solo de aquellos en situación de vulnerabilidad, sino de todos los niños, niñas y adolescentes.

En la segunda década del siglo XXI, aún no existe en Chile un marco legal de garantías universales para niños, niñas y adolescentes, que permita la coordinación de las diversas instituciones intervinientes y armonice las disposiciones legales existentes, tendientes a asegurar la efectividad de los derechos de los niños, y que vele por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Por el contrario, esta gran variedad de disposiciones legales se traducen en un conjunto de normas sectoriales, bajo un enfoque parcializado y aislado en la provisión de servicios, lo que ha obstaculizado una conexión coherente entre los diversos actores, públicos y privados, lo que en definitiva

ha ido en desmedro de los sujetos de atención del sistema de protección, los niños más vulnerados.

Sin embargo, recientemente se han aprobado por el Congreso diversos proyectos de leyes que vienen a resguardar en mayor medida los derechos de los niños, niñas y adolescentes, uno de ellos es la ley Ley N° 21.013¹¹⁵, ratificada en mayo de 2017, que tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial, como lo son los niños, niñas y adolescentes, entre otros, y que sanciona a la persona que, de manera relevante, maltrata corporalmente a un niño, niña o adolescente, a un adulto mayor, a una persona en situación de discapacidad y a quien sea o haya sido su cónyuge o conviviente, configurando un gran avance en materia de protección integral del niño como sujeto titular de derechos, ya que se castiga penalmente el maltrato cuando sea causado por alguna persona que tiene el deber de cuidado, como lo son los padres respecto al hijo, los encargados de un hogar de menores, de adultos mayores, o incluso un educador de escuela o jardín infantil. A partir de ahora, todos aquellos maltratos y abusos no constitutivos de lesiones, que se cometían en residencias de adultos mayores, en colegios o en instituciones encargadas de entregar tratamiento a personas en situación de discapacidad, recibirán una sanción penal¹¹⁶.

Recientemente, en el mes de enero de 2018 también fueron promulgadas la Ley que regula las entrevistas grabadas en video u otra medida de resguardo a favor de víctimas de delitos sexuales menores de 18 años de edad¹¹⁷, la ley que crea la figura del Defensor del Niño¹¹⁸, y finalmente la ley que crea la Subsecretaría de la Niñez¹¹⁹, ratificada en el mes de abril de 2018.

¹¹⁵ Ley N° 21.013, promulgada el 29 de mayo de 2017 y publicada en el Diario Oficial el 6 de junio de 2017, entrando en vigencia con esta fecha.

¹¹⁶ Análisis de artículos 1, 2 y 3 de la Ley N° 21.013, de junio de 2017 que introduce modificaciones al Código Penal, Ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066 y Registro General de Condenas, contenido en Decreto Ley n° 645, de 1925 del Ministerio de Justicia.

¹¹⁷ Ley n° 21.057, del Ministerio de Justicia, que Regula Entrevistas grabadas en video y, otras Medidas de Resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Promulgada el 9 de enero de 2018 y publicada el 20 de enero de 2018. Con entrada diferida a la fecha de dictación d su Reglamento.

¹¹⁸ Ley N° 21.067. CHILE. Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Publicada el 29 de enero de 2018, con entrada en vigencia diferida contemplada para el 30 de junio de 2018.

¹¹⁹ Ley N° 21.090. CHILE. Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica. Santiago, abril de 2018.

El Defensor de los Derechos del Niño es el resultado de un proyecto de ley que venía discutiéndose en el Congreso desde el año 2015, misma época en que se presentó a discusión el proyecto de ley que crea el sistema de garantías universales de los derechos del niño, con la finalidad que junto con la Subsecretaría de la Niñez, complementen una nueva institucionalidad de defensa, promoción y protección de los derechos de los niños. De esta manera, se crea la Defensoría como un organismo autónomo, entidad pública con personalidad jurídica, con patrimonio propio y con representantes en todas las regiones del país.

El objeto de la Defensoría es la difusión, promoción y protección de los derechos del niño y entre sus principales funciones está la de interponer acciones y presentar querrelas cuando tome conocimiento de algún delito que afecte a un niño, como también denunciar vulneraciones de derechos de niños, niñas o adolescentes de los que tome conocimiento. Además, puede intermediar o servir de facilitador entre los niños y los órganos de la Administración del Estado, u otras entidades, cuando conozca hechos u omisiones que los puedan afectar, y entre otras facultades que detenta, la Defensoría puede solicitar antecedentes o informes a los órganos de la Administración del Estado u otras entidades dedicadas a la promoción y protección de derechos de los niños, cuando tome conocimiento de posibles vulneraciones de derechos.

Por su parte, la Subsecretaría de la Niñez, es un órgano dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, cuya principal función es colaborar con el Ministro de dicha cartera en la promoción y protección de los derechos de los niños, como en la prevención de nuevos casos de vulneración. Así también le corresponderá participar en la definición de una nueva política pública para la niñez.

4.1. Análisis de la Convención de los Derechos del Niño, en 1990.

Nuestra actual legislación en materia de Derecho de Familia, infancia y adolescencia, ha surgido bajo el impulso de la Convención de los Derechos del Niños, cuerpo legal obligatorio al ser promulgado como Ley de la República mediante Decreto

Supremo N° 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue publicado en el D.O. el 27 de septiembre de 1990, fecha en la que entró en vigencia en Chile.

La importancia de la Convención de los Derechos del Niño radica en ser el primer cuerpo normativo universal que incorpora los derechos de los niños, de los cuales son titulares por el hecho de ser sujetos de derecho, lo que comprende también los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales¹²⁰.

Dicho tratado internacional establece además los principios rectores en materia de infancia y adolescencia como son el Interés Superior del Niño; la igualdad y no discriminación; la participación, y la supervivencia, desarrollo y protección, y consagra el rol de garante de derechos que detenta el Estado, entendido como la obligación de resguardar el pleno goce de los derechos de los niños, no solo a través de la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicos y necesarios para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia, sino también a través de mecanismos de exigibilidad de la protección contra el abandono, la explotación y malos tratos hacia niños, niñas y adolescentes¹²¹.

La Convención entiende por niño "todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad", y consagra diversos derechos humanos de los que son titulares los niños, todos los cuales deben ser resguardados por el Estado de Chile, como lo son: - el derecho a la familia, establecido en los artículos 5, 9, 10, 18, 20 y 21; - el derecho a expresarse libremente y tener acceso a la información, dispuesto en los artículos 12, 13, 14, 15, 16 y 17; - derecho a la identidad, en los artículos 7 y 8; - derecho a la educación, regulado en los artículos 28 y 29; - derecho a la protección contra el abuso, artículos 11, 19, 34 y 35; derecho a una vida segura y sana, artículos 6, 24, 27 y 33; - derecho a la protección contra la discriminación, artículos 2 y 30; - derecho a la protección especial en tiempos de guerra, art. 22, 38 y 39; - derecho de atención especial, consagrado en el artículo 23; -

¹²⁰ Derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 18 del PIDCP); derecho a la libertad de opinión y de expresión (Art. 19 del PIDCP), o derecho a un nivel de vida adecuado (Art. 11 del PIDESC), a la salud y a recibir servicios de salud (Art. 12 del PIDESC), a la educación (Art. 13 del PIDESC), entre otros.

¹²¹ Artículo "Comprender la Convención sobre los Derechos del Niño" en sitio web www.unicef.org., consultado en julio de 2017.

derecho a un trato especial en caso de privación de libertad, artículos 37 y 40, y - derecho a la protección contra el trabajo perjudicial, artículo 31 y 32¹²².

Además de estos derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, el Estado de Chile se ha comprometido internacionalmente a resguardar y promover todos aquellos contenidos en otros Tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos por Chile, de los que también los niños, niñas y adolescentes son titulares.

Uno de ellos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²³, conocida como "Pacto de San José de Costa Rica", ratificada en 1990, y en cuyo cuerpo normativo se establecen dos órganos de supervisión del cumplimiento por parte de los Estados suscriptores de sus obligaciones de respetar y de garantizar todos los derechos de los cuales son titulares las personas por el solo hecho de ser tales¹²⁴, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹²⁵ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁶.

Así también, en el año 2005 se ratificó la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todo los trabajadores/as migratorios/as y de sus familias¹²⁷, que asegura el derecho a la protección y asistencia de las autoridades de su Estado de origen; recibir atención médica de urgencia para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud,; derecho a tener un nombre, registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad, o el derecho fundamental de acceso a la

¹²² Análisis de la Convención de los Derechos del Niño, ediciones Instituto Nacional de Derechos Humanos.

¹²³ Ratificada por el Estado de Chile en agosto de 1990, y promulgada como Ley de la República mediante Decreto Supremo N° 873, de enero de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹²⁴ FERRER MC GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos María. Artículo "La obligación de "respetar" y de garantizar" los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Publicación de Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, *versión On-line* ISSN 0718-5200.

¹²⁵ Capítulo VII de la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 34 a 51.

¹²⁶ Capítulo VIII de la Convención Americana, Art. 52 a 69. Ambos órganos internacionales verifican el cumplimiento por parte de los Estados suscriptores de sus obligaciones de respetar y de garantizar los derechos humanos.

¹²⁷ Ratificada por el Estado de Chile en Junio de 2005, mediante Decreto Supremo N° 84 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 8 de junio de 2005.

educación¹²⁸, por ende todo niño, niña o adolescente en territorio chileno tendrá asegurado estos derechos, independiente de la situación de irregularidad de su permanencia en el país receptor.

En octubre del año 2008, el Estado de Chile ratificó el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales¹²⁹, que asegura a todos los miembros de los pueblos tribales o indígenas la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones, sin distinción alguna entre hombres y mujeres, entre ellos, el derecho a educación en todos los niveles, respetando su historia, sus conocimientos y técnica, y su sistema de valores, el derecho a la participación; a tener acceso a los servicios de salud adecuados a fin de que sus miembros puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental, entre otros¹³⁰.

No obstante, los niños, niñas o adolescentes como grupo con necesidades de atención y protección adicional, requieren de un instrumento normativo específico, centrado en sus características particulares¹³¹, y por ello la importancia de la Convención de los Derechos del Niño.

Todo lo dispuesto anteriormente es jurídicamente vinculante para el Estado de Chile, por cuanto, una vez aprobado por el Congreso y publicada como ley nacional, los derechos contenidos tanto en los Tratados Internacionales mencionados recientemente operan como un límite al ejercicio de la soberanía, es decir, un límite al poder dentro de un Estado de Derecho, y a su vez, opera como fuente de una obligación para al Estado de respetar, resguardar y promover los derechos humanos allí consagrados, por expresa disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, primera fuente normativa de nuestro ordenamiento jurídico.

¹²⁸ Artículos 23, 28, 29 y 30 de la Convención Internacional sobre protección de los derechos de todo los trabajadores/as migratorios/as y de sus familias.

¹²⁹ Ratificada por el Estado de Chile en octubre de 2008 mediante Decreto Supremo N° 236, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 2009.

¹³⁰ Artículos 1, 2, 6, 21, 25, 26, 27 y demás pertinentes del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

¹³¹ *Save the Children*, 2002

De esta manera, el rol de garante de derechos que detenta el Estado¹³², como también sus órganos o servicios públicos, se ve plasmado en el deber de organizar todo el aparato gubernamental, y en general, de todas las instituciones estatales a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público que tienda a asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de todos los derechos de los niños, niñas o adolescentes sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, en cuanto a la raza, color, sexo, el idioma, la religión, la opinión política, origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, niña o adolescente, de sus padres o de sus representantes legales, comprendiendo entonces en esta ámbito a niños migrantes, en situación de calle, con necesidades especiales, o bajo cualquier otra condición.

En este sentido, al hablar de resguardo y protección de los derechos de un niño, tendremos presente todos los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales ya mencionados, como también aquellos consagrados en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³³.

Así también, la Constitución Política de la República consagra en su artículo 19 el Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, contenido en el numeral 1°); derecho a la Igualdad ante la Ley, establecido en el numeral 2°); a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, dispuesto en el numeral 3°); derecho a la protección de la salud, consagrado en el numeral 9°), el derecho a la educación, en el numeral 10°), entre otros, de los cuales son titulares los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos.

¹³² FERRER MC GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos María. Artículo "La obligación de "respetar" y de garantizar" los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Publicación de Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, *versión On-line* ISSN 0718-5200.

¹³³ Derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Art. 18 del PIDCP); derecho a la libertad de opinión y de expresión (Art. 19 del PIDCP), o derecho a un nivel de vida adecuado (Art. 11 del PIDESC), a la salud y a recibir servicios de salud (Art. 12 del PIDESC), a la educación (Art. 13 del PIDESC), entre otros.

Todas estas reformas a la Constitución de 1980 han sido fundamentales para el resguardo y promoción de los derechos fundamentales de todas las personas, entre ellos, los niños, materia que nos convoca, entre ellas, la recepción de los tratados internacionales, lo que permitirá el traspaso hacia la "Doctrina de protección integral del niño", ahora reconocido como sujeto titular de derechos.

4.2. Doctrina de la Protección Integral del niño como sujeto de derechos.

La Doctrina de la protección integral del niño como sujeto de derechos surgió paulatinamente en latinoamérica a partir de la suscripción de la Convención Internacional de los Derechos del Niño suscrita por las Naciones Unidas de 1989. Una vez ratificada por el Estado de Chile en agosto de 1990, se transformó en un instrumento internacional vinculante, con lo cual surgió la obligación de adecuar nuestra legislación en materia de infancia a los postulados de dicho tratado internacional.

Sin perjuicio de lo anterior, esta doctrina no solo se funda en los principios de la Convención de los Derechos del Niño, sino también en los postulados de diversos instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan su preocupación por los derechos del niño, entre ellos: la Declaración de los Derechos del niño de 1924; Las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil), de 1985 y las Directrices de Riad (Directrices de las Naciones Unidas para prevención de la delincuencia juvenil), de 1990. Junto con ellos, también son relevantes los Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados y relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía ambos del año 2000.

Sin embargo, es la Convención de los Derechos del Niño la que se constituye como el hito más relevante en la iniciación de esta nueva doctrina, ya que proporciona un marco general de interpretación de los demás instrumentos, pasando de la visión del menor como objeto de la compasión y represión -base de la legislación inspirada en la antigua doctrina de la situación irregular-, a la infancia y adolescencia como sujeto pleno

de derechos¹³⁴, y de esta manera, la nueva doctrina se refiere a toda la infancia como conjunto, sin distinción alguna entre niños abandonados, delincuentes, o hijos de familia presente. En definitiva, lo que se protege ahora son los derechos de todos los niños y su efectivo ejercicio, sin ignorar las profundas diferencias sociales que se encuentran presentes.

Para la autora argentina Mary Beloff, no es posible dar con una única definición de lo que se entiende por protección integral, sin embargo señala que ésta corresponde a una noción abierta en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares, y que al hablar de esta doctrina, se habla de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes¹³⁵.

El Estatuto da Criança y do Adolescente de Brasil, aprobado en 1990, define en su artículo 3º el concepto de protección integral como: "El niño y el adolescente gozan de todos los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, sin perjuicio de la protección integral de que trata esta Ley, asegurándoles, por ley o por otros medios, todas las oportunidades y facilidades, con el fin de facultarles el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad"¹³⁶.

Según Emilio García Méndez, la doctrina de la protección integral involucra al universo total de la población infantil-juvenil. Esta doctrina incluye todos los derechos individuales y colectivos de las nuevas generaciones, es decir, todos los derechos para todos los niños. Esta situación convierte a cada niño y a cada adolescente en un sujeto de derechos exigibles. Para los adultos, el reconocimiento de esta condición se traduce en la

¹³⁴ GARCÍA MENDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos del Niño: de la situación irregular a la protección de la infancia. II Seminario Latinoamericano, Nuestro Compromiso: Los derechos del niño y del adolescente en una sociedad democrática. Ediciones Sename, 1992.

¹³⁵ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos del niño v/s derechos en situación irregular. [En línea] Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pp. 83-118. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2467/7.pdf> [Consulta: 03 marzo 2014]

¹³⁶ Instituto Interamericano del Niño -IIN- de la Organización de Estados Americanos, Consultado en sitio web http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm

necesidad de colocar las reglas del estado democrático para funcionar en favor de la infancia¹³⁷.

En consecuencia, producto de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, surge la obligación de adecuación de la legislación nacional, según García Méndez, bajo dos modalidades, una formal-eufemística y otra real, consistiendo la primera de ellas en la incorporación de una serie de derechos en términos generales, "olvidando" introducir las técnicas legislativas que garanticen, sino su cumplimiento, por lo menos un accionar jurídico concreto frente a su violación¹³⁸.

Para este autor, resulta obvio que todo proceso de adecuación de la legislación nacional a los principios de la Convención, debe comenzar por incorporar los principios constitucionales, que son la ley suprema de la nación¹³⁹.

4.3. El proceso de Constitucionalización del Derecho de Familia:

En los últimos años, un grupo de autores han comenzado a plantear la existencia de un fenómeno explicado desde la recepción constitucional de derechos y principios provenientes de las diversas divisiones del derecho y de la obligatoriedad directa de las normas y principios así recogidos, lo que se ha conocido como el proceso de constitucionalización del derecho, en otros términos, un proceso de transformación del ordenamiento jurídico al término del cual éste resulta totalmente impregnado de normas constitucionales¹⁴⁰.

¹³⁷ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral. Santa Fé de Bogotá, Forum Pacis, 1994. pp.11. Consultado en https://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview_8887.htm el 28 de noviembre de 2018.

¹³⁸ GARCÍA MENDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos del Niño: de la situación irregular a la protección de la infancia. II Seminario Latinoamericano, Nuestro Compromiso: Los derechos del niño y del adolescente en una sociedad democrática. Ediciones Sename, 1992. pág. 115.

¹³⁹ *Ibíd*, pág. 116.

¹⁴⁰ GUASTINI (2009), citando a FAVOREU, Louis, en LATROPH, Fabiola. Constitucionalización y Jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia Chileno. Estudios constitucionales vol.5, n° 1, Santiago 2017. Trabajo desarrollado en el marco de Proyecto de Investigación Fondecyt Regular "Hacia una reconstrucción del Derecho de Familia: derechos de la infancia y vida personal", N° 1140033, financiado por Conicyt.

Según LATROPH, este proceso de constitucionalización ha generado interpretaciones más acordes a los derechos fundamentales de ciertas disposiciones decimonónicas que no se justifican en una sociedad moderna¹⁴¹.

Para TAPIA RODRÍGUEZ, este supuesto fenómeno de constitucionalización del derecho se produciría, al menos teóricamente, mediante el publicitado efecto que las declaraciones de derechos fundamentales, contenidas en las constituciones y en algunos tratados internacionales, tendrían en la reforma de las leyes civiles¹⁴². Específicamente en el derecho de familia.

Para ambos autores, en este proceso de constitucionalización del derecho de familia ha sido fundamental el rol que desempeña el Tribunal Constitucional chileno. Mientras que para Latroph la justicia constitucional juega una función esencial en el proceso de constitucionalización del derecho, a tal punto de ser considerada como una de las condiciones de su verificación (garantía de la jurisdicción), para Tapia, puede decirse que la supremacía constitucional resultó reforzada luego de las reformas a la Constitución de 1980, del año 2005, con la cual el Tribunal Constitucional resulta con competencia exclusiva para efectuar el control preventivo de las leyes, con efecto general¹⁴³ y para resolver la inaplicabilidad correctiva por inconstitucional de un precepto legal, ya sea en un litigio entre parte o con efectos generales.

Con ello, para este último autor, el principio de supremacía constitucional, relevante para el llamado proceso de constitucionalización del derecho de familia, cuenta ahora con una acción pública para hacerlo efectivo; cualquier persona puede solicitar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal contrario a la Constitución, declaración que en definitiva tendrá efectos generales, lo cual puede traer como consecuencia una mayor influencia del texto constitucional en las modificaciones de las leyes civiles, como lo son las conserrientes al derecho de familia. Sin embargo, las ocasiones en las cuales el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de

¹⁴¹ LATROPH, Fabiola. Constitucionalización y Jurisprudencia.

¹⁴² TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. “Constitucionalización del Derecho de Familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, Revista de Derecho de Familia, Nro 3 , Volúmen III - 2016 , Año 2016

¹⁴³ Antes de la Reforma de la Ley 20.050 de 2005 este control estaba entregado a la Corte Suprema, teniendo efecto sólo en los casos particulares sobre los cuales se pronunciaba.

requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad son muy escasas, y hoy constituyen una excepción (la mayoría de los casos ha sido declarado inadmisibles), con lo cual se ha dificultado el hecho de que la norma legal se impregne de los principios constitucionales como también de los estándares internacionales.

Lo anterior, concuerda con lo planteado por FAVOREU, en el sentido de que este fenómeno no empezó realmente sino hasta el desarrollo de la jurisprudencia sobre las libertades y los derechos fundamentales¹⁴⁴.

En este sentido, para Tapia las constituciones políticas aseguran a los ciudadanos derechos fundamentales que tienen, al menos teóricamente, incidencia en las relaciones privadas de familia, lo que se traduce en su constitucionslización gracias al publicitado efecto que las declaraciones de derechos fundamentales, contenidas en el texto constitucional y en algunos tratados internacionales, tendrían en las reformas a las leyes civiles¹⁴⁵. Por ello, el mismo autor señala que al disponer nuestra Constitución Política que la soberanía encuentra sus límites en los derechos fundamentales -tanto aquellos reconocidos en el mismo texto constitucional como en los tratados internacionales-, y que es deber del Estado respetar y promover tales derechos, aún cuando la mayoría de la doctrina nacional le atribuye a estos tratados internacionales, rango constitucional, a lo menos tendría un rango superior al de una ley simple, por lo que gracias a la remisión explícita de la Constitución, en ciertas materias reguladas por el Código Civil, propias del derecho de familia, como lo son las relaciones de pareja o en materia de filiación, debe existir una adecuación a los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, que regulen la materia en cuestión, sobre todo en lo referente a las garantías de igualdad y libertad¹⁴⁶, como son por ejemplo: 1.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, de diciembre de 1966, incorporado a la legislación chilena en 1989, el cual obliga a los Estados partes a asegurar la igualdad de derechos y la

¹⁴⁴ FAVOREU, Louis Joseph. La Constitucionalización del Derecho. Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Ronald Drago, "La unidad del derecho". París, Económica, 1996, pág. 25 y siguientes.

¹⁴⁵ *ibíd*, pag. 1

¹⁴⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista de Derecho de Familia , Nro 3 , Volúmen III - 2016 , Año 2016. Págs. 4, 5 y 12.

adecuada equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges al momento del matrimonio, durante el matrimonio o al momento de su disolución (Art. 3 y 23 N° 4). Así también, dicho pacto asegura la igualdad de derechos y la no discriminación entre las personas, inclusive por razones de "nacimiento" (Art. 2 N° 1 y 26). En la materia que nos convoca, este tratado señala que la no discriminación comprender extender igualitariamente las "medidas de protección" a favor de los niños, sin efectuar distinciones por nacimiento (Art. 24 N° 1).

2.- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de noviembre de 1969, incorporado a nuestra legislación en 1989. Establece entre otras cosas, la prohibición de toda clase de discriminación por cualquier motivo, como el nacimiento (Art. 1 N°1); la necesidad de que la ley reconozca iguales derechos tanto a los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio (Art. 17 n° 5), y la exigencia de que la ley reconozca "medidas de protección" a favor de los niños (Art. 19).

3.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, de diciembre de 1979, también incorporada a nuestra legislación en 1989, que insta a otorgar los mismos derechos personales entre marido y mujer, y análogas facultades en materia de adquisición, goce y disposiciones de bienes.

4.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de diciembre de 1966, también incorporado a nuestra legislación en 1989, establece la necesidad de reconocer "medidas de protección" a favor de los niños, sin discriminación alguna (Art. 10).

5.- Convención de los Derechos del Niño, de noviembre de 1989, ratificada por el Estado de Chile en 1990, establece la obligación de asegurar a cada niño, sin distinción alguna, el respeto de sus derechos (Art. 2°); la consideración en todas las decisiones públicas del denominado "interés superior del niño" (Art. 3); el derecho de cada niño a un nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (Art. 7 n° 1), y el deber de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad y relaciones familiares (Art. 8).

En consecuencia, todas las reformas a la Constitución de 1980, como ya se dijo, la han transformado en un texto constitucional más democratizador y acorde a un Estado de Derecho, que recepciona los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ya sea otorgándole rango constitucional o de una ley diversa a una simple u

ordinaria, lo cual se ha visto plasmado en las diversas reformas legislativas en materia de derecho de familia y específicamente en cuanto a protección a la infancia. Sin perjuicio de ello, esta transformación del derecho de familia no ha sido inmediata, por lo que su adaptación a los principios constitucionales y a los tratados internacionales a sido lenta en las últimas décadas, sumado a que generalmente en las cuestiones relativas a las relaciones de familia, el debate público acerca de la función del derecho siempre está influenciado por concepciones morales¹⁴⁷.

4.4. Modificaciones realizadas a la legislación nacional conforme a la Convención de los Derechos del Niño:

En virtud de las obligaciones de carácter internacional asumidas por el Estado de Chile, nuestra legislación en materia de infancia y adolescencia, y de familia y otros, se ha ido modificando en los últimos años con la promulgación de una serie de cuerpos legales tendientes a promover y resguardar los derechos de niños y adolescentes.

Es así como en octubre de 1998 se dictó la Ley N° 19.585 que consagra la igualdad filiativa entre los hijos, igualando en derechos a hijos matrimoniales y no matrimoniales, y que regula los derechos y obligaciones entre los padres y sus hijos.

En el año 1999 se reforma el sistema de adopciones mediante la Ley N° 19.620; en el año 2004 se implementa la justicia especializada en materias de familia mediante la promulgación de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia; en 2005 se promulga la Ley N° 20.066 que establece normas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas; además, en el año 2009 se crea el Subsistema de Protección Integral a la Infancia "Chile Crece Contigo", mediante la promulgación de la Ley N° 20.379¹⁴⁸.

Consecuencia de estas modificaciones legales, la actual Ley de Menores N° 16.618, que data de 1967, ha sufrido la derogación de la mayoría de sus postulados, sin

¹⁴⁷ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización ... op. cit.-pág. 6

¹⁴⁸ IV° y V° Informe Consolidado de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y sus Protocolos Facultativos, Chile. Conforme al artículo 44 de la Convención y a los Protocolos Facultativos OPSC Y OPAC. UNICEF.

embargo, continúan vigentes algunas normas relacionadas a los menores de edad, específicamente respecto a la Policía de Menores y sus funciones (Art. 15, 16 bis y 17); las medidas de protección necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (Art. 30) y la facultad de iniciar una medida de protección, de oficio o a requerimiento de terceros que tomen conocimiento de una situación de vulneración que afecte a un niño, niña o adolescente, y el deber de denunciar hechos constitutivos de maltrato de menores (Art. 31 y 33, y Art. 66); lo relativo a las casas de menores e instituciones asistenciales (Art. 54 a 57, 60 y 61), y otras disposiciones penales y generales (Art.68 y siguientes)¹⁴⁹.

Esta Ley de Menores fue modificada sustancialmente por la Ley que crea los Tribunales de Familia, N° 19.968, de 2004, y por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, N° 20.084, que entra en vigencia en el año 2007.

En este entendido, hoy tenemos una legislación especial para aquellos niños, niñas o adolescentes afectados por una situación de grave vulneración o amenazados en sus derechos, y a favor de quienes se requiere la aplicación de una medida de protección para restablecer sus derechos inculcados, sujeto a la jurisdicción de los Tribunales de Familia, y una legislación especial para aquellos adolescentes en conflicto con la Ley penal, quienes quedan sujetos a las reglas especiales de juzgamiento de menores de 18 años contenida en la Ley 20.084 que deben aplicar en sede penal, tanto jueces de Garantía como del Tribunal Oral en lo Penal, y fiscales del Ministerio Público como Defensores Penales, a quienes también guía en su actuar el principio del interés superior del adolescente y los demás postulados de la Convención de los Derechos del niño¹⁵⁰.

En lo relativo a la judicatura especializada de Tribunales de Familia, establecidas en el título IV de la Ley N° 19.968 que regula el procedimiento especial para la aplicación de una medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y

¹⁴⁹ Análisis de la Ley N° 16.618 de Menores, refundida por D.L. N° 1 del año 2000, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil; de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombre y apellidos; de la ley N° 16.618, Ley de Menores; de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, del Ministerio de Justicia.

¹⁵⁰ Art. 2° y 29 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente N° 20.084, de 2005, con entrada en vigencia 2007.

adolescentes, el juez de familia puede ejercer estas acciones de oficio, a petición del Ministerio Público, de los organismos o entidades que presten atención a menores de edad, o por denuncia de cualquier persona, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Menores, y solicitar a favor del niño o adolescente, como sujeto de protección, la aplicación de una o varias medidas de protección establecidas en el artículo 30 de la Ley de Menores o artículo 71 de la Ley de Tribunales de Familia.

En la actualidad, las medidas de protección que el juez de familia puede decretar a favor de un niño o adolescente para restablecer sus derechos vulnerados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Menores, pueden ser: 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. 2) Disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o, Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial. En caso que el juez adoptare esta medida, 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.

Cabe hacer presente que la citada norma establece que la medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de sus parientes consanguíneos u otras personas con las que el niño tenga una relación de confianza.

Por lo tanto, estas medidas son esencialmente temporales, se decretan por un plazo determinado, y son revisadas por el tribunal cada seis meses, para lo cual se solicita todo tipo de informes que procedan, tanto al encargado del Centro de Tránsito o, Distribución, el hogar sustituto o en un establecimiento residencial u hogar respectivo donde se encuentre el niño. Sin perjuicio de ello, estas medidas de protección pueden renovarse, en igualdad de condiciones, mientras subsista la causal que le dio origen. En

todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida si existen nuevos antecedentes que así lo ameriten.

Además, el procedimiento especial de protección contenido en el Título IV de la Ley de Tribunales de Familia, establece medidas cautelares especiales que el juez puede adoptar en cualquier etapa del procedimiento, aún antes de su inicio, de oficio o a petición de otra parte, si ello es necesario para proteger los derechos del niño, según los antecedentes que obren en el proceso pudiendo decretar¹⁵¹: a) La entrega inmediata del niño o adolescente a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado; b) Confiar al niño o adolescente al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza; c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima; d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido; f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza

¹⁵¹ Ley N° 19.968. Ley de Tribunales de Familia. CHILE, Santiago, Chile, agosto de 2004. Art. 71.

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

Por consiguiente, tanto como órgano del Estado o como miembro de la sociedad, todos somos garantes de derechos de los niños, por lo que cualquier persona que tome conocimiento de una situación de vulneración y de amenaza de vulneración de derechos de un niños, puede solicitar a su favor una medida de protección.

A mayor abundamiento, la misma ley de menores establece quienes están obligados a denunciar una situación de maltrato de menores a los maestros de escuela y otras personas encargadas de su educación; como también Carabineros de Chile, los jefes de recintos hospitalarios o de clínicas particulares, en general los profesionales de la medicina, y los directores de establecimientos educacionales, según lo dispuesto en el Código Procesal Penal¹⁵².

En consecuencia, es fundamental asumir y comprender el rol de garantes de derechos que detentan no solo los órganos del Estado, sino también los miembros de la sociedad, como la familia, la comunidad educativa, los servicios de salud, sean éstos públicos como privados, entre muchos otros, quienes frente a una situación de amenaza o de vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, deben intervenir, ya sea resguardando o promoviendo los derechos de los niños, o solicitando su protección a los Tribunal de Familia, organismo jurisdiccional con facultad de imperio para restituir las garantías fundamentales conculcadas, y para ordenar las diligencias o investigaciones que estime conducentes para decretar las medidas que sean necesarias para proteger a todas las personas menores de 18 años de edad.

Además, hay que tener presente que no sólo el rol del Estado, como principal garante de los derechos de los niños, es fundamental para su pleno ejercicio, sino como ya se dijo, la comunidad, los centros de salud o la escuela cumplen un rol importante en el resguardo y promoción de los derechos de la niñas, y así también los padres cumplen un papel primordiales fundamental para el resguardo de los derechos de los niños.

¹⁵² Ley N° 16.618. Ley de Menores. CHILE, Santiago, marzo de 1967. Art. 31 y 66, y Código Procesal Penal. CHILE. Santiago, Chile, octubre de 2000. Artículo 175 y siguientes.

Así lo dispone el Título IX del Libro I del actual Código Civil chileno, denominado "De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos", agregado por la modificación introducida en Ley N° 19.585¹⁵³ en el año 1998, que dispone en sus artículo 222 y siguientes que, la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades, estableciendo además, la obligación a los hijos de respeto y obediencia a sus padres.

Asimismo, el artículo 224 del mismo cuerpo legal señala que a ambos padres les corresponde el cuidado personal de sus hijos, basándose en el principio de corresponsabilidad, en el cual ambos padres, vivan juntos o separados, participen en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Además, esta modificación introducida por la Ley N ° 19.585, consagra en el artículo 234 que los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, pero cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal, facultad que excluye categóricamente toda forma de maltrato físico y psicológico, el cual de llegar a producirse o si existieran antecedentes fundados de que este maltrato llegara a ocurrir, cualquier persona que tome conocimiento de ello, o el mismo juez de oficio, pueden solicitar la aplicación de una o varias de las medidas cautelares especiales contenidas en el artículo 71 de la ley N° 19.968. Ello, sin perjuicio de las sanciones que correspondiera aplicar por ésta infracción, más aun considerando la nueva Ley N° 21.013, que sanciona el delito de maltrato de niños, niñas o adolescentes.

Es decir, hoy el rol de los padres de familia ha cambiado acorde a los tiempos actuales en que vivimos, ya no es posible concebir una educación parental en base al castigo físico, y menos una disposición del hijo por parte del padre como si éste fuese un anexo de la familia.

¹⁵³ Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. CHILE, Santiago, Chile, octubre de 1998. Artículo 1°, numeral 24.

Frente a todo este extenso nuevo artículado, dispuesto en diversas disposiciones legales, constitucionales e instrumentos internacionales, hoy el organismo estatal llamado a dar respuestas efectivas a los niños vulnerados, en cuanto a oferta de prestaciones y servicios que restituyan sus derechos lesionados no es otro que el Servicio Nacional de Menores –SENAME- encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido afectados en el ejercicio de los mismos, o frente a los cuales existe amenaza de vulneración, junto con la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal, de conformidad a lo dispuesto en su ley orgánica¹⁵⁴, ámbito bastante extenso para un único servicio cuya ley orgánica data de 1979 y que fue creado bajo la consigna de la situación irregular, todo lo cual es objeto de análisis en el actual proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la Niñez, donde se busca la especialidad en la atención del sujeto de derechos.

Por ello, hoy es el SENAME quien tiene la responsabilidad de proveer una oferta de programas especializados y de prestaciones destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como también estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 20.032, de julio de 2005, que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.

En consecuencia, la mayoría de los proyectos del área de protección de derechos de esta institución son ejecutados y gestionados por la red de organismos colaboradores acreditados del Servicio. lo que da cuenta de la importancia, no solo de una adecuada articulación entre la institución pública y los organismos privados, lo que incluye el nivel nacional, el nivel intermedio del Estado, provincial, y el nivel local y/o municipal¹⁵⁵, sino también, la necesidad de contar con un nuevo marco legal coordinado y sistemático, que establezca un sistema integral de protección universal de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

¹⁵⁴ Decreto Ley N° 2.465. Crea el Servicio Nacional de Menores y Fija el Texto de su Ley Orgánica. CHILE. Santiago, Chile, de 1979.

¹⁵⁵ Instituto Interamericano del Niño, 2002.

4.5. Análisis del Proyecto de Ley de Sistema de Garantías Universales de los Derechos de la Niñez¹⁵⁶:

Actualmente se encuentra en revisión en el Senado un Proyecto de Ley que crea un sistema de garantías universales de los derechos del niño, el cual fue iniciado por mensaje de la ex Presidenta Michelle Bachelet en septiembre de 2015, durante el periodo de su segundo gobierno.

Ya anteriormente se habían presentado otros proyectos de ley en la misma línea de protección integral, uno de ellos denominado “Ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes”, el cual fue el resultado del trabajo de diversas organizaciones sin fines de lucro de la sociedad civil dedicadas a la niñez y la adolescencia en terreno, quienes desde fines del año 2011 constituyeron mesas de trabajo con representantes del primer Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, sin embargo, dicho proyecto consensuado fue finalmente desechado por el Parlamento.

Con el actual proyecto, producto de la ratificación de la Convención de los derechos del Niño, se supera la concepción tutelar que primaba en nuestra legislación, lo que implica reconocer a los niños como legítimos titulares de los derechos y libertades que los tratados internacionales reconocen a toda persona, estableciendo que su desarrollo integral debe ser protegido de un modo preferente. Asimismo, concibe al niño como una persona capaz de gozar y ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades.

Como ya vimos, este es el nuevo paradigma que plantea la doctrina de la protección integral del niño como sujeto de derechos, y no obstante haberse comenzado a instalar en el país desde inicios de la década de los noventa, aún falta por alcanzar el establecimiento de un sistema que garantice y proteja de manera integral y efectiva el ejercicio de los derechos de los niños.

¹⁵⁶ Proyecto de Ley iniciado por Mensaje de la ex Presidenta Michelle Bachelet en septiembre de 2015. Actualmente se encuentra en el segundo trámite constitucional ante la Cámara revisora (Senado). Boletín N° 10.315-18. Al 13 de noviembre de 2018, en 66ª Sesión de legislatura ordinaria N° 366 el proyecto de encuentra en estado de cuenta del mensaje que hace presente la urgencia simple.

El proyecto de ley, como lo señala su mensaje, pretende dotar al país de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales, orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, considerando su identidad cultural y su pertenencia a pueblos indígenas.

La finalidad de este sistema coordinado es, no solo reconocer las relaciones de los niños con sus familias, en especial con sus padres o responsables legales, y con la sociedad y el Estado a partir de derechos y deberes mutuos, sino también, reconocer a los niños como sujetos participantes activos de la comunidad. Junto con ello, refuerza el rol de las políticas sociales y de protección social dirigidas hacia los niños, y busca por otra parte, limitar la intervención del Estado como última instancia, primando el rol de las familias como garantes de los derechos del niño.

Si bien este proyecto de ley fue presentado en septiembre de 2015, a la fecha ha sufrido sustanciales modificaciones tanto por la Cámara de origen como en la revisora, por lo que hoy el proyecto es diferente al original; sin perjuicio de ello, en el texto inicial se señalaban como principios rectores¹⁵⁷ o ideas matrices del sistema los siguientes: a) Los niños como sujetos de derechos, por lo que el sistema se funda a su vez en los principios de igualdad y no discriminación, el interés superior del niño y el reconocimiento y promoción de la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos; b) La protección integral de la niñez, dejando atrás el concepto de menores en situación irregular, base del sistema tutelar, lo que implica avanzar hacia garantías para el ejercicio de los derechos con prevención o alerta temprana, protección social como base, protección especializada y judicial de sus derechos; c) La protección efectiva del ejercicio de los derechos, lo que implica adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de otra índole para dar efectividad a los derechos que la Convención de los Derechos del Niño reconoce. En definitiva, medios concretos y específicos para dar eficacia a los derechos.; d) La integración de la protección, es decir, comprender el desarrollo de los niños desde su interacción con el entorno y con quienes

¹⁵⁷ Mensaje con el que inicia un Proyecto de Ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. CHILE. Santiago, 21 de septiembre de 2015. Mensaje N° 950-363.

participan de él, como la familia y la sociedad, superando el enfoque sectorial y aislado en la provisión de servicios. Esto involucra establecer mecanismos de coordinación y control destinados a promover intervenciones articuladas y coherentes entre los servicios, comprendiendo los distintos niveles de protección y los distintos actores, sectores y grados de territorialidad que interactúan.

En septiembre de 2016 tras un extenso debate desde el ingreso de la iniciativa de ley al Congreso, se habría logrado definir los principios orientadores de lo que será la ley marco, para abordar a continuación el análisis de los mecanismos y medidas de protección para que los niños, niñas y adolescentes puedan hacer exigibles sus derechos. La finalidad es cambiar el foco con el cual se ha operado hasta ahora en materia de política de infancia y que ha estado centrado, preeminentemente, en una perspectiva judicial, la cual interviene generalmente cuando el niño o niña ya ha sido vulnerado en sus derechos.

Por su parte, el proyecto de ley contempla ciertas ideas matrices, como por ejemplo, se trata de una ley de garantías, que genera un sistema de garantías y a su vez se configura en una ley marco, ya que no solo incorpora al derecho interno un sistema que intenta proteger de manera integral los derechos de los niños reconocidos en la Constitución Política y en los demás tratados internacionales, entre ellos, la Convención de los Derechos del Niño, sino también porque sienta las bases del sistema de garantías, reconociendo la naturaleza intersectorial de los asuntos de la niñez y que el enfoque de derechos debe ser transversal en los órganos del Estado y en la sociedad chilena. Ello es congruente con la respuesta pública sistémica que debe adoptarse frente a los problemas de la infancia.

Además, contempla la provisión de servicios y prestaciones sociales, lo que implica distintos niveles de intervención estatal a través de políticas sociales y prestaciones especializadas para asegurar el goce efectivo de los derechos de los niños, niñas o adolescentes o para restituir aquellos vulnerados; por ello, con esta nueva ley se instala una nueva institucionalidad, la cual está pensada en complemento con las figuras

de la Subsecretaría de la Niñez¹⁵⁸, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, recientemente creada por Ley N° 21.090, de abril de 2018, a la cual le corresponde colaborar con el Ministro de Desarrollo Social en lo relativo a sus funciones vinculadas con la niñez, especialmente en lo relacionado con el Subsistema de Protección Integral a la Infancia "Chile Crece Contigo", y la Defensoría de los Derechos del Niño¹⁵⁹, también recientemente creada por la Ley N° 21.067, de enero de 2018, el cual contribuirá a la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños. Con ello, se espera desde los organismos de la sociedad civil que vienen trabajando desde hace años que estos dos nuevos organismos, junto con la nueva ley marco, se transformen en un sistema coherente e integralidad en beneficio de las transformaciones legislativas e institucionales en el ámbito de derechos de la infancia que se esperan, acorde a la Convención de los Derechos del Niño.

La finalidad del proyecto es otorgarle un mayor protagonismo a la Administración del Estado en la adopción y ejecución de las medidas de protección de derechos, reservando a sede judicial solo el establecimiento de la medida concreta que signifique la separación del niño con su familia y entorno cuando así lo amerite las circunstancias particulares y excepcionales del caso concreto.

Este sistema integral, a su vez, se basa en una Política Nacional de la Niñez comprensiva e integrada, destinada a asegurar el pleno desarrollo de todos los niños. El proyecto contempla el establecimiento de objetivos y fines, orientaciones y ejes de acción de una Política Nacional de la Niñez. También se indican los entes públicos y privados obligados a ponerla en práctica y sus dispositivos más importantes de planificación, control y seguimiento.

En consecuencia, por tratarse de una ley marco de garantías a ella deberán ajustarse algunas leyes y otras derechamente ser derogadas, como por ejemplo, la Ley N° 16.618, es decir, la Ley de Menores vigente desde 1967, o la ley orgánica del

¹⁵⁸ Ley N° 21.090. CHILE. Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica. Santiago, abril de 2018. Este proyecto de ley fue enviado conjuntamente con el proyecto de ley que crea el sistema de garantías universales de los derechos de la niñez al Congreso, en septiembre de 2018.

¹⁵⁹ Ley N° 21.067. CHILE. Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Santiago, Chile, enero de 2018.

Servicio Nacional de Menores que data de 1979¹⁶⁰. También habrá de revisarse la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, para ajustar sus procedimientos al nuevo sistema de protección de derechos, entre otros cambios.

En cuanto al contenido de la Ley, en el proyecto original presentado en septiembre de 2015, se establece un sistema de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños, lo cual es desarrollado en cinco títulos.

El Título I denominado "Cuestiones Preliminares", establece el concepto de niño; el objeto de la ley; el ámbito de aplicación de la ley; los principales obligados al respeto, promoción y protección de los derechos de los niños, como lo es la familia, destacando su rol prioritario en el cuidado, protección, orientación y educación del niño; la sociedad y los órganos de la administración del Estado, estableciendo las medidas que éstos deberán adoptar para fortalecer el ejercicio adecuado del rol de la familia, junto con promover el restablecimiento de los derechos vulnerados del niño, cuando su familia y padres no pudieren o dejaren de cumplir sus deberes al respecto. se hace referencia a las reglas generales de interpretación y aplicación de las leyes y normas reglamentarias referidas a la promoción, protección y garantía de los derechos del niño. Finalmente, se hace mención a la progresividad con que los órganos de la administración del Estado cumplirán con las obligaciones que la ley les establecerá para asegurar el acceso a las prestaciones que le corresponderá entregar o garantizar.

El Título II denominado "Principios, Derechos y Garantías", aborda el reconocimiento del niño como sujeto de derecho; el principio de autonomía progresiva, conforme al cual todo niño es capaz de ejercer sus derechos, por sí mismo, de acuerdo a

¹⁶⁰ Con fecha 05 de agosto de 2018 fue presentado al Congreso el Mensaje N° 090-366 del Presidente Sebastián Piñera con el que inicia el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica. Boletín N° 12027-07, que al 20 de noviembre de 2018 se encuentra en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados. A su vez, el 4 de abril de 2017 fue presentado ante el Senado el Mensaje N° 16-365 con el cual la ex Presidenta Michelle Bachelet presentó el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente y a otras normas que indica. Boletín N° al 20 de noviembre de 2018 se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado. Con estos dos proyectos de ley en curso, se vislumbra el próximo término del actual Servicio Nacional de Menores -SENAME-.

la evolución de sus facultades, edad y madurez; el derecho de los niños a la igualdad en el goce, ejercicio y protección de sus derechos, sin discriminación arbitraria, y el interés superior del niño, entendido como el disfrute y satisfacción de sus derechos. Junto con ello, se refuerzan ciertos derechos especialmente relevantes para la niñez, como son el derecho a la vida, desarrollo y entorno adecuado; la protección contra la violencia; el derecho a la identidad; el derecho a vivir en familia; el debido proceso y especialización; la libertad ambulatoria; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de expresión y comunicación; derecho a la información; derecho a ser oído; participación; vida privada; honra y propia imagen; educación, y salud.

El título III "Sistema de Protección Administrativa y Judicial" plantea el deber general de los órganos de la administración del Estado de proveer servicios sociales que propendan a la plena satisfacción de los derechos del niño, no pudiendo excusarse de conocer y pronunciarse sobre el requerimiento que se haga al respecto, y donde se establece una redistribución de competencias entre lo administrativo y lo judicial, reservando a este último aspecto aquellos casos en que, como última ratio, se requiera separar al niño de su familia. Se reconoce también competencia al Ministerio de Desarrollo Social para adoptar las medidas de protección adecuadas en los casos en que un niño sea privado o limitado en el ejercicio de sus derechos garantizados por la ley, sin perjuicio de que este sistema de protección administrativa se implementará completamente una vez creado el Servicio Nacional de Protección de la Infancia¹⁶¹, el cual a noviembre de 2018 se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

El título IV aborda la "Institucionalidad" del nuevo sistema, haciendo referencia a los tres niveles de competencia de los organismos públicos que contempla: nivel estratégico, nivel de articulación y nivel de prestación y adopción de medidas. Para ello se establecen las facultades que tendrá el Ministerio de Desarrollo Social, las normas para la actuación policial, tanto de Carabineros de Chile como de la Policía de Investigaciones, y las normas dirigidas a la participación ciudadana y de los niños, a

¹⁶¹ Boletín N° 12027-07, que al 20 de noviembre de 2018 se encuentra en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados.

través del principio de participación y colaboración ciudadana. Finalmente, el título V habla "De la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción" señalando sus objetivos generales y contenido mínimo, destacando el carácter universal, coordinado, progresivo, integral e intersectorial que ésta deberá tener.

CONCLUSIONES

La vulneración de derechos como concepto es bastante amplio, no desarrollado mayormente por nuestra doctrina, como tampoco en la legislación en materia de infancia, no existiendo definición legal para referirse a ella, pero sí innumerables disposiciones legales que la señalan como una condición que viven muchos niños en nuestro país y frente a la cual es deber del Estado accionar, ya sea para evitar una amenaza de vulneración a la que puedan verse expuestos, como así también frente una vulneración concreta de sus derechos.

En una primera etapa de regulación, esto es, principios de nuestra historia republicana, donde la norma principal que regulaba la situación de los niños en Chile era el Código Civil de Bello, nada se establecía de aquellos niños en situación de desmedro o de abandono, para los cuales no existía norma que regulara su situación, menos aún, que buscara mejorar su calidad de vida o restablecer sus derechos.

Por vulneración entonces podemos comprender la situación de abandono o de calle en la que se encontraban un gran número de niños en nuestro país, por lo menos desde mediados del siglo XIX en adelante, desde la dictación de la Constitución de 1833 hasta la Constitución de 1980, periodo en el que centro mi trabajo para efectos de referirme a la historia constitucional de nuestro país y hacer un paralelo de cómo fue el trato otorgado a la infancia durante dicho periodo.

Frente a la situación de miles de niños abandonados, y producto del vacío legal existente hasta principios del siglo XX, es que surge la necesidad de regularlo, pero no por razones de justicia social, sino más bien por un tema de orden social y de control hacia estos niños abandonados, sin familia y sin futuro, ya que si no eran reformados en centros de beneficencia que los albergaban, eran considerados potenciales delincuentes, lo que afectaría en consecuencias el bien jurídico del patrimonio, y de los adultos. Entonces surge la necesidad de regular su situación de falta de cuidado, para concedérselos a las instituciones de beneficencia o de caridad -generalmente de índole religioso - que los recibían, y así, estos lugares pudieran disponer en definitiva de ellos.

Es por lo anterior que planteo en esta actividad formativa equivalente a tesis que mucho antes de que en Chile comenzara a hablarse de la doctrina de la situación irregular de los menores, éstos eran considerados como objetos, ya fuera objeto de protección y disposición del padre o de las entidades de beneficencia, o de la sociedad, donde el Estado tenía muy poca incidencia producto de la falta de regulación de la situación de abandono. La primera ley de protección a la infancia desvalida muy poco vino a mejorar esta situación, ya que su aplicación fue bastante precaria, porque más allá de establecer ciertas presunciones de abandono y regular el cuidado personal o tuición de los niños de la calle, poco señalaba de las acciones del Estado frente a ello, y menos aún creaba algún órgano estatal que asumiera un rol más activo.

Luego, ya entrada en vigencia de la Constitución de 1925, época en la cual se había producido la separación del Estado de la religión católica, y reinaba en Chile un periodo de mayor estabilidad institucional, se vuelve a plantear la necesidad de regular la situación de los niños abandonados, pero esta vez por razones de la alta tasa de mortalidad infantil existente y la cantidad de orfanatos que tenían a su cargo el cuidado de dichos niños, lo que demostraba una falta de preocupación por el tema de los niños menesterosos.

Por otra parte, el derecho comparado ya se comenzaba a hablar de los derechos de los niños, producto de la Declaración de Ginebra de 1924. Por ello se crea una nueva legislación de protección de menores, en la cual se establece entre otras disposiciones, la creación de Tribunales especiales para conocer de las materias de menores, y junto con ello, regular el rol del Estado en la tutela de los niños desvalidos, lo cual da inicio no sólo a la doctrina de la situación irregular de los menores, sino también al Derecho de Menores.

Esta doctrina de la situación irregular se caracterizará por hacer la distinción entre niños hijos de familia con una buena situación, cubiertos en sus necesidades, y aquellos abandonados que requerían de protección y los jóvenes que infringían la ley penal, a todos los cuales debían dárseles soluciones de medidas de protección o sanciones penales acorde a sus actos. Esta doctrina tendrá una duración en el tiempo de

más de 60 años, debido principalmente a la inamovilidad del derecho en esta materia, ya que hasta 1990 no habrá mayores modificaciones a la legislación de menores.

Finalmente, ya en época de la época de la Dictadura Militar y con la dictación de la Constitución Política de 1980 no habrá mayor regulación en materia de niños vulnerados en sus derechos, salvo por la creación de una nueva institucionalidad, que es el Servicio Nacional de Menores, vigente hasta hoy en día, y por el sistema de subvenciones creado al alero del nuevo sistema económico imperante, bajo el cual el Estado pasa a tener un rol subsidiario en la atención de niños, niñas y adolescentes, entregándole gran parte del rol de ser garantes de derechos a los privados, quienes no tendrá mayor incidencia en la promoción y protección de sus derechos vulnerados.

Sin embargo, producto de su importancia en la defensa de los derechos fundamentales de los niños, en el presente trabajo se hace referencia a las reformas a la Constitución de 1980 más relevantes, y que tienen efectos en materia de infancia. La primera de ellas, de 1989, en la cual se logra la incorporación en el texto constitucional de un inciso que permite respetar los principios consagrados en tratados internacionales, considerándolos como límites al ejercicio de la soberanía. En consecuencia, ello marcará un hito en la defensa y promoción de los derechos del niño una vez entrada la Democracia en el año 1990, y junto con ello, la ratificación de la Convención de los derechos del Niño el mismo año.

Este hecho traerá también como consecuencia la incorporación de nuevos principios a nuestra Constitución, y por ello, también se ha venido produciendo desde hace un par de décadas atrás, lo que la doctrina ha llamado el proceso de constitucionalización del derecho de familia, a raíz del cual la norma legal resulta impregnada por los principios establecidos en la Constitución y de los derechos fundamentales consagrados en diversos tratados internacionales, lo que ha favorecido en definitiva, la gran cantidad de reformas legales que se han suscitado en las últimas décadas, desde fines de los noventa en adelante.

Como hemos visto, la protección que se debe otorgar a los niños, niñas y adolescentes es un tema de Derecho Público, que tiene como origen principios consagrados constitucionalmente, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y

psíquica de las personas, a la igualdad, a la educación y salud, entre otros. Es por ello que el tema de la protección de los derechos de la infancia requiere de una estructura legislativa y una institucionalidad pública que se ajuste a Derecho y se encuentre acorde con los mandatos establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Por ello podemos ver que en el último tiempo, el proceso de reforma de nuestra legislación infanto juvenil ha sido mucho más prolífero que el llevado a cabo en décadas pasadas, ya que los tiempos actuales demandan una pronta adecuación a los parámetros internacionales en cuanto a promoción y respeto de los derechos fundamentales, a contrario de lo que ocurría a fines del siglo XIX y comienzos del XX, periodo en el cual no tenían la relevancia que se les da luego del periodo post guerras. Acorde a ello, es lógico y propio de la época de 1912 que sólo se regulara la situación de la infancia abandonada por un tema de orden social.

En cuanto al sistema actual de protección de derechos vulnerados de la infancia, éste se materializa principalmente a través de la judicialización de las situaciones de vulneración de derechos, lo que conlleva que sean los tribunales de justicia, órganos que no están relacionados ni con la generación de políticas públicas ni con el contenido de los programas con los que dispone Sename, quienes determinen la solución frente a una situación de amenaza o de vulneración del niño, niña o adolescente lesionado en sus derechos, lo que torna insuficiente los esfuerzos programáticos, sacrificando los recursos del sistema actual, el cual no da abasto, Sename se ha visto superado por la alta demanda de prestaciones y servicios versus la falta de recursos y una ley que regule el trabajo interministerial como también interdisciplinario para resolver los problemas concretos que presenta hoy la población infanto juvenil más susceptible de ser dañada en sus derechos.

Los niños vulnerados en sus derechos se encuentran sobre judicializados, las instituciones de acogida no cuentan con plazas de atención, existe una alta demanda de internación de aquellos niños cuyas familias fracasaron en su rol protector y educador, y frente a ello faltan programas especializados.

En consecuencia, urge una pronta modificación al sistema actual de protección y promoción de los derechos de los niños y adolescentes, acorde a la doctrina de la protección integral, la cual ingresó con fuerza, pero aún convive con la anterior doctrina de la situación irregular en algunos aspectos, como lo planteado acerca de Sename y su ley orgánica de 1979 que mantiene la distinción entre niños sujetos de protección y adolescentes infractores, sujetos de atención de un mismo sistema y servicio público.

Se requiere de la pronta aprobación del proyecto de ley que crea el sistema de garantías universales de los derechos de la niñez para que la nueva institucionalidad comience a operar y coordinar con todos los demás sectores intervinientes en la solución más efectiva e integral para los niños vulnerados en sus derechos, con enfoque de derechos y así también, se trabaje por una política nacional de infancia que promueva y resguarde los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, acorde al nuevo paradigma que surge con la ratificación de la Convención de los derechos del niño.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CHUART, Jorge. Evaluación de la atención a menores en situación irregular. Revista de trabajo Social. Número 59, pág. 9 y siguientes. Año 1991.

- ÁLVAREZ CHUART, Jorge. La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social. Documento VI. En Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

- BELOFF, Mary. Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, en Justicia y Derechos del Niño, Mary Beloff, et al. (ed.), Unicef y Ministerio de Justicia de Chile, Santiago, 1999, p. 10.

- CALVO MACKENNA, Luis. (1934) "Memoria de la Casa Nacional del Niño: Breve reseña de su labor desde 1927 a 1933, inclusive. Disponible en <http://www.libros.uchile.cl/550>

- CEA EGAÑA, José Luis. La Constitucionalización del Derecho. Revista de Derecho Público. vol 1996 (Nº 59)

- CERDA L., Jaime y GARCÍA B., Cristian. El cuidado de niños huérfanos y abandonados en Santiago a partir del siglo XVIII.
En www.bibliotecaminsal.cl/wp/wp-content/uploads/2013/05/anales_ano16_vol2_p203.pdf

- CILLERO B., Miguel. Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile, Documento III, en Infancia en riesgo social y políticas sociales en

Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

- CORTÉS BECK, Juan Eduardo. Evolución histórica del sistema de atención a la infancia en Chile. Servicio Nacional de Menores. Año 1992.

- CROTTI, Egidio. "Derechos de la infancia y adolescencia: avances y desafíos", en Seminario Internacional "Reformas en materia de Infancia y Adolescencia". Gobierno de Chile, Servicio Nacional de Menores. Editado por Patricio Dooner y Patricia Ramírez. Ediciones Sename, Diciembre de 2003.

- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco. La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y Alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia. Revista Ius et Praxis, año 9, N° 1, Talca, Chile, 2003.

- DELGADO VALDERRAMA, Manuel. La Infancia abandonada en Chile. 1770-1930. Revista de Historia social y de las mentalidades N° 5, invierno 2001, pp.101 -126.

- DE DINECHIN, Philippe. Los utópicos derechos del niño. Ediciones Escaparate. Septiembre 2009.

- ELGUETA R., María Francisca y PALMA G. Eric Eduardo. "La investigación en ciencias Sociales y Jurídicas". Centro de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, LOM, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, segunda edición, 2010.

- FAVOREU, Louis Joseph. La Constitucionalización del Derecho. Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Ronald Drago, "La unidad del derecho". París, Económica, 1996. Revista de Derecho, vol. XII

- FERNANDEZ SMITS, María Paz. Amor a Palos. La violencia en la pareja en Santiago (1900 - 1920). LOM Ediciones. 2011.

- FERRER MC GREGOR, Eduardo y PELAYO MOLLER, Carlos María. Artículo "La obligación de "respetar" y de garantizar" los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Publicación de Universidad de Talca. Centro de Estudios Constitucionales, *versión On-line* ISSN 0718-5200.

- FIERRO P. Silvia Angelina y GUAJARDO D. Carolina. La Representación Social en torno a la Protección de Derechos de la Infancia, según experiencias de hombres y mujeres que vivieron en el Sistema Residencial. Tesis para optar al grado académico de Licenciada en Trabajo Social. Tesis para optar al título de Trabajadora Social. Santiago, Chile. Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Escuela de Trabajo Social, 2015.

- FUENZALIDA F., Daniela Cecilia. Protección Jurídica y Social de la Infancia: Situación actual en Chile desde la perspectiva del Derecho Público. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2014.

- GAJARDO, Samuel. Revista Semana del niño 1940. Los Derechos del Niño comentados por el Juez de Menores de Santiago don Samuel Gajardo.

- GARCÍA. Emilio. "La convención Internacional de los Derechos del niño: de la situación irregular a la protección de la infancia". UNICEF. II Seminario Latinoamericano Nuestro Compromiso: Los derechos del niño y el adolescente en una sociedad democrática. Santiago de Chile, 23 al 27 de septiembre de 1991. Ediciones SENAME 1992.

- LATROPH G., Fabiola. Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de familia chileno. Estudios constitucionales vol.5, nº 1, Santiago 2017. Trabajo desarrollado en el marco de Proyecto de Investigación Fondecyt Regular "Hacia una reconstrucción del Derecho de Familia: derechos de la infancia y vida personal", Nº 1140033, financiado por Conicyt.

- LATHROP G., Fabiola y ESPEJO Y., Nicolás. Responsabilidad Parental. Thompson Reuters. Abril 2017.

- LEÓN L. Marco Antonio. Construyendo un sujeto criminal. Criminología, criminalidad y sociedad en Chile. Siglos XIX y XX. Editorial Universitaria. Octubre 2016.

- LEÓN S., Leonardo. Ni patriotas ni realistas. El bajo pueblo durante la Independencia de Chile. 1810 - 1822. Centro de Investigaciones Diego Barros Arana. ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos. Santiago, Chile, 2011.

- NALDA PALOMER, Rocío. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. "La Eficacia del Procedimiento de Medidas de Protección del Niño, Niña o Adolescente". Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias del Derecho. Universidad de Chile, 2016.

- NASH ROJAS, Claudio. Artículo "Estado Social y Democrático de Derechos en Chile. Tan lejos, tan ceca". Universidad de Chile. Revista Derecho y Humanidades. ISSN 0716-9825, Nº 18, 2011.

- ORELLANA RIVERA, María Isabel y ARAYA OÑATE, Nicole. Educación de las infancias: entre el hogar y la escuela (1880 -1915). Ediciones Museo de la Educación Gabriela Mistral, 2016.

- OSSES VELÁSQUEZ, Melissa y ZAMORA ABARZÚA, Camila. Análisis de la relación entre el Presidencialismo y el sistema electoral chileno. La influencia del sistema electoral como variable en el fortalecimiento del presidencialismo en el caso chileno. Memoria para optar al Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público, Santiago de Chile, 2016.

- PALMA G. Eric Eduardo. "Estado Constitucional Liberal Católico en Chile (1812 - 1924). Nueva Historia Constitucional. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 2012.

- PALMA G, Eric, "Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una historia del Derecho de los siglos XIX y XX", en *Ius et Praxis*, págs., 325-350, Universidad de Talca, 1997

- PALMA G, Eric, "Tiempos de continuidad y cambio en el Derecho Chileno: 1973-2004", en *Persona y Sociedad*, Volumen XVIII, número 2, agosto de 2004, págs. 95-110.

- PALMA GONZALEZ, Eric, *Historia del Derecho Chileno (1808-1924)*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORION. Colección Juristas Chileno, 2006.

- PALMA, Eric "De la Carta Otorgada de 1980 a la Constitución Binominal de 2005", revista *Derecho y Humanidades*, vol 13, 2008, pp. 41-66.

- PALMA G. Eric, "Pasado, presente y futuro de la Historia del Derecho en Chile", en revista electrónica alemana *Forum Historiae Iuris*, 2009.

- PALMA G, Eric, "Historia del Derecho en América Latina en el siglo XXI: el caso de Chile, Colombia y México", en revista *Ambiente Jurídico*, número 11, Universidad de Manizales, Colombia, 2009.

- PILOTTI, Francisco. "Crisis y perspectivas del sistema de bienestar infantil en América Latina. Documento I en Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

- ROJAS FLORES, Jorge. Historia de la Infancia en el Chile Republicano 1810 -2010. Ediciones Ocho Libros. 2010.

- SALAZAR, Gabriel. Ser Niño "Huacho" en la Historia de Chile (siglo XIX). Santiago. LOM Ediciones 2006.

- SALAZAR, Gabriel, y PINTO, Julio. Historia Contemporánea de Chile, tomo V. Niñez y juventud. LOM Ediciones. 2002.

- SALINAS MEZA, René. La Historia de la Infancia, una Historia por hacer. Revista de Historia Social y de las mentalidades, N°5, Invierno 2001, pp. 11-30. En sitio web: <https://rhistoria.usach.cl/sites/historia/files/304-666-1-sm.pdf>

- SANTIAGO ANTONIO, ZOILA. Los niños en la Historia. Los enfoques historiográficos de la infancia. UAM. México. Revista Takwá, Números 11-12. Primavera-Otoño 2007, pp. 31-50. En sitio web: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40030488/zoila_santiago.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1545855766&Signature=hmQPOplReEkzJiTpceGrRJ0%2B4ow%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DZoila_santiago.pdf

- SCHONHAUT B. Luisa. Profilaxia del Abandono: Cien Años de Protección de la Infancia en Chile. Revista Chilena de Pediatría. Rev. chil.

pediatr. v.81 n.4 Santiago ago. 2010. Rev Chil Pediatr 2010; 81 (4): 304-312. Artículo especial bicentenario.

- SERRANO, Sol. ¿Qué hacer con Dios en la República?. Política y Secularización en Chile (1845 - 1885). Fondo de Cultura Económica Chile S.A., Santiago, Chile, 2008.

- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Constitucionalización del Derecho de Familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social. Revista de Derecho de Familia , Nro 3 , Volúmen III - 2016 , Año 2016 , Página 31.

- TOLEDO Q., Ilda y ZÚÑIGA C., Lina. La Defensa de los derechos del niño: antecedentes históricos desde la perspectiva de Chile. Serie Estudios y Experiencias. Fundación PIDEE. N°1.

- TURNER SAELZER, Susan. Los Tribunales de Familia. Ius et Praxis, versión On-Line ISSN 0718-0012. Ius et Praxis v.8 n.2 Talca 2002.

- ZORRILLA, Manuel. La Casa Nacional del Niño, algunos de sus problemas. Talleres Gráficos de la Casa Nacional, Santiago de Chile 1942.

Textos Legales:

- Constitución Política de la República de 1980. CHILE. Vigésima edición oficial aprobada por Decreto Exento N° 188, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago, febrero 2017.

- Código Civil. CHILE.

- Código Penal. CHILE.

- Ley N° 2.675, CHILE. Protección a la infancia desvalida. Santiago, Chile, septiembre de 1912.

- Ley N° 4.447, CHILE. Ley de Menores, Santiago, Chile, octubre de 1928.

- Ley N° 16.618, CHILE. Ley de Menores. Santiago, Chile, marzo de 1967.
- Decreto Ley N° 2.475. CHILE. Ley Orgánica del Servicio Nacional de Menores, Santiago, Chile, enero de 1979.
- Decreto Ley N° 356. CHILE. Reglamento del Servicio Nacional de Menores, Santiago, Chile, abril de 1980.
- Decreto Ley N° 830, CHILE. Ratifica la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989. Santiago, Chile, septiembre de 1990.
- Decreto N° 2.531. CHILE. Reglamento de la Ley N° 4.447. Santiago, Chile, enero de 1929.
- Ley N° 19.585. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. CHILE, Santiago, Chile, octubre de 1998.
- Ley N° 20.050. Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la Republica. CHILE. Santiago, Chile, agosto de 2005.
- Ley N° 20.162. CHILE. Santiago, Chile, febrero de 2007.
- Ley N° 20.352, de mayo de 2009.
- Ley N° 20.414. Reforma constitucional en materia de transparencia, modernización del estado y calidad de la política. CHILE. Santiago, enero de 2010.
- Ley N° 20.516. Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas. CHILE. Santiago, junio de 2011.
- Ley N° 20.710. Reforma constitucional que establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición y crea un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor. CHILE. Santiago, diciembre de 2013.
- Ley N° 20.084. Responsabilidad Penal Adolescente. CHILE. Santiago, Chile, junio de 2007.
- Proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. Mensaje de septiembre de 2015.

- Ley N° 21.013, Introduce modificaciones al Código Penal, Ley de Violencia Intrafamiliar N° 20.066 y Registro General de Condenas, contenido en Decreto Ley n° 645, de 1925. CHILE. Santiago, Chile, junio de 2017.
- Ley n° 21.057, del Ministerio de Justicia, que Regula Entrevistas grabadas en video y, otras Medidas de Resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Promulgada el 9 de enero de 2018 y publicada el 20 de enero de 2018. Con entrada diferida a la fecha de dictación d su Reglamento.
- Ley N° 21.067. CHILE. Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Publicada el 29 de enero de 2018, con entrada en vigencia diferida contemplada para el 30 de junio de 2018.
- Ley N° 21.090. CHILE. Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica. Santiago, abril de 2018.

Otros documentos:

- Primer Congreso Nacional de protección a la Infancia. Trabajo y Actas. Tomo Único. Santiago de Chile, Imprenta Barcelona 1913. Pág. 65 a 67. Biblioteca Nacional.
- Seminario AFUSE (Asociación de Funcionarios de Sename). La institucionalidad en Infancia que Chile necesita. Ediciones Escaparate. Mayo 2018.
- Guía de trabajo de enseñanza media, siglo XX. Material elaborado por el Museo Histórico Nacional, consultado en sitio web www.museohistoriconacional.cl el 5 de marzo de 2018.
- Artículo "Comprender la Convención sobre los Derechos del Niño" en sitio web www.unicef.org., consultado en julio de 2017.
- Instituto Interamericano del Niño -IIN- de la Organización de Estados Americanos, Consultado en sitio web:
http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm
- IV° y V° Informe Consolidado de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y sus Protocolos Facultativos, Chile. Conforme al artículo 44 de la Convención y a los Protocolos Facultativos OPSC Y OPAC. UNICEF.

- Instituto Interamericano del Niño, 2002.
- Save the Children, 2009.
- Proyecto de Ley iniciado por Mensaje de la ex Presidenta Michelle Bachelet en septiembre de 2015.
- Mensaje con el que inicia un Proyecto de Ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. CHILE. Santiago, 21 de septiembre de 2015. Mensaje N° 950-363.