



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:
ANÁLISIS DESDE LA MIRADA DEL DERECHO
INTERNACIONAL EN SU EVOLUCIÓN Y APLICACIÓN
AL DERECHO CHILENO.

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

Isidora Paz González Urrutia y Adriano Vincenzo Castello Belmar

Profesora Guía:
Claudio Troncoso Repetto

SANTIAGO, CHILE

2020

Índice

1	Resumen.....	5
2	Introducción	6
3	Capítulo I: Concepto, evolución histórica y construcción de la infancia como sujetos de derechos.....	8
3.1	Definición de infancia: niños, niñas y adolescentes.....	8
3.2	Desarrollo histórico internacional de los derechos del niño	13
3.3	Desarrollo histórico nacional de los derechos del niño	22
4	Capítulo II: Interés superior del niño en el derecho internacional.....	26
4.1	Sistema Universal de Derechos Humanos.....	26
4.1.1	Interés superior del niño como principio anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño.....	26
4.1.2	Interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño	27
4.1.2.1	Análisis jurídico del interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño	27
4.1.2.2	Interpretación del interés superior del niño.....	30
4.1.2.2.1	Interés superior del niño como derecho sustantivo.....	31
4.1.2.2.2	Interés superior del niño como principio jurídico interpretativo fundamental.....	32
4.1.2.2.3	Interés superior del niño como norma de procedimiento	33
4.1.2.3	Relación con otros principios de la Convención sobre los Derechos del Niño	33
4.1.2.4	Obligaciones de los Estados para su aplicación.....	35
4.2	Regulación comparada.....	36
4.2.1	Argentina.....	36
4.2.2	Bolivia	37
4.2.3	Colombia.....	39
4.2.4	Ecuador	41
4.2.5	Paraguay.....	42
4.2.6	Perú.....	43
4.2.7	Uruguay	44
4.3	Conclusiones.....	45
5	Capítulo III: Desarrollo y aplicación del interés superior del niño en el derecho nacional	47

5.1	Tratados internacionales ratificados y vigentes	47
5.2	Reconocimiento constitucional.....	49
5.3	Reconocimiento legal	50
5.3.1	Código Civil y sus modificaciones	50
5.3.2	Ley N°19.947: Establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil	53
5.3.3	Ley N°19.620: Dicta Normas Sobre Adopción de Menores.....	55
5.3.4	Ley N°19.968: Crea los Tribunales de Familia	55
5.3.5	Ley N°20.084: Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal.....	56
5.4	Institucionalidad.....	57
5.4.1	SENAME.....	57
5.4.2	Subsecretaría de la niñez	63
5.4.3	Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez y Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez	64
5.4.4	Defensoría de los Derechos de la Niñez	65
5.5	Informes y observaciones entre Chile y el Comité de los Derechos del Niño	71
5.5.1	Informes periódicos.....	71
5.5.2	Informe relativo a procedimiento de comunicaciones	77
5.6	Proyectos de ley.....	81
5.7	Conclusiones.....	84
6	Capítulo IV: Desarrollo jurisprudencial.....	87
6.1	Desarrollo jurisprudencial internacional.....	87
6.1.1	Corte Interamericana de Derechos Humanos	87
6.1.2	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	96
6.2	Desarrollo jurisprudencial nacional.....	106
6.2.1	Tribunales ordinarios, Corte de Apelaciones y Corte Suprema	106
6.2.2	Tribunal Constitucional.....	118
6.3	Conclusiones.....	122
7	Conclusión final	123
8	Bibliografía	126

*“Si hay niños como luchín
Que comen tierra y gusanos
Abramos todas las jaulas
Pa' que vuelen como pájaros”*

Víctor Jara

Agradecimientos

A María Eugenia y Christian, quienes siempre han creído en mí y han hecho que todo esto sea posible. Mamá y papá, lo estamos logrando.

A Sandra y Miguel, por su amor, apoyo incondicional y enseñarme todo lo que sé desde chico.

A nuestro profesor, Claudio Troncoso Repetto, por incentivarnos y apoyarnos incondicionalmente durante todo este proceso.

Por último, y no menos importante, a todos los niños, niñas y adolescentes, que han sido de una u otra forma parte de nuestra vida y que sin quererlo aportaron en que todo este trabajo fuese posible.

1 Resumen

La presente tesis de pregrado tiene por objeto analizar la incorporación y aplicación del principio del interés superior del niño en todos los aspectos del derecho chileno con el propósito de dar cuenta de la realidad actual del derecho de infancia, de la consolidación de este principio en nuestro país y la forma en que ha sido aplicado y utilizado en el último tiempo, para lo cual se tendrá en cuenta informes, estudios, legislación y jurisprudencia tanto en el ámbito nacional como internacional.

De esta manera, se comenzará estudiando la evolución histórica y consolidación del derecho de infancia en el ámbito internacional para luego poder examinar exhaustivamente el concepto e interpretación que se le ha dado al principio del interés superior del niño, fundamentalmente a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la regulación comparada en diversos países latinoamericanos. Así, en los capítulos siguientes y para finalizar, se podrá contrastar de forma crítica la realidad de nuestro ordenamiento interno y dar cuenta a través del análisis de casos jurisprudenciales de los errores y aciertos de nuestro país en la aplicación del principio en cuestión en materia de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

2 Introducción

A través del presente trabajo de investigación, se buscará dar respuesta a la interrogante sobre la forma y medida en que se ha aplicado el principio del interés superior del niño en la protección de los derechos de infancia en el ámbito jurídico.

Por lo mismo, nuestro principal objetivo es analizar íntegramente tanto el desarrollo internacional como nacional de este principio con el fin de contrastar su aplicación y trascendencia en ambas esferas del derecho al ser considerado la piedra angular de la Convención sobre los Derechos del Niño y, de esta manera, dar cuenta de la evolución que ha tenido el interés superior del niño desde la creación y ratificación en nuestro país de este cuerpo normativo y los aspectos pendientes que puedan existir o que se encuentren en pleno proceso de formación teniendo en cuenta que hace años ya no es considerado un concepto indeterminado.

Para lograr esto, se comenzará realizando un análisis histórico del concepto de infancia y niñez tanto a nivel internacional como en nuestro país para poder conocer su desarrollo y la consolidación de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos con el fin de establecer las bases y un punto de partida para llevar nuestra investigación a un lugar más exacto.

A continuación, pasaremos a estudiar el principio del interés superior del niño y su tratamiento en la esfera del derecho internacional, teniendo en cuenta el punto de quiebre que significó la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación y profundización que ha tenido el concepto al ser considerado como: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Asimismo, se examinará su relación con los otros principios consolidados y mundialmente aceptados y la obligación que implica para los Estados su aplicación, lo que nos permitirá realizar posteriormente un análisis de regulación comparada entre otros países de la región.

Más adelante, se analizará el interés superior del niño en el derecho chileno respecto a ámbitos determinados de aplicación y consolidación legal: tratados internacionales, reconocimiento constitucional, reconocimiento legal, institucionalidad, informes entre Chile y el Comité de los Derechos del Niño (en adelante Comité) y proyectos de ley con el propósito de tener a la vista el panorama actual de nuestro país en relación a derechos de infancia y el principio en estudio.

De esta manera, y para finalizar, se realizará un análisis jurisprudencial de los últimos años, tanto a nivel internacional (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) como a nivel nacional (Tribunales ordinarios, Corte de Apelaciones, Corte Suprema y Tribunal Constitucional) con el propósito de conocer la evolución de la aplicación del interés superior del niño en la esfera judicial y en distintas materias atinentes a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

3 Capítulo I: Concepto, evolución histórica y construcción de la infancia como sujetos de derechos

3.1 Definición de infancia: niños, niñas y adolescentes

Tanto la definición como la concepción de infancia ha ido variando considerablemente con el paso del tiempo, puesto que la niñez como una etapa diferenciada en la vida humana, con características y derechos propios es producto de la modernidad. Esto debido a que, prácticamente hasta el siglo XIX, no existió internacionalmente una preocupación de la infancia como grupo etario diferenciado con necesidades de protección y se encontraba más bien entregado a la vida privada y al vínculo sanguíneo.

Tal como veremos en el apartado siguiente de este capítulo, existen tres instrumentos internacionales fundamentales que a lo largo del siglo XX se han referido a la niñez en términos jurídicos. En primer lugar, la Declaración de Ginebra del año 1924, que no entrega en ningún sentido un concepto de infancia, sino que solamente se remite a determinar una serie de principios y prescripciones positivas que las naciones y la sociedad toda debían desarrollar para lograr garantizar los derechos de los niños. En segundo término, se encuentra la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959 que, si bien tampoco entrega una definición del concepto, señala que el niño tiene una falta de madurez física y mental que requiere protección y cuidados especiales, permitiendo hacer un primer esbozo en relación a las características que determinan la niñez. En tercer lugar, nos encontramos con la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 (en adelante CDN), que se encuentra vigente actualmente y establece que “(...) *se 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*”¹. Configurándose, por tanto, a modo de regla general internacional, que todos los menores de 18 años serán considerados niños, a excepción de los sistemas normativos que establezcan otro rango etario, donde autores como Daniel O’Donnell señalan que la inclusión de una cláusula abierta que permita determinar una edad diferente a la indicada por la CDN es problemático, por cuanto podría limitar la aplicación de los derechos reconocidos por la misma, mencionando al respecto que: “(...) *tratándose de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención,*

¹ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 27 de septiembre de 1990. Artículo 1.

toda disposición de derecho interno que restrinja su aplicación tendría que ser justificada tomando en cuenta tanto las realidades sociales del país en cuestión como los principios fundamentales que inspiran la Convención y los principios generales del derecho internacional sobre los derechos humanos. Cuanto más grande sea la discrepancia entre los 18 años y la norma nacional, más difícil será fundamentarla. En principio será particularmente difícil justificar la inaplicabilidad de algunos artículos de la Convención, y no de otros, so pretexto de que la legislación nacional establece criterios de mayoría de edad diferentes a tales efectos”².

Esto fue definido así, en virtud de la serie de debates y contradicciones que se podían generar con una definición un poco más acotada y delimitante, por lo que siempre se ha intentado definir el periodo de infancia o niñez por medio de sus características, tal como lo ha establecido UNICEF: “*Sin embargo, a pesar de numerosos debates intelectuales sobre la definición de la infancia y sobre las diferencias culturales acerca de lo que se debe ofrecer a los niños y lo que se debe esperar de ellos, siempre ha habido un criterio ampliamente compartido de que la infancia implica un espacio delimitado y seguro, separado de la edad adulta, en el cual los niños y las niñas pueden crecer, jugar y desarrollarse*”³.

Así, además de otorgarse ciertos parámetros y características, generalmente se ha ido configurando y determinando la niñez en función de dos etapas: primera infancia y adolescencia, diferenciación que ha llevado a que se establezcan ciertos criterios de capacidad y responsabilidad en algunas materias, en función del rango etario y la pertenencia a uno de estos dos periodos en los distintos sistemas normativos alrededor del mundo.

Esta diferencia ha sido definida en aspectos más bien numéricos a través del tiempo, estableciéndose, por ejemplo, por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que la primera infancia “*(...) se define como un periodo que va del nacimiento a los ocho años de edad, y constituye un momento único del crecimiento en que el cerebro se desarrolla notablemente*”⁴ y por otro lado, la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha señalado que la

² O'DONELL, Daniel. *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido*. En: Conamaj, Escuela Judicial, Unicef-Costa Rica. Derechos de la niñez y la adolescencia: antología. [En línea] Costa Rica. 2001. <https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf> P. 18. [Consulta: 04 de agosto de 2019]

³ BELLAMY, Carol. *Estado Mundial de la Infancia 2005. La Infancia amenazada*. [En Línea] diciembre de 2004. <<https://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2003/12/Estado-Mundial-de-la-Infancia-2005.pdf>> P. 3. [Consulta: 04 de agosto de 2019]

⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). *La atención y educación de la primera infancia* [En línea] <<https://es.unesco.org/themes/atencion-educacion-primera-infancia>> [Consulta: 05 de agosto de 2019]

adolescencia es “(...) el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y 19 años”⁵. Sin embargo, sin perjuicio de esta distinción por edades que permite otorgar características relevantes para aspectos médicos y sociológicos, es importante ir un poco más allá de sobremanera en el área del derecho, con el fin de saber de qué forma regular y entender a un grupo social que necesita un tratamiento diferenciado.

De esta manera, a través del tiempo, se ha logrado establecer los conceptos de niño, niña y adolescente en el derecho internacional, intentando dejar de lado el término “menor” con el cual no se les distinguía en absoluto y les otorgaba la calidad de un grupo inferior al resto de las personas, tal como es expresado por la Red por los Derechos de la Infancia en México: “El término “menor” fue un concepto acuñado para designar a la porción de la infancia nacida y crecida al margen de las políticas sociales. Su connotación en el universo de los niños de nuestra región es fuertemente estigmatizante. Mediante él se categoriza a los niños por lo que no saben, no tienen y no son, es decir por sus carencias, y se construye la imagen de “peligroso”. Menor es el abandonado y que por serlo es potencial delincuente”⁶.

En lo que atañe a nuestro sistema jurídico, la norma que define esta materia en derecho privado es el Código Civil, el cual señala que las edades dentro de las cuales se categorizan a los menores de edad son las siguientes: “Lámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y 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 dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”⁷. Concordante con dicha disposición, el Código también se refiere a la capacidad legal de los menores de edad en cuanto al efecto jurídico de ciertos actos que importan al derecho estableciendo en primer lugar que, en el caso de los impúberes, estos son absolutamente incapaces⁸, lo que quiere decir que, para que los actos de estas personas tengan validez, requieren ser realizados por su representante legal o serán considerados nulos, mientras

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Desarrollo en la adolescencia*. [En línea] <https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/> [Consulta: 05 de agosto de 2019]

⁶ RED LATINOAMERICANA Y CARIBEÑA POR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (REDLAMYC). *Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe. Impacto y retos a 20 años de su aprobación* [En línea] noviembre de 2009. <<https://www.derechosinfancia.org.mx/libro/%20balance%20regional%20interior%20web.pdf>> [Consulta 09 de agosto de 2019]

⁷ D.F.L. N°1. *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres 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*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. Artículo 26.

⁸ Ibid. Artículo 1447.

que, en el caso de los menores adultos, estos son categorizados como incapaces relativos, donde ciertos actos y contratos tienen validez en cuanto a su celebración y ejecución por sí mismos, mientras que otros, requieren de autorización del representante legal o simplemente actuación de este en favor del menor. Por otro lado, prescribe que no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes a cuyo cargo estén⁹.

Ahora bien, en cuanto a la normativa especializada en la materia, en Chile ha existido una constante evolución respecto a la determinación del concepto de infancia. De esta manera, en el año 1967 fue promulgada la ley N°16.618 que vino a modificar la primera Ley de Menores del año 1928, en la cual se establecía la creación de los Juzgados de Letras de Menores y la aplicación de esta únicamente a los menores de edad, sin perjuicio de las disposiciones especiales que establezcan otras edades para efectos determinados¹⁰, esgrimiendo además, que los menores mayores de catorce y menores de dieciséis años no eran imputables penalmente por lo que no se les podía aplicar pena alguna en los casos en que cometieran un delito y que a los adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, se les realizaba un examen de discernimiento de parte del juez para ver si se encontraban conscientes sobre el delito que cometieron, aplicándose en los casos en que fueren declarados con discernimiento la ley penal para adultos, siendo reclusos en los mismos centros que se encontraban disponibles para dicha población penal y en caso contrario, eran confiados a los establecimientos especiales de educación que determinara el juez sin un límite de tiempo específico. Sin embargo, dicha situación fue modificada en octubre de 1994 por medio de la ley N°19.343 la cual cambia una serie de artículos¹¹ de la ley N°16.618 y otros cuerpos legales, estableciendo la detención de menores de edad en establecimientos especialmente dispuestos para ellos, consolidando la erradicación de estos de las cárceles de adultos. Así, se instaura su retención únicamente en Comisarías, Subcomisarías de Menores, Centros de Tránsito y Distribución o Centros de Observación y Diagnóstico determinando que: *“En caso alguno el juez de letras de menores podrá ordenar el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos”*¹².

⁹ Ibid. Artículo 2319.

¹⁰ Ley N°16.618. *Fija el texto definitivo de la ley de menores*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 08 de marzo de 1967. Artículo 1.

¹¹ Artículos 16, 29 inciso final, 51 y 71 de la ley N° 16.618, artículo 347 bis A del Código de Procedimiento Penal y artículos 4 letra a y 5 letra a del decreto con fuerza de ley N° 1.385.

¹² Ley N°16.618. *Fija el texto definitivo de la ley de menores*. Op. Cit. Artículo 29 inciso final.

Posterior a esto, recién en el año 2004, se promulga la ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia y que considera como niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y adolescente a quienes tengan desde los catorce hasta los dieciocho años de edad cumplidos¹³, a lo que se suma, que en el año 2005 se instaura la ley N°20.084 que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal que viene a modificar lo esgrimido en la ley del año 1967 y a modernizar e instaurar por medio de garantías penales a los adolescentes como sujetos de derechos, siendo hoy en día todos los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años responsables en la ley penal, con derecho a defensa gratuita y enviados a centros especializados separados de la población carcelaria adulta y con sanciones que buscan fomentar y aumentar la reinserción, situación que viene a marcar una clara diferencia a lo que se encontraba establecido hasta la época, otorgando nuevas regulaciones en función de elementos jurídicos como la capacidad, responsabilidad, imputabilidad y el discernimiento, además de un adecuado tratamiento penal conforme a las necesidades de la población adolescente.

Por tanto, el concepto de infancia y niñez tal como lo conocemos hoy en día no ha sido siempre así, y más allá de establecer ciertos rangos etarios, es necesario considerar la gran importancia de que niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) gocen de plenos derechos durante esta etapa, teniendo en cuenta predominantemente aspectos cualitativos por sobre los cuantitativos que han sido los que se han trabajado desde que comenzó a surgir el derecho de infancia en el mundo. Por lo mismo, basta con considerar a la infancia dentro de sus características y necesidades propias para poder asegurar el pleno goce de sus derechos, tal como ha dado a entender el profesor Miguel Cillero Bruñol: *“Ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”*¹⁴.

¹³ Ley N°19.968. *Crea los tribunales de familia*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004. Artículo 16.

¹⁴ CILLERO Bruñol, Miguel. *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios*. Revista Infancia. Instituto Interamericano del Niño, 1997. P.4.

3.2 Desarrollo histórico internacional de los derechos del niño

A lo largo de la historia, el entendimiento de los derechos del niño como concepto jurídico se ha visto modificado drásticamente desde diversas perspectivas, ya sea desde la concepción de los infantes como parte de la propiedad de sus padres, pasando a ser simplemente objetos de protección hasta llegar a ser considerados sujetos de derechos, tal como se les conoce hoy en día.

Es así, como la primera noción que tenemos del concepto de niñez está relacionado directamente con el Derecho Romano, el cual entiende que el padre de familia o *pater familias* es quien ostenta los derechos de los menores de edad respecto a la patria potestad, capacidad jurídica, bienes y derechos sucesorios.¹⁵ Por lo tanto, el infante era considerado, tal como señala Sergio Alejandro Rea-Granados, un ser vulnerable y sin uso de razón durante los primeros años de vida, siendo además concebido como propiedad de terceros¹⁶. De esta manera, la infancia en esta época estaba determinada principalmente por su relación filial con el *pater familias*, quien es el que tenía plena capacidad de goce y ejercicio dentro del núcleo familiar. Más adelante, en el siglo XIII, en la época de las Siete Partidas, se promulgó la Ley N°8, Título 17 de la Partida IV, la cual prescribía lo siguiente: “*Por qué razones puede el padre vender o empeñar a su hijo. Aquejado estando el padre de gran hambre y teniendo tan gran pobreza, que no se pudiere socorrer de otra cosa, entonces puede vender o empeñar a sus hijos para que tenga para comprar que comer*”¹⁷.

En segundo lugar, podemos señalar que, durante la Edad Media, la niñez se vio muy postergada de las preocupaciones sociales o políticas de la época en general, dejando apartada la protección de los derechos humanos y específicamente los derechos de la infancia. En ese sentido, la visión social que se tenía sobre este grupo era más bien un rol económico dentro de la familia¹⁸.

¹⁵ REA-GANADOS, Sergio Alejandro. *Evolución del Derecho Internacional sobre la Infancia*. [En línea] International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. (29):147-192. Diciembre de 2016. <<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n29/1692-8156-ilrldi-29-00147.pdf>> [Consulta: 23 de agosto de 2019]

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Alfonso X Rey de Castilla y de León. *Las siete partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono: Rey Don Alfonso el Nono nuevamente glosadas, por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Magestad, con su reportorio muy copioso, assi del testo como de la glosa*. [En línea] 1565. <<https://doi.org/10.34720/gsxt-nc90>> [Consulta: 23 de agosto de 2019]

¹⁸ REA-GANADOS, Op. Cit. P. 152.

Ya en el siglo XVIII, en el derecho inglés nace el concepto de “bienestar del niño” (*welfare principle*) el cual vino a entregar cierta protección y beneficios a la niñez, pero solamente en el ámbito de la esfera privada, entendiendo a los hijos como parte de la propiedad de los padres. En ese sentido, las cortes inglesas reconocían esta figura, pero bajo la perspectiva de considerar al menor como objeto de protección y no como sujeto de derechos. Posteriormente, a mediados del siglo XIX, y debido al auge de la revolución industrial, principalmente en el sistema de producción de fábricas textiles, comienza a regularse el trabajo infantil, por medio de la Ley para la Mejor Conservación de la Salud y de la Moral de los Aprendices (1802), la cual prohibió el empleo de los niños en horas extremas y la Ley Reguladora de las Fábricas de Algodón (1819), que prohibió el empleo de las personas menores de nueve años¹⁹. Estas normas en principio fueron aplicadas solamente a fábricas textiles, sin embargo, en el año 1833 el parlamento británico aprobó el “Acta de Fábricas” (*Factory Acts*), otorgando una expansión a la legislación textil, aplicable a todo trabajo infantil industrial de la época, determinando en definitiva que: ningún niño menor de nueve años podía trabajar, los niños entre nueve y trece años podían trabajar máximo cuarenta y ocho horas a la semana, limitado a ocho horas diarias y, por último, que los niños entre trece y dieciocho años tenían jornadas de máximo doce horas. El Acta además estableció que los niños menores a trece años debían tener al menos dos horas de jornada escolar por día²⁰.

Por otro lado, en el derecho francés nos encontramos con la Ley de Reformas a la Ley de los Pobres (1868), la cual apuntaba a castigar al padre del niño en caso de demostrar que su salud se encontraba seriamente afectada, sin embargo, esta disposición no resultó ser muy efectiva. Posteriormente, a partir del año 1881, las leyes francesas comenzaron paulatinamente a garantizar el derecho a la educación. Así, la Ley de 28 de marzo de 1882 señalaba que la educación debía ser gratuita, laica y obligatoria, mientras que la Ley de 24 de julio de 1889 reguló la figura de la patria potestad, donde se incorporó por primera vez el concepto de interés del menor de edad en

¹⁹ PARLIAMENT UK. *Reforming society in the 19th century: Early factory legislation*. [En línea] <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/earlyfactorylegislation/>> [Consulta: 25 de agosto de 2019]

²⁰ PARLIAMENT UK. *Reforming society in the 19th century: The 1833 Factory Act*. [En línea] <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/factoryact/>> [Consulta: 25 de agosto de 2019]

Francia²¹, pero solamente respecto de infantes maltratados o moralmente abandonados por los progenitores. Dentro de este proceso, también es posible mencionar el Código Civil Napoleónico de 1804²², el cual entregaba la regulación de la vida familiar al derecho privado, otorgando poder absoluto sobre la infancia al progenitor.

Tal como se ha manifestado en los párrafos anteriores, la visión que se tenía respecto a la infancia estaba íntimamente relacionada a prestaciones que el Estado debía entregar a este grupo etario o más bien la forma en que los progenitores se relacionaban jurídicamente con estos, sin embargo, como veremos a continuación, esta visión acerca de la niñez vivió cambios paulatinos a finales del siglo XIX y a lo largo del primer tercio del siglo XX.

Debido a la falta de protección a favor de la infancia, y sumado al progresivo interés por parte de los reformadores sociales, médicos, pedagogos, educadores, pediatras, asociaciones de protección a la infancia y, en general, de los gobiernos, de internacionalizar las políticas protectoras de la infancia²³, una de las vías para paliar las problemáticas fue la realización de congresos, y el primero de estos fue en el año 1883, bajo el nombre de Congreso Internacional de Protección a la Infancia en París, el cual no tenía un enfoque jurídico, sino más bien una perspectiva que apuntaba a las condiciones en las que crecía la primera infancia y el cuidado de enfermedades comunes de la época.

Paralelamente a estas instancias, se crearon distintas organizaciones internacionales tales como la Asociación Internacional de Protección de la Infancia; la Unión Internacional para la Protección de la Infancia en la primera edad, institución que además promovió la realización de los congresos internacionales conocidos como “Gotas de Leche”, celebrados en París (1905), Bruselas (1907) y Berlín (1911), donde se discutieron principalmente los problemas médicos, de educación y legislación para la protección de la infancia; la Unión Internacional de Socorros de

²¹ RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Chileno*. [En línea] *Revista Chilena de Derecho*. Vol.42(2): 903-934. 2015. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007> P. 907. [Consulta: 26 de agosto de 2019]

²² *Código Civil Francés*. París, Francia, 21 de marzo de 1804. [En línea] <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f4.image>> [Consulta: 26 de agosto de 2019]

²³ DÁVILA, P. y NAYA, Luis. *La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional*. [En línea] *Encuentros en educación* (7): 71-93. 2006. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188>> P. 74 [Consulta: 26 de agosto de 2019]

Niños, creada en 1919 con el fin de ayudar a los millones de niños y niñas que quedaron en paupérrimas condiciones producto de la Primera Guerra Mundial y, por último, la Liga de Sociedades de la Cruz Roja²⁴.

La importancia de las organizaciones mencionadas anteriormente, reside en que colaboraron conjuntamente en la celebración del Congreso Internacional de Protección a la Infancia realizado en París en el año 1928 y por otro lado, promovieron la redacción de la primera Declaración Sistemática de los Derechos del Niño en el año 1923, iniciativa que fue rescatada y adoptada por la naciente Liga de las Naciones, con la cual surgió la primera Declaración sobre Derechos de los Niños o Declaración de Ginebra de 1924, dotando de naturaleza jurídica a su antecesora y destacándose por ser un breve texto donde se recoge en cinco párrafos los deberes de las naciones en los que debe fundarse la protección de la niñez, dando cuenta de la transición manifiesta entre la consideración de los niños como objeto de protección hacia la consideración como sujetos de derechos, porque si bien se nombra como la primera declaración sobre derechos de los niños, de su redacción se desprende de todas maneras que la niñez sigue siendo considerada como un objeto de protección²⁵. Así, nos encontramos con el siguiente preámbulo: *“Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia (...)*²⁶ y a continuación, señala las obligaciones que consagra el instrumento que dicen relación con el desarrollo material y espiritual de la niñez, el deber de alimento y de cuidado de la salud, recuperación e integración del infante delincuente, deber de ayuda al infante huérfano, brindar ayuda en tiempo de peligro, disponer de los medios para ganarse la vida, deber de ser protegido de cualquier explotación y el deber de ser educado en la conciencia de que sus talentos deben ser dedicados al servicio al prójimo. La Declaración, además, sirvió para perfilar inicialmente los derechos del niño, añadiendo y sistematizando derechos específicos e inspirando la elaboración de distintas declaraciones y tablas²⁷.

²⁴ Ibid. P. 76.

²⁵ REA-GANADOS, Op. Cit P. 160.

²⁶ *Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños*. Sociedad de Naciones (SDN). Ginebra, Suiza. 26 de diciembre de 1924. [En línea] <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2019]

²⁷ DÁVILA y NAYA, Op. Cit. P. 92.

Posteriormente, y debido a las dos guerras mundiales ocurridas en la primera mitad del siglo XX, es que existe una fuerte corriente de ideas destinada a evitar la ocurrencia de estos conflictos bélicos y en general mantener la paz, la seguridad internacional y respeto a los derechos humanos y las libertades, lo cual tuvo como consecuencia la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) en el año 1945 y de su agencia más importante en la materia, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el año 1946. De esta también derivó la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948, la cual reconoce por primera vez de forma explícita ciertos derechos de la niñez como igualdad en protección social²⁸, protección de la familia²⁹ y el derecho a la educación³⁰.

Más adelante, en el año 1959, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) elaboró un Decálogo de los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea General, el cual contempló derechos y libertades a favor de la niñez de forma explícita, donde resaltan principalmente sus artículos primero y segundo, que recogen el principio de no discriminación y el interés superior del niño respectivamente, además de otras innovaciones importantes, como el primer atisbo de definición de niño en su preámbulo, el derecho de los niños a tener padres y el derecho a un nombre y nacionalidad³¹.

Ahora bien, dentro de los beneficios del proceso evolutivo en el siglo XX, podemos evidenciar un posicionamiento de los derechos de la infancia dentro del contexto del derecho internacional y además, la concreción de instrumentos internacionales que dotaron de una garantía más efectiva los derechos consagrados en favor de este grupo haciendo más difícil su transgresión o derogación, sin perjuicio de que el cumplimiento de estos se encuentra entregado a la ratificación de los Estados y su efectiva ejecución. Sumado a lo anterior, el contenido y protección de los derechos de la niñez se universalizó, es decir, los derechos de la

²⁸ Resolución N°217 A. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), 10 de diciembre de 1948. Artículo 25. [en línea] <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf> [Consulta: 28 de agosto de 2019]

²⁹ Ibid. Artículo 16.

³⁰ Ibid. Artículo 26.

³¹ Resolución N°1386 (XIV). *Declaración de los Derechos del Niño*. Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), 20 de noviembre de 1959. [En línea] <<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Repblica%20Dominicana.pdf>> [Consulta: 28 de agosto de 2019]

infancia adoptaron un uso no diferenciado entre personas, ya que sus destinatarios fueron tomados en cuenta como seres humanos, sin restricción de ninguna especie³².

En último término, la máxima expresión de resguardo de los derechos de la niñez en el siglo XX y evidentemente hasta el día de hoy, es la CDN aprobada en el año 1989 la cual se enmarca dentro del contexto de expansión y positivización internacional de instrumentos internacionales universales y específicamente dentro del marco de los derechos humanos, dado que su principal importancia recae en la incorporación de derechos civiles y políticos a favor de NNA que constituyen un grupo de personas que no son efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, debido a tratos discriminatorios, privación de protección o porque las circunstancias de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección³³, por lo que su fin es que sean reconocidos como sujetos de derechos. Además, señala de manera más profunda un catálogo de derechos y principios específicos en favor de la infancia, como el interés superior del niño que si bien ya se había introducido en la Declaración del año 1959, es en este instrumento que se aprecia como pilar fundamental en el resguardo de sus derechos. Así lo manifiesta Miguel Cillero-Bruñol quien señala que la CDN no es una mera reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos para las particulares circunstancias de vida de la infancia y establece principios que regulan la protección conjunta de los derechos de este grupo en particular y de los adultos, tanto en sus derechos como deberes recíprocos³⁴, afirmando que esta: *“(...) es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia”*³⁵. A lo que se suma lo señalado por Daniel O’Donnell quien establece que: *“(...) la convención transforma al niño de objeto de derecho a recibir una protección especial en sujeto de una amplia gama de derechos y libertades; aclara el significado de prácticamente toda la gama de derechos humanos para los niños y adolescentes; establece un Comité Internacional de Expertos especializados en los derechos del niño, con nuevas competencias para la promoción de tales derechos. La Convención y su proceso de elaboración han contribuido a ampliar y hacer más dinámicas las actividades de las principales organizaciones internacionales cuyos mandatos abarcan la protección de la niñez, entre ellos el UNICEF”*³⁶.

³² REA-GANADOS, Op. Cit. P. 164.

³³ CILLERO, Op. Cit. P. 5.

³⁴ CILLERO. Loc. Cit.

³⁵ Ibid. P. 2

³⁶ O’DONELL, Op. Cit. P. 15.

Dicha especificación, se manifiesta en la redacción misma de la CDN y principalmente en la incorporación de cuatro principios básicos que son transversales a todos los derechos consagrados en la misma. El primero de estos principios es el de no discriminación³⁷, el cual dice relación con aplicar todos los derechos consagrados en la CDN sin excepciones, además de obligar a los Estados a tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda discriminación; en segundo lugar, nos encontramos con el interés superior del niño³⁸, el cual señala que todas las medidas que afecten a los niños deben estar basadas en la consideración a este principio; en tercer lugar, nos encontramos con el derecho a la vida y la supervivencia³⁹, el cual establece justamente que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar este y posibilitar la supervivencia y el desarrollo del mismo y, por último, se encuentra el de participación y el derecho a ser escuchado⁴⁰ que dice relación con el derecho del niño a expresar su opinión y que esto se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan.

Ahora bien, los principios consagrados en el párrafo anterior se ven cristalizados más claramente en la basta articulación de la CDN, que a su vez ha sido motivo de una serie de análisis e intentos de estructuración conforme a diversos criterios, sin embargo, resalta una clasificación que dice relación con los criterios establecidos por el Comité en sus recomendaciones para el cumplimiento de los informes de los respectivos Estados Parte. Es así como los derechos consagrados en la CDN pueden ser agrupados en cuatro categorías básicas⁴¹: satisfacción de las necesidades básicas de la infancia (atención salud y servicios médicos, seguridad social, nivel de vida, educación y desarrollo de la personalidad y juego)⁴², garantía de los derechos civiles y políticos (nombre y nacionalidad, libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión, asociación, opinión del niño, protección a la vida privada, participación, de acuerdo con su capacidad y desarrollo)⁴³, colaboración con la familia respetando sus derechos y obligaciones (dirección y orientación de padres y madres para el ejercicio de los derechos del niño, separación de padres y madres, la reunificación familiar)⁴⁴ y protección y atención a los niños y niñas en

³⁷ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit. Artículo 2.

³⁸ Ibid. Artículo 3.

³⁹ Ibid. Artículo 6.

⁴⁰ Ibid. Artículo 12.

⁴¹ DÁVILA Y NAYA. Op. Cit. P.81.

⁴² Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit. Artículos 6, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31.

⁴³ Ibid. Artículos 7, 8, 12, 13, 14, 15, 16 y 17.

⁴⁴ Ibid. Preámbulo y artículos 5, 6, 9, 10 y 18.

situaciones vulnerables y contra toda forma de explotación y violencia (malos tratos, explotación laboral, tráfico de drogas, explotación sexual, venta o trata de niños, tortura, pena de muerte⁴⁵ y retención ilícita de niños, niños privados de medio familiar, adopción, niños refugiados, niños impedidos mental o físicamente, niños pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas, conflictos armados, justicia del menor y reintegración social)⁴⁶.

Por otro lado, la CDN consagra la existencia del Comité, órgano independiente⁴⁷, compuesto por un grupo de expertos elegidos por los Estados Parte de esta, con el fin de supervisar su aplicación en estos. También, se erige como ente competente para supervisar los protocolos facultativos del mismo instrumento internacional, a lo que se suma, la obligación de los Estados Partes de presentar, en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada uno de ellos haya entrado en vigor la CDN y en lo sucesivo, cada cinco años, informes periódicos ante el Comité, con el fin de dar cuenta de “ (...) *las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de estos derechos*”⁴⁸. Una vez entregado este informe, el Comité deberá presentar observaciones finales que contengan sus preocupaciones y recomendaciones a cada Estado Parte teniendo, además, la facultad de pedir a los Estados más información relativa a la aplicación de la CDN.

Otro aporte importante del Comité es la realización de Observaciones Generales sobre la CDN, con el fin de ayudar a una adecuada interpretación y aplicación de la misma, entendiendo que este instrumento en su redacción tiene un alcance universal e integrador pero que de todas maneras existen cuestiones que no cuentan con la debida atención, ya que puede haber interpretaciones erróneas o insuficientes, o bien es necesario abordar nuevos aspectos de preocupación más reciente.

Otros instrumentos relacionados con la CDN son los Protocolos Facultativos, los cuales deben entenderse como mecanismos jurídicos que complementan y profundizan ciertas cuestiones contenidas en un instrumento internacional en general, además el hecho de que sean facultativos indica claramente que no vincula ipso facto a los Estados al ratificar el tratado original, sino que posee mecanismos de ratificación independientes del tratado que complementa

⁴⁵ Ibid. Artículos 19, 32, 33, 34, 35, 36 y 37.

⁴⁶ Ibid. Artículos 11, 20, 21, 22, 23, 30, 38, 39 y 40.

⁴⁷ Ibid. Artículo 43.

⁴⁸ Ibid. Artículo 44.

e incluso no se encuentran condicionados a la ratificación del instrumento principal para realizar el mismo acto con el protocolo. Esta técnica no es ajena a la CDN donde a la fecha se han desarrollado tres Protocolos Facultativos: en primer lugar, el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, en segundo lugar, el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y, en tercer lugar, el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Finalmente, cabe recalcar, que de forma paralela a la CDN se constituye una nueva figura legal, consistente en la adquisición de legitimidad activa por parte de la infancia para denunciar abusos y transgresiones a sus derechos ante los órganos y/o tribunales internacionales, sin perjuicio de la necesidad de ratificación de los instrumentos internacionales por parte de los Estados. Esto determina un cambio de la perspectiva jurídica tradicional de que los menores de edad son incapaces de exigir sus derechos mientras que, bajo esta nueva instancia, los infantes si pueden en caso de transgresión de sus derechos humanos, ejercer personalmente una denuncia ante tribunales internacionales⁴⁹.

A modo de conclusión, respecto a la evolución internacional del derecho a la infancia, podemos decir que aproximadamente hasta la primera mitad del siglo XIX el resguardo y protección de la niñez estaba entregado enteramente al derecho privado y a la potestad de sus progenitores en cuanto al ejercicio de sus derechos como personas, sin embargo, desde la fecha señalada, comenzaron algunos atisbos de regulación y garantía por parte del Estado pero siempre apuntando a la niñez como un objeto de protección en desventaja respecto a la sociedad. Posteriormente, y debido al profundo impacto producido por la Primera y Segunda Guerra Mundial, el derecho de infancia comenzó a profundizarse al alero de la expansión del derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual la protección entregada por los Estados aumentó considerablemente, naciendo de manera mucho más radical, la concepción de sujetos de derechos, quienes ahora además de contar con derechos entregados a la responsabilidad y cumplimiento de los Estados, son titulares de los mismos, existiendo en caso de transgresión, la posibilidad de denunciar y reclamar personalmente por su cumplimiento y garantización.

⁴⁹ REA-GANADOS, Op. Cit. P.166.

3.3 Desarrollo histórico nacional de los derechos del niño

En el derecho chileno, es posible encontrar atisbos de protección a la infancia desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX, por medio de la intervención de la Iglesia e instituciones y agrupaciones de carácter privado enfocadas en la ayuda caritativa y benéfica principalmente de niños pobres y abandonados.

Durante toda esta época, no existió una mayor intervención por parte del Estado, donde incluso se evidenció una actitud neutralizadora en la infancia considerada como “problemática”. Es así, como se crearon instituciones penales para el castigo de niños y adolescentes, siendo la primera de estas la Escuela Correccional de Niños de Santiago del año 1896. Sin embargo, debido a la falta de preocupación estatal en la creación de instituciones que permitieran un tratamiento diferenciado entre la población adulta e infantil en materia penal, es que continuaron los internamientos en cárceles sin un mayor cuidado o supervisión de los infantes. Además, en virtud de la fuerte tendencia civilista recogida del derecho romano, la autoridad paterna o *pater familias* tenía una gran predominancia, influenciando fuertemente al derecho penal sin una mayor intervención estatal que la ya mencionada⁵⁰.

Por otra parte, en el ámbito de la educación, y a pesar de la rápida evolución que tuvo esta en los países más desarrollados, no fue hasta el año 1860 que en Chile se estableció la Ley General de Instrucción Primaria, siendo la primera normativa que otorga directrices respecto a la educación de los niños. Esta, en términos generales, estableció un sistema de educación pública gratuita, garantizada y supervisada por el Estado por medio de la creación de la Inspección de Educación Primaria sumado al establecimiento explícito de la libertad de enseñanza que perdura hasta nuestros tiempos, sin embargo, el mayor problema una vez promulgada la ley fue que la obligación de los padres de enviar a sus hijos a los establecimientos educacionales no era supervisada por el Estado, lo que permitía que los niños, en especial los de sectores populares no acudieran a las escuelas⁵¹. Así, a pesar de no avanzar en temáticas de derecho de infancia, esta ley comenzó a otorgar la infraestructura educativa y las bases necesarias para un acceso a la educación primaria de manera universal y obligatoria, situación que con el cambio de paradigma de la época,

⁵⁰ FARÍAS, Op. Cit. P. 191.

⁵¹ MUSEO DE LA EDUCACIÓN GABRIELA MISTRAL. *Construcción del Estado Docente en Chile (1860-1920)*. [En línea] <https://www.museodelaeducacion.gob.cl/648/w3-article-25830.html?_noredirect=1> [Consulta: 29 de agosto de 2019]

derivó, después de 18 años de presentado el proyecto en el Congreso, en la promulgación de la ley N°3.654 del año 1920, denominada Ley de Instrucción Primaria Obligatoria que buscó una mejor fiscalización del acceso a la educación para infantes y adolescentes, además de la incorporación de escuelas normalistas que formaban a los profesores que trabajaban en la educación pública, por lo que la implementación de esta ley vino a significar un avance en la educación chilena, mejorando los niveles de escolaridad.

Por otro lado, en cuanto a la protección y el desarrollo de los derechos de los niños como tal, se comienza a gestar una fuerte preocupación y apoyo social a finales del siglo XIX, el cual se suma al creciente desarrollo de la cuestión social y la implementación de las políticas de bienestar. De esta manera, en el año 1912 se manifiesta el primer esbozo normativo del derecho de infancia en Chile por medio de la ley N°2.675 de Protección de la Infancia Desvalida, que vino a regular las situaciones de los menores que se encontraban abandonados, penalizando el actuar de adultos que realizaban estos actos y otorgando facultades a las casas correccionales para hacerse cargo de ellos en los casos en que así fuese determinado por el tribunal⁵².

Posteriormente, en el año 1928 y por medio de la Ley N°4.447, fue promulgada en Chile la primera Ley de Menores, regulando aspectos más bien organizacionales del sistema de juzgamiento y ejecución de penas, creando y estableciendo institucionalmente la Dirección General de Protección de Menores junto a un Consejo Consultivo y los Jueces de Menores, organismos y magistrados que hasta el momento no existían, y que permitió al menos otorgar un ente fiscalizador y de ejecución de derecho diferenciado a la población en su generalidad.

Luego de 40 años de esta ley, en el año 1967 surge la ley N°16.618, la cual consistió en una nueva Ley de Menores, que en virtud de las distintas transformaciones e influencias internacionales sobre el derecho de infancia, su enfoque principal era realizar cambios a la institucionalidad establecida por el instrumento anterior, con el fin de otorgar a NNA una normativa un poco más clara respecto a su protección y derechos, dejando más bien de lado la idea concebida hasta esa época de que los menores de edad son objetos problemáticos que deben ser neutralizados. En esta ley, se determina la creación de una serie de organismos encargados exclusivamente de aspectos de la infancia, tales como: el Consejo Nacional de Menores que

⁵² FARÍAS, Op. Cit. P 191.

constituía una persona jurídica de derecho público funcionalmente descentralizada cuyas funciones a grandes rasgos consistían en planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y la organización de las entidades y servicios públicos o privados, que presten asistencia y protección a los menores en situación irregular⁵³; el Departamento en la Dirección General de Carabineros denominado “Policía de Menores” que se encargaba de ejercer acciones de control, fiscalización, denuncia y apoyo directo a los menores de edad y por último, la creación de los Juzgados de Letras de Menores quienes eran los encargados de aspectos determinados hoy en día por el derecho de familia. Sin embargo, dichos cambios y enfoques normativos no tuvieron una real incidencia en la práctica, en donde si bien se estableció una mayor cantidad de organismos y control como los ya mencionados, se mantuvo el espíritu de la ley del año 1928⁵⁴.

Es así, como a pesar de los esfuerzos, este modelo como tal no pudo ser implementado del todo o con la cantidad de tiempo adecuado para poder analizar los resultados de su puesta en marcha producto de la dictadura que comenzó en Chile el año 1973 hasta el año 1990. De esta manera, el proceso de reconocimiento y establecimiento del derecho de infancia que se había buscado gestar hasta la época, comenzó a vivir grandes cambios producto de la privatización de las prestaciones sociales, situación que fue llevada a cabo específicamente por medio del Decreto Ley N°2.645 del año 1979 que crea el Servicio Nacional de Menores (SENAME).

Posteriormente, a partir de la restauración del sistema democrático en Chile y producto de la sistemática violación a derechos humanos que existió en nuestro país durante la dictadura y que incluyó también entre sus víctimas a NNA, es que comenzó a cuestionarse radicalmente el derecho de infancia aplicado y estructurado hasta el momento, y empezando a influir en la estructura de nuestro país, organizaciones y modelos normativos internacionales donde el estatus jurídico de los NNA fue duramente cuestionado en cuanto a la represión o neutralización de estos sujetos como problemas para el Estado o más bien como objetos de mera regulación y protección buscando terminar con esto y llegar al estatus jurídico y concepción internacional actual predominante de sujetos de derechos. De esta manera, en el año 1990, Chile también ratifica la CDN y tal como establece la profesora Ana María Farías, se otorga un mayor nivel de

⁵³ Ley N°16.618. *Fija el texto definitivo de la ley de menores*. Op. Cit. Artículo 2.

⁵⁴ MEMORIA CHILENA BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. *La infancia en el siglo XX: Leyes de protección a la infancia*. [En línea] <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-95303.html>> [Consulta: 29 de agosto]

compromiso y obligaciones con las cuales se debe comenzar a cumplir y para lo cual es necesario una serie de reformas posteriores⁵⁵.

Por lo tanto, y a modo de conclusión de la historia de la infancia en nuestro país, en el transcurso de los años en estudio, nunca existió la implementación adecuada de un modelo justo ni de debida protección a los derechos de NNA de nuestro país, sino que siempre se trató del establecimiento concreto del Estado como un ente con excesivas atribuciones tutelares sobre los menores de edad, tratándolos como objetos de regulación por medio de mecanismos del todo incompatibles con los modelos actuales de derechos de infancia. Sin embargo, actualmente nos encontramos frente a un sistema que ha buscado instaurar la tan ansiada titularidad de derechos de los NNA por medio de distintos reconocimientos normativos tanto internacionales como nacionales, pero que, a pesar de esto no se ha constituido un ejercicio real sobre los mismos. Por ende, aún está pendiente en nuestro país la consagración efectiva de los menores de edad como sujetos de derechos, donde más allá de las consignaciones jurídicas, las vulneraciones de derecho continúan presentes en todo orden de cosas y lo establecido normativo, institucional y legalmente aún no es suficiente.

⁵⁵ FARÍAS, Op. Cit. P. 220.

4 Capítulo II: Interés superior del niño en el derecho internacional

4.1 Sistema Universal de Derechos Humanos

4.1.1 Interés superior del niño como principio anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño

Tal como hemos señalado en el capítulo anterior, el interés superior del niño es un principio que fue cristalizado en su máxima expresión en la CDN del año 1989 y posteriormente desarrollado por la Observación General N°14 del Comité, sin perjuicio de encontrar sus primeros antecedentes normativos en el derecho francés, italiano e inglés⁵⁶. Sin embargo, su entendimiento ha sido discutido, ya que no es un concepto que genere consenso debido a su indeterminación y amplitud. En este sentido, los autores Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet han sintetizado su desarrollo de la siguiente manera: *“Se deduce que el interés del menor ha experimentado un proceso de transformación profunda, pasando a ser un principio inexistente e inimaginable, a convertirse, posteriormente, en un principio implícito en bueno número de normas y resoluciones judiciales, para, finalmente, en el estadio actual, convertirse en una realidad contemplada expresamente en nuestro sistema normativo, basada en una concepción teleológica del Derecho”*⁵⁷.

Ahora bien, en el derecho internacional propiamente tal, hay autores⁵⁸ que afirman que existe un incipiente reconocimiento del interés superior del niño en la Declaración de Ginebra del año 1924, lo que se manifiesta en su forma de redacción, utilizando frases imperativas que dicen relación con “darles a los niños lo mejor”⁵⁹ y específicamente en su principio III que versa sobre la obligación de socorrer primero a los niños en caso de calamidad.

Posteriormente, la Declaración de los Derechos del Niño del año 1959 lo recoge expresamente, estableciendo que: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar*

⁵⁶ RAVETLLAT y PINOCHET, Op. Cit. P. 907.

⁵⁷ Ibid. P. 905.

⁵⁸ Ibid. P. 908.

⁵⁹ CILLERO, Op. Cit. P. 7.

leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño⁶⁰. Sin embargo, se ha criticado su redacción debido a que limitó la noción del principio únicamente a los órganos legislativos, señalando que debe tenerse como consideración fundamental en la promulgación de leyes de protección de NNA, pero no se realiza mención alguna a otros ámbitos en donde debiera ser tomado en cuenta, como en los casos en que se desarrolla algún tipo de medida que afecta directa o indirectamente a las personas menores de edad⁶¹.

Por último, también existieron referencias al principio en cuestión en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, respecto a la obligación de los padres y madres como progenitores de preocuparse de la educación de sus hijos⁶² y, por otro lado, en relación a que los progenitores tendrán los mismos derechos y responsabilidades respecto a sus hijos⁶³ y en ambos casos la consideración primordial serán los intereses de estos últimos.

4.1.2 Interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño

Tal como ya se ha mencionado, la CDN se erige como el pilar fundamental del cambio de paradigma en el trato de la infancia y la adolescencia como sujetos de derechos y no como objetos de protección. Apuntando, además, a una protección integral de los derechos de este grupo, enfocándose justamente en el mentado principio y guardando su fundamento en la dignidad del ser humano, las características propias de NNA y, en definitiva, en la necesidad de propiciar el máximo desarrollo y aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza⁶⁴.

4.1.2.1 Análisis jurídico del interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño

Hecha dicha precisión acerca de la importancia de la CDN, cabe referirse a la forma en que esta recoge el principio del interés superior del niño, señalando específicamente que “En todas

⁶⁰ Resolución N°1386 (XIV). *Declaración de los Derechos del Niño*. Op. Cit. Principio II.

⁶¹ RAVETLLAT y PINOCHET, Op. Cit. P. 910.

⁶² Decreto N°789. *Promulga la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 18 de diciembre de 1979*. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 27 de octubre de 1989. Artículo 5.

⁶³ Ibid. Artículo 16.

⁶⁴ CAMPOS, Shirley. *La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia*. [En línea] *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (50): 351-378. 2009. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>> P. 356. [Consulta: 06 de septiembre de 2019]

las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁶⁵. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de analizar de manera más precisa el alcance de la CDN, el Comité ha desarrollado una serie de Observaciones Generales de la misma para lograr una mejor interpretación y aplicación de las normas que el instrumento consagra, siendo de especial relevancia en este caso la Observación General N°14. En dicho documento, se desarrolla un análisis jurídico del artículo tercero de la CDN, separándolo en cuatro aspectos con el fin de indicar su alcance e interpretación:

- “En todas las medidas concernientes a los niños”

Acorde a lo esgrimido por el Comité, se considerará todas las decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos e incluso las omisiones o inactividades, dado que “(...) en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá”⁶⁶. Además, el término concernientes se refiere a dos situaciones: cuando las medidas y decisiones se relacionen directamente con niños y cuando se trate de otras medidas que no vayan dirigidas directamente, pero que repercuten de manera importante a un niño, grupo de niños o a los niños en su generalidad. Y, por último, en cuanto al concepto “niños”, se establece con absoluta claridad que hace referencia a todas las personas menores de 18 años sin ningún tipo de discriminación, tanto en su espectro de derecho individual como colectivo, que son las dos esferas de aplicación del interés superior, acorde a lo señalado en la Observación General N°11⁶⁷.

- “Las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”

⁶⁵ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit. Artículo 3 párrafo 1.

⁶⁶ Observación general N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Comité de los Derechos del Niño. [En línea] 2013. <https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc> P. 7. [Consulta: 12 de septiembre de 2019]

⁶⁷ Observación general N°11 (2009) *sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*. Comité de los Derechos del Niño. [En línea] 2009. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.GC.C.11_sp.doc> Párrafo 30. [Consulta: 12 de septiembre de 2019]

Este apartado, según lo establecido por el Comité, hace especial referencia a la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior dentro de sus actuaciones. En cuanto a las instituciones, el artículo no debe ser interpretado de forma restrictiva ni limitarse solo a aquellas que tengan un enfoque social, sino que “(...) *entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos*”⁶⁸. Respecto a los tribunales, estos también son entendidos en términos amplios, aludiendo a todos los procedimientos judiciales que tengan relación con la infancia en su generalidad, estableciéndose que, en el caso del derecho penal, el principio en cuestión será aplicado tanto a niños en conflicto con la ley como en contacto con ella y en el ámbito civil teniéndolo en cuenta en todas las decisiones y situaciones tanto del procedimiento como sustantivas. Ahora bien, en relación a las autoridades administrativas, es de público conocimiento que sus decisiones abarcan un espectro muy amplio, por lo que respecto a aquellas que sean específicas y que tengan relación con niños, deben ser guiadas por el principio del interés superior. Y, por último, en cuanto a los órganos legislativos, estos son quienes ponen de manifiesto la intención de que el artículo tercero haga referencia a los niños en general, debiendo encontrarse en cualquier ley, reglamento o convenio de forma explícita.

- “*El interés superior del niño*”

El Comité es enfático en admitir la complejidad de la aplicación e interpretación concreta del interés superior del niño, siendo un concepto más bien flexible y adaptable, dado que: “*Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general*”⁶⁹.

Además, se establece que los Estados tienen la obligación de aclarar cuál es el interés superior de todos los niños y que este se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños, debiendo ocuparse también para cuando existan conflictos entre normas o derechos. A

⁶⁸ Observación General N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Op. Cit. P. 8.

⁶⁹ Ibid. P. 9.

lo que se suma la importancia de “(...) un proceso continuo de valoración de los efectos sobre los derechos del niño, a fin de prever las consecuencias de cualquier proyecto de ley o propuesta de política o asignación presupuestaria”⁷⁰, lo que se condice directamente con la intención de ir continuamente regulando que no queden espacios o márgenes para la manipulación, considerando la flexibilidad del concepto y que este permite ser adaptado a la situación concreta.

- “Una consideración primordial a que se atenderá”

Tiene directa relación con que el principio en cuestión no puede encontrarse al mismo nivel que los demás debido a la situación especial de los niños como sujetos de derechos, dado que: “Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar”⁷¹.

Sumado a lo anterior, además de considerarse este principio en forma general, se encuentra consagrado en diversas normas que lo reconocen expresamente en situaciones particulares con mayor detalle⁷². Por lo mismo, es relevante destacar la forma en que se encuentra consagrado en función de la institución de la adopción: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”⁷³, donde la importancia reside en que se acentúa el interés superior del niño como “la consideración primordial” y no simplemente como “una consideración primordial”, indicando que para la materia en cuestión el principio debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada a la materia, tal como se establece en el artículo tercero.

4.1.2.2 Interpretación del interés superior del niño

Ahora bien, sin perjuicio de la recepción del interés superior del niño como un principio fundamental para la niñez y su expresión en distintas situaciones específicas donde debe aplicarse,

⁷⁰ Ibid. P. 10

⁷¹ Ibid.

⁷² Véase: artículo 9 (Separación de los padres); artículo 10 (reunión de la familia); artículo 18 (obligaciones de los padres); artículo 20 (privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado); artículo 21 (adopción); el artículo 37 c) (separación de los adultos durante la privación de libertad), y el artículo 40, párrafo 2 b) iii), (garantías procesales, incluida la presencia de los padres en las audiencias de las causas penales relativas a los niños en conflicto con la ley).

⁷³ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*. Op. Cit. Artículo 21.

eso nada nos dice acerca del contenido detallado y mucho menos nos da una definición como tal del concepto. La razón que subyace a estas interrogantes dice relación con la categoría del principio, el cual es de aquellos entendidos como “conceptos jurídicamente indeterminados”, puesto que, tal como señala Soledad Torrecuadra, es muy difícil entregar una definición concreta única y útil, aplicable a todos los casos en que debe aplicarse el interés superior del niño, debido a la heterogeneidad de sus titulares, lo que a su vez, se explica al reparar en que ningún niño como sujeto individual y mucho menos como sujeto colectivo, es igual a otro, e incluso, existen necesidades distintas en función de la circunstancia particular de afectación y resguardo de los derechos de cada uno⁷⁴. Para soslayar esta dificultad de establecer una definición clara y concreta del principio, el Comité ha señalado que el interés superior del niño debe ser entendido como un concepto triple: como un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento.

4.1.2.2.1 Interés superior del niño como derecho sustantivo

En primer lugar, debe ser entendido como un *derecho sustantivo*, es decir, es el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta para sopesar los intereses convergentes en una decisión particular, y a su vez la garantía de que el derecho se utilice siempre que se tome una decisión que afecte a un niño, grupo de niños o niños en general. En ese sentido, Miguel Cillero ha dicho que el interés superior del niño es un “principio jurídico garantista”⁷⁵, lo que implica que la importancia de este reside en dos aspectos: por un lado, consiste en una norma de ponderación frente a la aplicación de otros derechos igualmente reconocidos en donde debe primar el interés superior y por otro, que este se materializa como una garantía de la vigencia de los demás derechos consagrados, limitando a las autoridades en su actuar, sin poder realizar actuaciones discrecionales, sino que siempre en directa relación con este principio y en la satisfacción de los derechos de los niños.

El Comité también ha señalado que el objetivo del concepto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN, y en vista de que no existe una

⁷⁴ TORRECUADRA, Soledad. *El interés superior del niño*. [En línea] *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Vol. XVI: 131-157. 2016. <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/523/12413>> P. 140. [Consulta: 16 de septiembre de 2019]

⁷⁵ CILLERO, Op. Cit. P. 8.

jerarquía de derechos, es que se debe entender que todos los previstos en esta responden al principio en cuestión y, por lo tanto, ningún niño debería verse perjudicado por una interpretación negativa⁷⁶.

4.1.2.2.2 Interés superior del niño como principio jurídico interpretativo fundamental

En segundo lugar, el interés superior del niño debe entenderse como un *principio jurídico interpretativo fundamental*, el cual será utilizado cuando una disposición jurídica admite más de una interpretación, situación en que se optará por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior. En ese sentido “(...) *toda norma que haya de aplicarse en una situación que afecte real o potencialmente a un menor ha de interpretarse a la luz de su interés superior, lo que nos conduce a que el órgano encargado de la aplicación de una norma ha de considerar, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que nos pueda aportar una norma aplicable a un caso que afecta directa o indirectamente a un niño, hemos de considerar aquella que satisfaga en mayor medida el interés de este último*”⁷⁷.

Esta recepción y forma de comprender el principio permite evidentemente una mayor expansión, flexibilidad y aplicación de este en cada caso específico que sea requerido, erigiéndose como un concepto dinámico que evoluciona constantemente. En ese sentido, hay que considerar que la discrecionalidad del encargado particular de la interpretación y aplicación es necesaria, en tanto el principio debe adaptarse a las circunstancias concretas de uso, sin embargo, supone también una contradicción que puede ser perjudicial, pudiendo utilizar el principio “(...) *tanto para reafirmar los derechos de los niños, niñas y adolescentes como para negarlos, y en ambos casos se hará en aras de la protección de la persona menor de edad*”⁷⁸. Al respecto, Miguel Cillero también se ha referido al tema señalando que “(...) *una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos*”⁷⁹. Esto nos hace entender que evidentemente, el interés superior del niño debe superponerse a intereses y convicciones personales, pero incluso cuando existan intereses legítimamente protegidos, la CDN exige considerar con cierta prioridad a la infancia.

⁷⁶ Observación General N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Op. Cit. P. 10.

⁷⁷ TORRECUADRA, Op. Cit. P. 140.

⁷⁸ RAVETLLAT y PINOCHE, Op. Cit. P. 916.

⁷⁹ CILLERO, Op. Cit. P. 12

Al respecto, también es relevante lo apuntado por el Comité en cuanto a la aplicación del principio, lo que requiere de un ejercicio en dos fases: la primera, dice relación con la evaluación del interés superior del niño en el caso concreto, entendido esto como la valoración y ponderación de todos los elementos necesarios en una determinada situación⁸⁰, y la segunda consiste en la prosecución de un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada al derecho.

4.1.2.2.3 Interés superior del niño como norma de procedimiento

En tercer y último lugar, el interés superior del niño debe ser entendido como una *norma de procedimiento* en la toma de decisiones, incluyendo una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en el niño o los niños interesados, cuestión que está directamente relacionada con la segunda fase de aplicación del principio mencionado en el apartado anterior. Esta concepción incluye evidentemente garantías y salvaguardas procesales que los órganos y personas encargadas de las decisiones deben seguir para dar cumplimiento al mentado principio. En ese sentido, el Comité enuncia una serie de elementos a considerar: el derecho del niño a expresar su propia opinión, la determinación de los hechos, la percepción del tiempo, los profesionales cualificados, la representación letrada, la argumentación jurídica, los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y la evaluación del impacto en los derechos del niño.

4.1.2.3 Relación con otros principios de la Convención sobre los Derechos del Niño

Tal como se mencionó anteriormente, el Comité ha interpretado y definido los cuatro principios fundantes o rectores que constituyen a la CDN respecto de todo su texto normativo, posicionándolos como directrices generales basales a considerar en el derecho de infancia.⁸¹ Dentro de estos, se encuentra el interés superior del niño, por lo que resulta relevante entender su alcance, contenido y relación con los otros principios:

⁸⁰ Reforzando esta indicación, el Comité ha desarrollado una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica para realizar el ejercicio interpretativo y tomar en definitiva una decisión acorde a lo planteado por el principio en cuestión: la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud y a la educación. En Observación General N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Op. Cit. P. 12.

⁸¹ Ibid.

- *El de igualdad y no discriminación*⁸².

En la Observación General N°14, se constituye este derecho no como una mera obligación pasiva de prohibición, sino que también “(...) exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de los derechos enunciados en la Convención”⁸³.

- *El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo*⁸⁴.

Los Estados deben ser capaces de enfocar sus políticas en virtud de asegurar el desarrollo holístico de los niños y crear un entorno en función de la dignidad humana que merecen⁸⁵.

- *Participación y derecho a ser escuchado*⁸⁶.

Tanto la Observación General N°12 como la N°14, establecen el vínculo intrínseco que tiene este principio con el del interés superior del niño, dada su función complementaria: “(...) el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3 párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”⁸⁷.

De esta manera, se contraponen y enlazan al momento en que uno u otro se considere dentro de la normativa aplicable, siendo de vital importancia tener en cuenta la evolución de las facultades del niño establecidas en el artículo quinto de la CDN, dado que mientras más experiencias y comprensión, así como capacidades de comunicación tengan los niños, su opinión deberá ser de mayor forma considerada en la evaluación de su interés superior⁸⁸.

⁸² Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*, Op. Cit. Artículo 2.

⁸³ Observación General N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Op. Cit. P. 11.

⁸⁴ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*, Op. Cit. Artículo 6.

⁸⁵ Observación General N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Loc. Cit.

⁸⁶ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*, Op. Cit. Artículo 12.

⁸⁷ Observación general N°12 (2009) *sobre el derecho del niño a ser escuchado*. Comité de los Derechos del Niño. [En línea] 2009. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>> Párrafos 70 a 74 [Consulta: 23 de septiembre de 2019]

⁸⁸ Observación General N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Op. Cit. P. 12.

4.1.2.4 Obligaciones de los Estados para su aplicación

En último término, ya habiendo analizado la consagración formal del principio a lo largo de la CDN y de las distintas interpretaciones y perspectivas en que debe ser utilizado el mismo, ahora cabe referirnos a las obligaciones que los Estados Partes asumen para el cumplimiento de las distintas formas en que el principio se manifiesta y para esto, es fundamental desglosar los tres tipos de obligaciones establecidas en el artículo tercero párrafo primero de la CDN: la garantía de que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, que se vele porque todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial y, por último, la obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado.

En ese sentido, para dar cumplimiento a estas obligaciones, los Estados Partes deben adoptar una serie de medidas de conformidad con la CDN⁸⁹, con el fin de velar porque el interés superior del niño sea una consideración primordial en todas las actuaciones: examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho velando por la incorporación expresa del principio; reafirmar el principio en la coordinación y aplicación de políticas estatales; establecer mecanismos y procedimientos de denuncia, curso o reparación en la ejecución de procedimientos administrativos y judiciales; establecer, supervisar y evaluar la reunión de datos; velar porque el interés superior del niño se explicita claramente; proporcionar información y capacitación sobre el artículo tercero párrafo primero y su aplicación efectiva a todos los responsables de la toma de decisiones que afecten directa o indirectamente a niños y niñas; proporcionar a los niños información adecuada utilizando un lenguaje que puedan entender, así como a sus familiares y cuidadores y luchar contra todas las actitudes negativas y prejuicios que impiden la plena efectividad del derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial⁹⁰.

⁸⁹ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*, Op. Cit. Artículos 4, 42 y 44, párrafo 6.

⁹⁰ Observación General N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Op. Cit. Pp 5-6.

4.2 Regulación comparada

Con el fin de tener un análisis comparativo de la realidad del derecho de infancia en Chile, y particularmente respecto al interés superior del niño en relación al derecho internacional, es necesario analizar las directrices que se han ido planteando y consagrando a nivel latinoamericano por medio de sistemas normativos bastante cercanos y parecidos al nuestro, y así tener referencias y un punto de partida claro desde donde debe situarse nuestro país para continuar avanzando en estas materias.

4.2.1 Argentina

Actualmente en la normativa argentina, se encuentra vigente la ley N°26.061⁹¹ denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes la cual fue promulgada el 21 de octubre de 2005 y que aplica conjuntamente con su reglamento establecido por medio del Decreto Nacional N°415 del año 2006. En dichos cuerpos legales, se configuran distintas referencias y determinaciones explícitas sobre el principio del interés superior del niño, señalando a priori que el objeto de la ley es que los derechos reconocidos en esta se encuentran asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados por el principio del interés superior⁹².

A continuación, y con el fin de otorgar los parámetros y directrices normativas claras con las que se debe juzgar a la infancia, definen este principio junto a aspectos delimitantes a considerar y sus respectivos espectros de aplicación, incluyendo además, la prevalencia del interés superior cuando se encuentre en conflicto con otros derechos: *“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las*

⁹¹ Ley N° 26.061. *Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*. Argentina. 26 de octubre de 2005. [En línea] <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26061-110778/texto>> [Consulta: 27 de septiembre de 2019]

⁹² Ibid. Artículo 1 inciso segundo.

niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”⁹³.

Por otra parte, se consolida la obligación de que los organismos del Estado tengan siempre presente el interés superior del niño en la formulación y ejecución de las políticas públicas, considerando la asignación privilegiada que les corresponde como sujetos de esta ley⁹⁴, lo cual se une directamente con los casos de institucionalización del contacto directo con los padres, en que los organismos del Estado serán quienes deban velar porque dicha situación no se contraponga a este principio⁹⁵. Esto es así, en gran medida porque la normativa interna se adecúa ampliamente a los tratados internacionales ratificados por este país, ya que, tanto los tratados como los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes⁹⁶, estableciéndose dentro de la Constitución, que se debe buscar legislar y promover medidas que garanticen una igualdad real de oportunidades y de trato, junto al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en esta como en los tratados internacionales vigentes, siendo particularmente importantes los que tienen relación con los niños⁹⁷.

4.2.2 Bolivia

Bolivia fue el octavo país del mundo en ratificar la CDN el 26 de junio del año 1990 y en cuanto a su normativa interna, por medio de la Ley N°548⁹⁸ de 17 de julio del año 2014, se creó el Código de la niña, niño y adolescente, el cual tuvo su última actualización el año 2018 y que constituye un instrumento que viene a sistematizar latamente la regulación de todas las aristas del derecho de infancia en el país, el cual también establece explícitamente la superioridad del principio del interés superior del niño, otorgando incluso una definición. De esta manera, se señala que las normas de dicho Código deberán ser interpretadas velando por el interés superior

⁹³ Ibid. Artículo 3.

⁹⁴ Ibid. Artículo 5 inciso 2.

⁹⁵ Ibid. Artículo 11 inciso 3.

⁹⁶ Ley N°24.430. *Constitución Nacional Argentina*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina, 10 de enero de 1995. Artículo 75 inciso 22.

⁹⁷ Ibid. Artículo 23.

⁹⁸ Ley N°548. *Código Niña, Niño y Adolescente*. Asamblea Legislativa Plurinacional. La Paz, Bolivia, 17 de julio de 2014.

de la niña, niño y adolescentes, de acuerdo con la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, cuando estos sean más favorables⁹⁹, haciendo una reseña directa a la CDN.

Por otro lado, se definen los principios que enmarcan este texto normativo, estableciendo que el interés superior es: *“Por el cual se entiende toda situación que favorezca el desarrollo integral de la niña, niño y adolescente en el goce de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en una situación concreta, se debe apreciar su opinión y de la madre, padre o ambos padres, guardadora o guardador, tutora o tutor; la necesidad de equilibrio entre sus derechos, garantías y deberes; su condición específica como persona en desarrollo; la necesidad de equilibrio entre sus derechos y garantías, y los derechos de las demás personas”*.¹⁰⁰ Posteriormente, se vuelve a mencionar respecto a la relevancia que tiene el considerar este principio dentro de determinadas materias: en la institución de la adopción¹⁰¹, respecto al trabajo asalariado de los menores de edad¹⁰², de las obligaciones de las entidades de atención del sistema de protección para una efectiva atención¹⁰³, en relación a la valoración y apreciación de la prueba de parte de la autoridad judicial competente¹⁰⁴ y, por último, a la obligación de las distintas entidades que participan dentro del proceso penal de niñas, niños y adolescentes las que deberán cumplir con una serie de parámetros básicos como la atención médica, acceso a la educación y alimentos¹⁰⁵.

Además de dicho texto normativo, por medio del Decreto Supremo N°2.377¹⁰⁶ de 27 de mayo del año 2015, se establece el Reglamento que determina la aplicación de la Ley N°548, en el que se visibiliza un tema de especial relevancia a la luz del interés superior del niño: la intermediación y disposición de los organismos del Estado en las adopciones internacionales estableciendo como requisito la aplicación de este principio para llevarlas a cabo¹⁰⁷.

⁹⁹ Ibid. Artículo 9.

¹⁰⁰ Ibid. Artículo 12.

¹⁰¹ Ibid. Artículos 80, 81 y 86 respectivamente.

¹⁰² Ibid. Artículo 174 número 4.

¹⁰³ Ibid. Artículo 173.

¹⁰⁴ Ibid. Artículo 219.

¹⁰⁵ Ibid. Artículo 281.

¹⁰⁶ Decreto Supremo N°2.377. *Reglamento a la Ley N°548, Código Niña, Niño y Adolescente*. Presidencia de la Nación. La Paz, Bolivia, 27 de mayo de 2015.

¹⁰⁷ Ibid. Artículo 24.

En cuanto a la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2018¹⁰⁸, esta establece una sección específica para el derecho de infancia llamada Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud, donde se estipula en la presunción de filiación de NNA, la aplicación del derecho a la identidad y el interés superior del niño¹⁰⁹ lo que se relaciona directamente con la configuración del derecho al desarrollo integral¹¹⁰. Y, por último, a nivel constitucional, el principio del interés superior del niño es también definido y delimitado: *“Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado”*¹¹¹.

4.2.3 Colombia

Colombia ha establecido un código sobre derechos de infancia denominado Código de la Infancia y la Adolescencia por medio de la ley N° 1.098¹¹² del año 2006, la cual fue recientemente modificada en el año 2018. En este texto normativo, se establece en primer lugar, que siempre se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente¹¹³, para posteriormente definir este principio esgrimiendo que *“(…) se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*¹¹⁴.

A continuación, esta ley se hace cargo de los conflictos entre normas, estableciendo que siempre será aplicada la norma más favorable a este principio¹¹⁵. De igual forma, se señala su utilización y consideración, en virtud de las obligaciones especiales del sistema de seguridad social nacional y a la garantización de la actuación inmediata del personal médico y administrativo en las prestaciones de salud de un niño, niña o adolescente que cuando se encuentre hospitalizado,

¹⁰⁸ <http://www.sepdavi.gob.bo/cs/doc/159Bolivia%20Consitucion.pdf>

¹⁰⁹ *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Presidencia de la Nación. La Paz, Bolivia, 7 de febrero de 2009. Artículo 65.

¹¹⁰ *Ibid.* Artículo 59.

¹¹¹ *Ibid.* Artículo 60.

¹¹² Ley N° 1.098. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*. Congreso de Colombia. Bogotá, Colombia, 8 de noviembre de 2006.

¹¹³ *Ibid.* Artículo 6.

¹¹⁴ *Ibid.* Artículo 8.

¹¹⁵ *Ibid.* Artículo 9.

requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista un peligro inminente para su vida, así como también cuando carezca de representante legal o se encuentre en una situación que le impida otorgar su consentimiento de forma oportuna¹¹⁶.

En el ámbito penal, el principio es señalado en función de la labor que compete al Ministerio Público como promotor y defensor de los derechos humanos de la infancia en todo tipo de instituciones, así como también le corresponde el deber de tramitar de oficio o por solicitud de cualquier persona, las peticiones y quejas relacionadas con amenazas o vulneraciones de derechos, abogando por una solución oportuna y eficaz¹¹⁷. También, se consagra en relación a la finalidad que tiene el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, en donde, tanto el proceso como las medidas que se tomen, serán de carácter pedagógico, específico y diferenciado en virtud del principio en cuestión y el de protección integral¹¹⁸, sumando la aplicación de la normativa general como supletoria y la práctica de testimonios de NNA antes que los de los adultos, siempre que las últimas dos situaciones no sean contrarias al interés superior del niño¹¹⁹.

De esta manera, además de considerar a NNA como sujetos activos, también es importante tener en cuenta el principio, según la ley, para aquellos procedimientos especiales en que sean víctimas de delitos, recordando que siguen en prevalencia sus derechos¹²⁰ y consagrando programas de atención especializada en estos mismos casos¹²¹. Por último, dentro de los principios rectores de las políticas públicas a instaurar por parte del Estado, se establece que al menos se tendrán en consideración una serie de aspectos fundamentales, encontrándose dentro de los primeros en la enumeración, el del interés superior del niño, niña o adolescente¹²².

En relación a la Constitución Política de Colombia, a pesar de no tener una referencia expresa al interés superior del niño, señala que los tratados y convenios internacionales que

¹¹⁶ Ibid. Artículo 46 número 6.

¹¹⁷ Ibid. Artículo 95 número 1 y 3.

¹¹⁸ Ibid. Artículo 140.

¹¹⁹ Ibid. Artículos 144 y 150, respectivamente.

¹²⁰ Ibid. Artículo 192.

¹²¹ Ibid. Artículo 198.

¹²² *Constitución Política de Colombia*. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia, 4 de julio de 1991. Artículo 203.

reconocen los derechos humanos prevalecen en el derecho interno¹²³, otorgando a la CDN rango constitucional.

4.2.4 Ecuador

En Ecuador también cuentan con un Código de la Niñez y Adolescencia¹²⁴, el cual entró en vigencia el 3 de julio del año 2003, bajo la ley N°2002 y cuya última reforma fue el 31 de mayo de 2017. En este texto se hace referencia a que la finalidad de la ley es regular el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los NNA, y que los medios para su garantización consistirán en el principio del interés superior y la doctrina de la protección integral¹²⁵. Por otro lado, dicho instrumento normativo entrega la siguiente definición: *“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e imponen a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”*¹²⁶.

Posteriormente, se configura la importancia de la utilización del principio del interés superior del niño en virtud de una serie de aspectos claves en el desarrollo del derecho de infancia como son el derecho a tener una familia¹²⁷, la normativa relativa al ejercicio y limitación de la patria potestad¹²⁸ y respecto del testimonio de NNA en procedimientos judiciales o administrativos¹²⁹.

En cuanto a su incorporación constitucional, la Constitución de la República de Ecuador del año 2008, establece una sección única para el derecho de infancia, denominándose Sección

¹²³ Ibid. Artículo 93.

¹²⁴ Ley N°100. *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Congreso Nacional. Quito, Ecuador, 4 de junio de 2003.

¹²⁵ Ibid. Artículo 1.

¹²⁶ Ibid. Artículo 11.

¹²⁷ Ibid. Artículo 22.

¹²⁸ Ibid. Artículo 106 número 2 y 4.

¹²⁹ Ibid. Artículo 258 inciso primero y tercero.

quinta: Niñas, niños y adolescentes, donde se otorga el reconocimiento constitucional al interés superior del niño señalando que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”¹³⁰.

4.2.5 Paraguay

En Paraguay, en el año 2001 se promulgó la ley N°1.680¹³¹ llamada Código de la Niñez y la Adolescencia. En este, se define y establecen parámetros indicativos para la aplicación del principio del interés superior del niño, en el cual se señala que: “*Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo*”¹³².

De igual manera, lo consagra como principio rector de aplicación en ciertos casos particulares, tales como: la restitución de la patria potestad a aquel madre o padre a quien se le ha suspendido su ejercicio, teniendo la posibilidad de solicitarla ante juez competente¹³³; las controversias que se susciten entre el padre y la madre cuando exista separación, debiendo el juez oír la opinión del niño o adolescente en virtud del interés superior¹³⁴; también respecto a las medidas cautelares de protección que el juez considere necesarias en casos determinados¹³⁵ y por último, en relación a los derechos y garantías que poseen los adolescentes durante la ejecución de las medidas excepcionales de privación de libertad¹³⁶.

En cuanto a la integración de la CDN, Paraguay establece en su Constitución Nacional, la supremacía que tiene este texto respecto a los tratados, convenios y acuerdos internacionales

¹³⁰ Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador de 2007-2008. Alfaro, Montecristi, Ecuador, 20 de octubre de 2008. Artículo 44.

¹³¹ Ley N°1.680. Código de la Niñez y la Adolescencia. Congreso Nacional de la República de Paraguay. Asunción, Paraguay, 30 de mayo de 2001.

¹³² Ibid. Artículo 3.

¹³³ Ibid. Artículo 79.

¹³⁴ Ibid. Artículo 93.

¹³⁵ Ibid. Artículo 175 letra f.

¹³⁶ Ibid. Artículo 245.

aprobados y ratificados, los cuales integrarán el derecho positivo nacional de manera inferior a la Constitución¹³⁷, sin establecer explícitamente el principio del interés superior del niño ni tampoco un apartado sobre derecho de infancia.

4.2.6 Perú

Por medio de la ley N°27.337¹³⁸ fue promulgado el Código de los Niños y Adolescentes en Perú, específicamente el 07 de agosto del año 2000. Sin embargo, con el pasar de los años, este se ha reformado con el fin de aplicar certeramente las normas acorde a la realidad de NNA peruanos, siendo su última modificación en el año 2018. De esta manera, dentro de las disposiciones preliminares, se establecen los organismos del Estado a los que les corresponderá la aplicación del principio del interés superior del niño señalando que: *“En toda medida concerniente al niño y el adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”*¹³⁹.

Luego, a pesar de no indicar una definición específica del principio, lo consagra en virtud de otras instituciones y regulaciones del derecho de infancia: en primer lugar, con motivo del derecho a la identidad, se establece que esta se entenderá protegida y reservada en los casos en que NNA se encuentren involucrados como autores, partícipes, testigos o víctimas de una infracción, falta o delito¹⁴⁰; en segundo lugar, respecto a las funciones específicas que le corresponden a las defensorías, queda establecido que estas deben *“(…) promover o desarrollar acciones de prevención y atención de situaciones de vulneración de derechos de las niñas, niños y adolescentes para hacer prevalecer su Interés Superior y contribuir al fortalecimiento de las relaciones con su familia, y su entorno comunal y social”*¹⁴¹; en tercer lugar, respecto a la conveniencia de la restitución de la patria potestad en razón del principio del interés superior¹⁴²; en cuarto lugar, con ocasión de la tenencia de los niños en los casos en que los padres se encuentren separados de hecho y no se pongan de

¹³⁷ *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Convención Nacional Constituyente. Asunción, Paraguay, 20 de junio de 1992. Artículo 137.

¹³⁸ Ley N°27.337. *Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes*. Congreso de la República del Perú. Lima, Perú, 21 de julio de 2000.

¹³⁹ *Ibid.* Artículo 9.

¹⁴⁰ *Ibid.* Artículo 6 número 4.

¹⁴¹ *Ibid.* Artículo 45.1 letra a.

¹⁴² *Ibid.* Artículo 78.

acuerdo, debiendo el juez salvaguardar en todo momento este principio¹⁴³; a continuación, respecto al otorgamiento del régimen de visitas a los padres que no ejerzan la patria potestad¹⁴⁴ y por último, se señala, que ante cualquier tipo de situación imprevista que impida terminar el trámite de adopción, la Oficina de Adopciones, quedará facultada para adoptar las medidas que estime pertinentes en función del interés superior del niño y adolescente¹⁴⁵.

Respecto a la incorporación constitucional, en el caso de Perú no se incorpora el interés superior del niño y tampoco se otorgan directrices específicas sobre tratados, convenciones o concordatos, sino que solo queda establecido que los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho interno¹⁴⁶.

4.2.7 Uruguay

Aprobado por la ley N°17.823¹⁴⁷ y promulgado el 17 de septiembre del año 2004, Uruguay estableció el primer Código de la niñez y la adolescencia, el cual trata vastamente el principio del interés superior del niño, donde establece un criterio específico de interpretación e integración de este señalando que: *“Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”*¹⁴⁸.

Luego, con motivo del disfrute de sus padres y su familia, se establece que la vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral y que los niños y niñas solo podrán ser separados con motivo de la aplicación del principio en situaciones que lo contravengan directamente¹⁴⁹. Por otro lado, en relación a los deberes del Estado, se señala que este deberá poner el máximo empeño en que ambos padres tengan el interés superior como preocupación fundamental con el fin de atender a las obligaciones y derechos que tienen en la crianza y

¹⁴³ Ibid. Artículo 81.

¹⁴⁴ Ibid. Artículos 88 y 90, respectivamente.

¹⁴⁵ Ibid, Artículo 118.

¹⁴⁶ Constitución Política del Perú. Congreso Constituyente Democrático. Lima, Perú, 29 de diciembre de 1993. Artículo 55.

¹⁴⁷ Ley N°17.823. *Código de la Niñez y la Adolescencia*. Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay en Asamblea General. Montevideo, Uruguay, 7 de septiembre de 2004.

¹⁴⁸ Ibid. Artículo 6.

¹⁴⁹ Ibid. Artículo 12.

desarrollo de NNA¹⁵⁰. A continuación, es considerado al establecer que cualquier interesado podrá solicitar la tenencia de los infantes o adolescentes siempre que eso tenga en consideración su interés superior¹⁵¹ y también, en relación a las visitas con el fin de mantener vínculos afectivos estables con otras personas que no sean del círculo familiar debiendo ser dicha facultad, previamente decretada por el juez¹⁵².

Por otro lado, el principio es considerado respecto al proceso en su generalidad, consagrando en primer lugar, su procedencia en la aplicación de ciertas medidas de parte del juez como son el régimen de libertad asistida y vigilada¹⁵³ y en relación al control que ejercen los jueces que son competentes, debiendo en los casos de visitas a los centros de internación y a las inspecciones que estimen necesarias, aplicar las medidas correspondientes al principio del interés superior¹⁵⁴.

En el caso de Uruguay, al igual que Perú, no existe a nivel constitucional una consagración expresa del principio ni de la forma de incorporación de los tratados, convenios o concordatos.

4.3 Conclusiones

De lo expuesto a lo largo del capítulo, podemos colegir que el principio del interés superior del niño se erige como norma fundamental en el resguardo de los derechos de NNA, sin embargo, su incorporación e interpretación no es uniforme. Esto se debe principalmente a la vaguedad y abstracción del concepto que, si bien puede generar conflictos debido a la discrecionalidad entregada en la aplicación de un caso específico, esto a su vez, es su punto más fuerte, puesto que permite su adaptación, siendo transversal tanto a la época de su aplicación como al contexto social, cultural y político.

Evidencia de la indeterminación es justamente la manera en que las legislaciones latinoamericanas recogen el principio en cuestión, donde es posible vislumbrar que se han dado distintos matices respecto a la regulación del interés superior del niño. Así, en primer lugar, en los casos de Bolivia y Ecuador, además de incluirlo en sus leyes internas y por medio de la

¹⁵⁰ Ibid. Artículo 14.

¹⁵¹ Ibid. Artículo 36.

¹⁵² Ibid. Artículo 38.

¹⁵³ Ibid. Artículo 85.

¹⁵⁴ Ibid. Artículo 100 número 3.

implementación de códigos de infancia y adolescencia, se ha visto de igual forma incorporado en sus constituciones políticas. Por otro lado, países como Argentina y Colombia han establecido leyes reguladoras sin otorgar mención explícita al principio del interés superior en sus constituciones, sin perjuicio de haber establecido que los tratados internacionales de derechos humanos poseen rango constitucional. En tercer lugar, se encuentra el caso de aquellos países que además de incorporar en su ámbito interno legislación atingente, se otorga la calidad de documentos supra-legales a los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados pero sin ser reconocido su rango constitucional, como ocurre en el caso de Paraguay. Y por último está el caso de aquellos países en se ha adoptado el principio del interés superior del niño, pero únicamente en sus leyes internas, situación que se da tanto en Perú como Uruguay¹⁵⁵.

¹⁵⁵ ALEGRE, S., HERNÁNDEZ, X. y ROGER, C. *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. [En línea] Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina. Cuaderno 05. 2004. <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf> [Consulta: 02 de octubre de 2019]

5 Capítulo III: Desarrollo y aplicación del interés superior del niño en el derecho nacional

Por medio del presente capítulo, se realizará un estudio de la situación actual de nuestro país respecto a la forma en que ha sido incorporado y consagrado el interés superior del niño a través del tiempo. De esta manera, analizaremos de qué manera el principio en estudio se encuentra establecido en términos constitucionales, legales e institucionales, con el fin de poder vislumbrar lo señalado en los informes y observaciones que ha recibido Chile desde la ratificación de la CDN y otorgar una proyección de los aspectos pendientes en materia de derechos de infancia e interés superior del niño por medio del análisis de los distintos proyectos de ley que se encuentran hoy en día en tramitación.

5.1 Tratados internacionales ratificados y vigentes

En cuanto a la incorporación del principio del interés superior del niño a través de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, cabe hacer una breve referencia al valor que le otorga nuestra Constitución Política de la República (en adelante CPR) a estos instrumentos internacionales para luego remitirnos a la importancia que tiene cada uno de estos en la protección de los derechos de la infancia y específicamente en lo tocante al mentado principio.

En este sentido, nuestra norma fundamental señala que es atribución exclusiva del Congreso Nacional aprobar o desechar los tratados internacionales que les presente el Presidente de la República y, a su vez la aprobación de estos requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda¹⁵⁶ y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.¹⁵⁷ Por otro lado, estipula que es una atribución especial del Presidente de la República concluir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales y llevar a cabo las negociaciones junto con concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo señalado¹⁵⁸. Sin embargo, las normas mencionadas no regulan la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico nacional, sino que se limitan a establecer las condiciones para que Chile pueda obligarse

¹⁵⁶ Decreto N°100. *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile*. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2015. Artículo 66.

¹⁵⁷ Ibid. Artículo 54 número 1.

¹⁵⁸ Ibid. Artículo 32 número 15.

internacionalmente. Por tanto, al no existir norma expresa e inequívoca, sólo es posible recurrir a la práctica jurisprudencial, donde se ha señalado que la recepción de los tratados internacionales en el derecho interno está compuesta por tres elementos: “(...) *la aprobación legislativa, la promulgación del tratado por decreto del Presidente de la República y la publicación en el Diario Oficial del texto del tratado y del decreto promulgatorio*”¹⁵⁹.

Ahora bien, el valor de los tratados internacionales en relación con las otras fuentes del derecho interno es a lo menos superior a la ley y, respecto a esto tampoco hay una norma expresa que así lo establezca sino más bien se desprende de la práctica jurisprudencial, del consenso de la doctrina¹⁶⁰ y de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en diversos fallos, además del acto de promulgación del Presidente de la República en virtud del cual, en el mejor de los casos, obliga a cumplir como ley de la República los tratados internacionales¹⁶¹. Cabe agregar, que ni la forma de dar fuerza normativa al texto de un tratado, ni la función normativa de estos una vez que adquiere esta fuerza es una cuestión cerrada¹⁶², sin embargo, esto excede los objetivos de esta tesis por lo que nos remitiremos solo a lo ya expresado.

Es así como se puede señalar en primer lugar la CDN aprobada en el año 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, suscrita por Chile el 26 de enero del año 1990 y ratificada el 14 de agosto del mismo año. Esta Convención, establece como principio rector de la protección de los derechos de la infancia el interés superior del niño, donde además es importante considerar que la ratificación de esta norma ha dado pie tanto a reformas legales como a la promulgación de nuevas leyes que recogen expresamente el principio¹⁶³. Sumado a este instrumento, Chile ratificó el 7 de diciembre de 1989 la Convención sobre la Eliminación de

¹⁵⁹ BENADAVA, Santiago. *Las relaciones entre Derechos Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales chilenos*. En: LEÓN, Avelino. *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*. Editorial Jurídica de Chile. 8-59. 1992. P. 65.

¹⁶⁰ MEDINA, Cecilia. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno*. En: Corporación Nacional de Reparación y Conciliación. *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*. Santiago, Chile. 3-54. 1994. P. 38.

¹⁶¹ ALDUNATE, Eduardo. *La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la luz del derecho positivo*. [En línea] En: *Revista Ius et Praxis*. Año 16(2): 185-210. 2010. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/146>> P. 209. [Consulta: 15 de octubre de 2019]

¹⁶² Ibid. Pp. 208 y 209.

¹⁶³ En ese sentido es posible mencionar la reforma de nuestro Código Civil, por medio de la Ley N°20860 y la promulgación de las siguientes normas: la Ley 19.620, que dicta normas sobre adopción de menores; la Ley N°19.947, de Matrimonio Civil; la Ley N°19.968, que crea los tribunales de Familia; la Ley N°20.084 que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal; la Ley 20.584, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes.

Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer del año 1979, donde también se reconoce expresamente el principio en estudio.

En segundo lugar, se encuentran los protocolos facultativos de la CDN que, si bien no mencionan directamente el interés superior del niño, evidentemente su contenido debe ser interpretado a la luz de este. Entre estos es posible mencionar: el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ratificado por Chile el 6 de febrero de 2003; el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, ratificada por Chile el 31 de julio de 2003 y, por último, el Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones, ratificado por Chile el 1 de septiembre de 2015.

Por último, es posible señalar aquellos tratados que no mencionan el principio expresamente y tampoco dicen relación directa con la protección de los derechos de la infancia, pero que si contienen ciertas normas que se refieren a estos, de entre los cuales se encuentran, el el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972 el cual esgrime que: *“(...) todo niño tiene derecho, sin discriminación [...] a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*¹⁶⁴ y en un sentido similar, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), ratificada por Chile el 10 de agosto de 1990 la cual que establece que: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*¹⁶⁵.

5.2 Reconocimiento constitucional

En materia constitucional, a diferencia de ciertos ordenamientos jurídicos latinoamericanos que hemos revisado en el capítulo anterior, Chile no concibe expresamente el principio del interés superior del niño en la CPR. Además, es importante considerar, que los tratados internacionales tienen un valor superior a la ley pero respecto de instrumentos que reconocen derechos humanos,

¹⁶⁴ Decreto N°778. *Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha.* Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 29 de abril de 1989. Artículo 24.

¹⁶⁵ Decreto N°873. *Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 29 de abril de 1989. Artículo 19.

la doctrina ha desarrollado una postura tendiente a considerar que estos tienen valor constitucional, por lo que la CDN junto con los demás tratados internacionales vigentes, tendrían dicho estatus o a lo menos una posición de privilegio respecto a la normativa interna del país. Esta afirmación yace del tenor literal de la CPR, en donde se señala que: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*¹⁶⁶. Y así también lo ha entendido la abogada Gloria Baeza: *“Podemos sostener que los tratados internacionales referidos a derechos humanos gozan, a lo menos, de una posición preferente respecto de las demás normas no constitucionales, e incluso, pueden llegar a constituir normas de rango constitucional o supraconstitucional, toda vez que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por estos derechos y la potestad constituyente es una de las formas que puede tomar”*¹⁶⁷.

5.3 Reconocimiento legal

Respecto a su reconocimiento legal, el principio en estudio tuvo un amplio desarrollo, sin embargo, su recepción en el derecho interno no ha sido tarea sencilla, ya que, a diferencia de los países latinoamericanos analizados, Chile no cuenta con un código de infancia que regule materias propias de dicha área del derecho y mucho menos, un resguardo constitucional expreso.

Además, cabe considerar que la mayoría de las disposiciones de nuestra legislación, solamente se remiten a establecer una cláusula general que consagre el principio y solamente unas pocas normas establecen criterios indicativos que especifican y facilitan la búsqueda del interés superior de la persona menor de edad, de las que se dará cuenta a continuación:

5.3.1 Código Civil y sus modificaciones

Atendiendo a lo expuesto en el apartado anterior, nuestro Código Civil cuenta tanto con normas del tipo cláusula general como también con normas que para situaciones específicas otorgan una serie de indicadores que nos aproximan sobre qué debe entenderse por interés superior del niño.

¹⁶⁶ Decreto N°100. *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile*. Ibid. Artículo 5 inciso segundo.

¹⁶⁷ BAEZA, Gloria. *El interés superior del niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*. [En línea] En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 28(2): 355-362. 2001. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650315>> P. 358. [Consulta: 16 de octubre de 2019]

De esta manera, la primera manifestación en el Código de Bello la encontramos en el Libro I: De las Personas, Título IX “De los Derechos y Obligaciones entre los padres y los hijos” y más específicamente respecto al establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal de los hijos de parte de los progenitores. Sobre esta materia es relevante considerar la ley N° 20.680 de 21 de junio del año 2013 la cual realizó una serie de modificaciones tanto al Código Civil como a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que los padres vivan separados.

En efecto, en cuanto a la materia mencionada, nos encontramos con dos cláusulas generales que precisan el significado y el contenido del concepto¹⁶⁸, señalando expresamente 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”*¹⁶⁹. Como también, la norma que obliga al juez a tener como consideración primordial el interés superior del niño para adoptar sus resoluciones, a saber: *“En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”*¹⁷⁰.

A continuación, el Código presenta una serie de indicadores que deben tomarse en cuenta para la determinación tanto del régimen de cuidado personal como de la relación directa y regular del padre que no lo detenta: *“(…) cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos, si por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido”*¹⁷¹. Además, a propósito de la misma materia, señala que en el establecimiento de dicho régimen se considerarán una serie de criterios y circunstancias¹⁷² a lo que se suman ciertas consideraciones respecto a la relación directa y regular que debe tener el padre o madre que no tiene el cuidado personal del hijo¹⁷³.

¹⁶⁸ RAVETLLAT y PINOCHET, Ibid. P. 930.

¹⁶⁹ D.F.L. N°1. *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres 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.* Ibid, Artículo 222.

¹⁷⁰ Ibid. Artículo 242 inciso segundo.

¹⁷¹ Ibid. Artículo 225 inciso cuarto.

¹⁷² Artículo 225-2 del Código Civil Chileno: *“En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:*

a) *La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.*

Ahora bien, a propósito de estas normas, los autores Isaac Ravetllat y Ruperto Pinochet¹⁷⁴, nos ofrecen una categorización de estos criterios, señalando en primer término la importancia de considerar la opinión y los sentimientos expresados por el hijo, teniendo en cuenta su edad y su capacidad de discernimiento debido que: “*no resulta sencillo averiguar cuáles son los verdaderos deseos de un niño, niña o adolescente y una vez conocidos estos sopesar la importancia que debe otorgárseles*”¹⁷⁵. En ese sentido, la ley reconoce como una de las más relevantes manifestaciones del principio del interés superior, el deber del juez de escuchar a los hijos, lo que se concreta con el derecho a ser oídos en audiencia reservada.

En segundo lugar, los autores señalan una serie de aspectos a tener en cuenta: valorarse las necesidades materiales, entendidas como alojamiento, mantención, vestuario, entre otras; necesidades emocionales que el niño, niña o adolescente requiera cubrir, siendo relevante en esta materia el cuidado que los progenitores tienen con el menor en un sentido más subjetivo, entendiendo esto como la preocupación emocional o inmaterial que se tiene respecto del hijo y, por último, son importantes las necesidades educativas, lo cual se entiende en una doble perspectiva, una en sentido amplio, enmarcando todo lo relacionado con la crianza de una persona menor de edad, donde los autores señalan que son pocos los casos en que esto se ha

-
- b) *La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.*
 - c) *La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.*
 - d) *La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.*
 - e) *La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo ante de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.*
 - f) *La opinión expresa por el hijo.*
 - g) *El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.*
 - h) *Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.*
 - i) *El domicilio de los padres.*
 - j) *Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido al interés superior del hijo.”*

¹⁷³ Artículo 229 inciso tercero del Código Civil Chileno: “*Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable. Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente:*

- a) *La edad del hijo.*
- b) *La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.*
- c) *El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.*
- d) *Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo”.*

¹⁷⁴ RAVETLLAT y PINOCHET. Ibid. P. 925.

¹⁷⁵ RAVETLLAT y PINOCHET. Loc. Cit.

mostrado como un aspecto decisivo¹⁷⁶ y, por otro lado, un sentido estricto, limitado solamente a la estabilidad educativa de la persona.

En un tercer término, señalan que es importante: “(...) *preservar al máximo la estabilidad personal y emocional que cualquier cambio, en este caso derivado de una ruptura familiar, pueda generar en los niños, niñas y adolescentes*”¹⁷⁷.

En cuarto lugar, consideran que es relevante la vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre y la relación con sus parientes cercanos debido a que: “*La inexistencia de relación entre uno de los progenitores y su hijo o hija o la despreocupación demostrada por alguno de ellos con respecto a sus retoños, no debiera ser considerada por sí sola como fundamento para privar del derecho de relación a padres e hijos, pero sí como un factor razonable a evaluar para determinar, por ejemplo, a quién se concede el cuidado personal del menor y la extensión del régimen de relación directa y regular*”¹⁷⁸.

Un quinto aspecto, dice relación con la ponderación oportuna del valor de los acuerdos alcanzados por los padres antes y durante el respectivo juicio.

Y, por último, señalan que el sistema de indicaciones en ningún sentido puede entenderse como un sistema cerrado, sino que debe considerarse cualquier otro antecedente relevante que sirva para el caso particular.

5.3.2 Ley N°19.947: Establece una Nueva Ley de Matrimonio Civil

La ley N°19.947 establece la Nueva Ley de Matrimonio Civil, promulgada el 17 de mayo del año 2004 y la cual regula expresamente: “(...) *los requisitos para contraer matrimonio, la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos*”¹⁷⁹.

En ese sentido, esta normativa se refiere expresamente al principio estableciendo la siguiente cláusula general: “*Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando*

¹⁷⁶ Ibid. P. 927.

¹⁷⁷ RAVETLLAT y PINOCHET. Loc Cit.

¹⁷⁸ ACUÑA, Marcela. *Derecho de relación directa y regular*. Santiago, Thomson Reuters, 2016. Pp. 175-176.

¹⁷⁹ Ley N°19.947. *Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 17 de mayo de 2004. Artículo 1.

*proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil*¹⁸⁰. De manera más específica, es posible mencionar que, en la tramitación de la separación judicial, de la nulidad del matrimonio y del divorcio: *“Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes”*¹⁸¹.

Existe remisión expresa también en la institución de la separación judicial, entendida como una de las acciones entregada al cónyuge inocente, cuando el otro ha cometido una falta que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común¹⁸², que permite suspender los deberes de cohabitación y de fidelidad¹⁸³, pero subsisten los demás derechos y obligaciones entre los cónyuges y para con los hijos. En este contexto, si la solicitud de separación fuera realizada de manera conjunta, los cónyuges deberán presentar un acuerdo que regule de forma completa y suficientes sus relaciones mutuas (régimen de bienes y alimentos debidos entre cónyuges) y con respecto a sus hijos (patria potestad, alimentos, cuidado personal y relación directa y regular)¹⁸⁴. Ahora bien, este acuerdo debe ser completo y: *“Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos”*¹⁸⁵. En el mismo sentido se manifiesta la ley al divorciarse los cónyuges donde existe una norma muy similar relativa al acuerdo expresado en la separación judicial¹⁸⁶.

De esta manera, de las normas mencionadas, se reafirma la protección del interés superior del niño por medio de cláusulas generales que hacen referencia expresa al principio, pero no menciona detalladamente tal como vimos en el Código Civil, criterios a considerar para tomar una decisión en los casos particulares en que debe aplicarse el principio en cuestión, tanto en la separación judicial como en el divorcio de los cónyuges.

¹⁸⁰ Ibid. Artículo. 3.

¹⁸¹ Ibid. Artículo 85.

¹⁸² Ibid. Artículo 26.

¹⁸³ Ibid. Artículo 33.

¹⁸⁴ Ibid. Artículo 21.

¹⁸⁵ Ibid. Artículo 27 inciso 2°.

¹⁸⁶ Artículo 55 inciso segundo de la ley de Matrimonio Civil: *“En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos”*.

5.3.3 Ley N°19.620: Dicta Normas Sobre Adopción de Menores

Este cuerpo legal publicado el 5 de agosto del año 1999, concibe la adopción como una institución que tiene como objeto principal: *“(..). velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familiar de origen”*¹⁸⁷.

En cuanto al procedimiento de adopción, se consagra el mandato legal al juez de tener debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez y en caso de que el procedimiento de adopción verse sobre un menor adulto, será necesario su consentimiento en relación a la posibilidad de ser adoptado y en caso de negativa de este, el juez deberá dejar constancia de las razones que invoque. Además, excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés del menor adulto, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento¹⁸⁸.

5.3.4 Ley N°19.968: Crea los Tribunales de Familia

La Ley N°19.968 promulgada con fecha 25 de agosto del año 2004 tiene como objetivo, tal como señala su título, la creación de los juzgados de familia, encargados de los asuntos establecidos en la ley y los que encomienden otras leyes especiales junto con juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado¹⁸⁹.

Dentro de los principios generales del procedimiento, se establece explícitamente el interés superior del niño, niña o adolescente junto a su derecho a ser oído señalando que: *“Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”*¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Ley N°19.620. *Dicta normas sobre adopción de menores*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 05 de agosto de 1999. Artículo 1.

¹⁸⁸ Ibid. Artículo 3.

¹⁸⁹ Ley N°19.968. *Crea los tribunales de familia*. Ibid. Artículo 1.

¹⁹⁰ Ibid. Artículo 16.

Por otro lado, es reseñado en las reglas generales, específicamente en relación a la acumulación necesaria, donde los jueces de familia conocerán en un solo proceso y de forma conjunta los distintos asuntos que las partes sometan a su consideración, situaciones que deberán ser resueltas por el juez teniendo especialmente en cuenta este principio¹⁹¹. Asimismo, es señalado en función de la potestad cautelar que goza el juez, donde en cualquier etapa del procedimiento, ya sea de oficio o a petición de parte, cuando se trate de situaciones urgentes y lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata evitar podrá decretar las medidas cautelares pertinentes¹⁹². También es establecido con ocasión de la audiencia de juicio y las facultades que tiene el juez en la realización de esta, pudiendo ordenar en función del interés superior del niño, niña o adolescente, que tanto ellos como otro miembro del grupo familiar, se ausenten durante determinadas actuaciones que se lleven a cabo dentro del proceso en su generalidad¹⁹³. Por último, se encuentra reseñado en gestiones que se realizan fuera del procedimiento, siendo establecido como un principio que deberá ser tomado en cuenta durante todo el proceso de mediación, donde el mediador podrá citar a NNA para que concurren en su presencia en casos estrictamente necesarios e indispensables¹⁹⁴.

5.3.5 Ley N°20.084: Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal

Lo importante de este texto legal, recae en que contiene explícitamente la utilización del interés superior del adolescente en materia penal, estableciendo que: *“En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”*¹⁹⁵. Esta situación constituye un cambio de paradigma, considerando que la ley N°16.628 (Ley de Menores), no lo consideraba ni implícita ni explícitamente.

¹⁹¹ Ibid. Artículo 17.

¹⁹² Ibid. Artículo 22.

¹⁹³ Ibid. Artículo 63.

¹⁹⁴ Ibid. Artículo 105.

¹⁹⁵ Ley N°20.084. *Establece un Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005. Artículo 2.

5.4 Institucionalidad

Parte importante de la incorporación del principio del interés superior del niño se ha dado por medio de la consolidación de distintos organismos que nacen en nuestro derecho con la finalidad de ser agentes de cambio y protección en materia de derechos de la niñez. Sin embargo, a continuación, por medio de un análisis de estos órganos estatales, se podrá constatar que ciertas instituciones poseen más falencias que aspectos a destacar y que en el último tiempo, su creación ha ido aumentando de la mano con una mayor preocupación de la ciudadanía respecto a los derechos que protegen a la infancia.

5.4.1 SENAME

El Servicio Nacional de Menores (en adelante SENAME) es un organismo gubernamental dependiente del Ministerio de Justicia, el cual fue creado por medio del Decreto Ley N°2.465 de 10 de enero del año 1979. Su función consiste en ser el órgano “(...) 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”¹⁹⁶. Sin embargo, dicho texto normativo no contiene ningún tipo de reseña de forma explícita al principio del interés superior.

Posteriormente, por medio de la ley N°20.032, promulgada el 11 julio del año 2005, se instauró un sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename¹⁹⁷, cuyo objeto consiste en: “(...) establecer la forma y condiciones en que el Servicio Nacional de Menores, en adelante SENAME, subvencionará a sus colaboradores acreditados. Asimismo, determinan la forma en que el SENAME velará para que la acción desarrollada por sus colaboradores acreditados respete y promueva los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes sujetos de atención”¹⁹⁸.

Ahora bien, en cuanto al desarrollo que ha tenido el principio en estudio por parte del SENAME, cabe decir que desde su inicio hasta la fecha, se han emitido una serie de informes, revistas y artículos que nos permiten analizar tanto la forma en que ha ido evolucionando con el tiempo en nuestro país como la manera en que teóricamente lo ha ido desarrollando este

¹⁹⁶ Decreto Ley N°2.465. *Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 16 de enero de 1979. Artículo 1.

¹⁹⁷ Hoy en día, hasta la actualización de 31 de agosto de 2019, existen 840 organismos personas jurídicas y 40 personas naturales como colaboradores. En: <http://www.sename.cl/web/registro-organismos-colaboradores/>

¹⁹⁸ Ley N°20.032. *Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención*. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 25 de julio de 2005. Artículo 1.

organismo, que tal como veremos posteriormente dista bastante de lo que se ha conocido en la práctica.

- Revista Señales.

Constituye una publicación especializada en Infancia y Adolescencia emitida desde el año 2008 a la actualidad por el SENAME a través de la cual se “(...) busca difundir las investigaciones y análisis que se realizan tanto en el Sename como en centros de estudio y universidades, a la vez que presenta la sistematización de buenas prácticas nacionales e internacionales en estas materias”¹⁹⁹. De esta manera, resulta relevante analizar de qué forma y bajo qué materias ha sido analizado y señalado el principio en cuestión a través del tiempo con el fin de conocer cual ha sido su evolución.

En su primera edición en el año 2008, el SENAME reseña el interés superior del niño solo haciendo referencia a lo señalado por el profesor Miguel Cillero en cuanto a las trayectorias de adolescentes y jóvenes que infringen la ley penal junto a los contextos institucionales que intervienen²⁰⁰. Posteriormente, en su tercera edición, es señalado con ocasión de la intervención social en la infancia y juventud en Chile donde se establece que: “*El interés superior del niño, principio vital de la Convención, es interpretado, en general, de manera adulto céntrica y, muchas veces, etnocéntrica, bajo un modelo occidental marcadamente individualista. Como ocurre también con los ciudadanos adultos, las instancias de participación tienden a ser tremendamente unilaterales, restringidas, formales y ritualizadas. En estos términos, resulta muy difícil pensar que nuestras sociedades pudieran tener una relación distinta con sus niños y jóvenes, toda vez que ellas han conducido a una degradación de la ciudadanía, en general, y no están teniendo la capacidad de hacerse cargo de las consecuencias políticas de una participación efectiva*”²⁰¹. Luego, en el mismo año y en su cuarta edición, el principio es establecido en función de la caracterización de los factores de riesgo de violencia juvenil por medio del protocolo SAVRY (Structured assessment of violence risk in youth), como instrumento utilizado en variadas cortes juveniles con el fin de evaluar las mejores

¹⁹⁹ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Revista Señales [En línea]. Santiago de Chile. <<http://www.sename.cl/web/revista-senales/>> [Consulta: 22 de octubre de 2019]

²⁰⁰ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Revista Señales. [En línea]. Santiago de Chile. N°1: 1-155. Junio 2008. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_01_2008.pdf> Pp. 73-105. [Consulta: 22 de octubre de 2019]

²⁰¹ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. Revista Señales. [En línea]. Santiago de Chile. N°3: 1-135. Marzo 2009 <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_03_2009.pdf> P. 23. [Consulta: 22 de octubre de 2019]

medidas aplicables en consideración al interés superior y a los niveles probabilísticos de riesgo de reinserción²⁰².

A continuación, en el año 2010, en su sexta edición existe un gran avance, ya que se comienzan a establecer posturas críticas respecto de su aplicación por el Estado de Chile señalando que: *“Las políticas vinculadas a la infancia deben tener prioridad en los programas de gobierno ya que todo Estado debe respetar los derechos de los niños y considerar en sus legislaciones y programas como principio rector, el interés superior del niño. Ello, significa que las legislaciones o políticas que beneficien a personas en desmedro de los intereses de los menores de edad deben ser reformuladas. A su vez las nuevas iniciativas públicas deben beneficiar en primer lugar a nuestros niños”*²⁰³. Además, con ocasión de un estudio realizado por la UNICEF respecto al maltrato infantil y las relaciones familiares en Chile, se estableció que: *“(…) los derechos de los niños están siendo vulnerados en nuestro país y por tanto el Estado debe asumir medidas para evitar estas situaciones. El interés superior del niño debe ser un principio rector de la legislación chilena y de las políticas públicas de nuestro país”*²⁰⁴. A lo que se suma, la necesidad de que se realicen intervenciones preventivas tempranas dirigidas a la familia en conjunto siempre que sea conveniente en virtud del interés superior del niño con el fin de reducir la delincuencia²⁰⁵.

Así, siguiendo esa misma línea, en la séptima edición publicada en el año 2011, se establece su preponderancia en la institución de la adopción: *“La idea no es quitar los niños a sus padres, sino acoger a esos niños en el sistema familiar o de hogares que sean capaces de asegurar su sano desarrollo. La adopción es una posibilidad, pero la adopción tiene que estar centrada en el interés superior del niño o la niña y no en el derecho de un hombre o de una mujer de acceder a la paternidad o a la maternidad”*²⁰⁶. Posteriormente, en el año 2012 por medio de su novena edición es mencionado respecto a las adopciones internacionales, más específicamente en relación a Italia destacando la importancia de los roles y funciones de las autoridades²⁰⁷.

²⁰² SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°4:1-130. Agosto 2009. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_04_2009.pdf> P. 179. [Consulta: 22 de octubre de 2019]

²⁰³ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°6: 1-85. Abril 2010. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_06_2010.pdf> P. 8. [Consulta: 24 de octubre de 2019]

²⁰⁴ Ibid. P. 10.

²⁰⁵ Ibid. P. 13.

²⁰⁶ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°7: 1-96. Marzo 2011. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_07_2011.pdf> P. 78. [Consulta: 26 de octubre de 2019]

²⁰⁷ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°9: 1-63. Junio 2012. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_09_2012.pdf> Pp. 42-54. [Consulta: 26 de octubre de 2019]

Dos años después, en el año 2014 a través de su edición décimo tercera, se realiza un análisis del principio del interés superior del niño respecto a varios aspectos. En primer lugar, en relación al derecho a la propia imagen de niños y adolescentes y el cuidado personal de ellos donde se establece que: *“Prima facie, si el niño o adolescente desea que se capte, reproduzca o publique su imagen, los padres no debieren oponerse a ello: la oposición debiere fundarse única y exclusivamente en el interés superior de ellos, teniendo presente la autonomía progresiva que el ordenamiento jurídico les reconoce”*²⁰⁸. En segundo lugar, es mencionado respecto a la CDN siendo considerado su principio rector y otorgándole una definición, situación contraria a lo que se daba algunos años atrás: *“El concepto de interés superior del niño alude al aseguramiento del ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los niños, procurando la satisfacción de todos los aspectos de su vida que permitan asegurar el libre y sano desarrollo de la personalidad”*²⁰⁹. Y, por último, también es destacado en relación a la figura judicial del curador ad litem como parte del derecho a la participación de NNA y su derecho a ser oídos y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta²¹⁰.

Más recientemente, en el año 2017, por medio de la décimo sexta edición, se hace mención al principio con ocasión de la introducción de las entrevistas videograbadas junto a la figura de la victimización secundaria y a un análisis comparado en virtud de los estándares internacionales para la protección de NNA en el proceso penal donde se aprecia en Chile en ese momento la escasa priorización que contemplaba en la agenda pública sosteniendo que: *“En su tramitación, por su parte, se aprecia la ausencia del interés superior del niño en las intervenciones desarrolladas por el Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal y por lo mismos legisladores. Es del caso relevar, en este aspecto, que dicho principio constituye no sólo un criterio hermenéutico, si no, también, un mandato directo en cuya virtud debe erigirse como una preocupación primordial en la toma de decisiones de las instituciones públicas y privadas, en virtud de lo preceptuado en el artículo 3 de la Convención”*²¹¹.

Finalmente, en la edición décimo novena de diciembre de 2018, el principio se establece como fundamento de parámetros y directrices a considerar en las intervenciones psicoterapéuticas en los centros residenciales del SENAME, estableciendo como modelo de intervención los “(...)

²⁰⁸ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°13: 1-54. Diciembre 2014. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_13_2014.pdf> P. 36 [Consulta: 28 de octubre de 2019]

²⁰⁹ Ibid. Página 42.

²¹⁰ Ibid. Artículo 48.

²¹¹ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°16:1-113. Junio 2017. <<https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/02/SENALES-N16-V2.pdf>> P. 33. [Consulta: 28 de octubre de 2019]

enfoques transversales necesarios de introducir en el desarrollo de cada proyecto, teniendo en el centro del quehacer, el interés superior del niño/a y su bienestar integral (...)”, dentro de los cuales se encuentran: el enfoque inclusivo de necesidades especiales, intercultural, de género, de gestión intersectorial, evolutivo y de calidad²¹².

- Estudios nacionales e internacionales.

El primer estudio en que fue tratado latamente el interés superior del niño fue llevado a cabo en el año 2009 por el SENAME el cual se titula *La realidad de NNA de pueblos indígenas residentes en centros para mayores del SENAME*²¹³. En este texto, se plantea la interrogante de cómo “operacionalizar” el interés superior en los casos remitidos a la infancia indígena, siendo un desafío principal en este caso “(*...*) *el cruce entre el derecho individual del niño bajo el principio del interés superior del niño y los derechos que tiene como indígena y que su pueblo tiene sobre la situación del niño*”²¹⁴. Así, se establece que en virtud de lo señalado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y de la CDN, el trabajo complementario que se debe desarrollar entre ambos instrumentos es contemplando que las metas y desafíos que compondrán el futuro se centrarán en “(*...*) *desarrollar estrategias y criterios técnicos que permitan definir cuándo puede ser de interés superior del niño el desvincularlo de su marco étnico-cultural de pertenencia y cuándo es posible conciliar decisiones por el interés superior del niño que impliquen la continuidad en su socialización indígena*”²¹⁵. De esta manera, señalan a modo de conclusión que: “*Podemos postular que la situación de la infancia indígena internada en Centros Residenciales para Mayores de la red SENAME se encuentra contextualizada e influida por el contexto internacional de los avances en los Derechos Indígenas por un lado, y de los Derechos del niño por otro, junto a los debates en relación a cómo los Estados logran responder satisfactoriamente a la diversidad cultural de sus países. En este marco, la situación del niño(a) en un centro residencial es relevante porque toca los derechos del grupo étnico-cultural al que pertenece y el derecho a la reproducción de sus valores, creencias, formas de vida, pero también toca sus derechos individuales. Desde esta perspectiva las nuevas generaciones son esenciales para la continuidad de las culturas indígenas, pero al mismo tiempo el niño/a o adolescente está resguardado por el principio del “interés superior del*

²¹² SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°19: 1-83. Diciembre 2018. <<https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/02/Revista-Senales-Diciembre-2018v2.pdf>> P. 12 [Consulta: 3 de noviembre de 2019]

²¹³ SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *La realidad de niños, niñas y adolescentes de pueblos indígenas residentes en centros para mayores del SENAME*. [En línea] 1-133. 2009. <https://www.sename.cl/wsename/otros/doc_sename/estudio_etnias_residencias.pdf> [Consulta: 3 de noviembre de 2019]

²¹⁴ Ibid. P. 85.

²¹⁵ Ibid. P 87.

niño” que hace prevalecer dicho interés por sobre cualquier grupo o colectividad y a su vez el/ la niño/ a tiene derecho a pertenecer y mantener continuidad con su comunidad cultural”²¹⁶.

Posteriormente, en septiembre del año 2019, fueron publicados dos estudios: por un lado, el Estudio de revisión y análisis de Programas de Familias de Acogida²¹⁷ y por otro, el Estudio para el fortalecimiento de los Programas Ambulatorios del Servicio Nacional de Menores²¹⁸. Así, respecto al primero, realizado por el Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI), se expone la importancia del interés superior del niño en los casos en que NNA han debido ser separados de su familia de origen, debiendo trabajar con esta con la finalidad de “(...) *participar en el programa, conocer el plan de intervención y relacionarse con la familia de acogida cuando es externa, salvo que implique un riesgo para el niño, o sea contrario a su interés superior*”²¹⁹. En cuanto al segundo de estos, realizado por el Centro de Estudios Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile, este se centra en otorgar ciertas recomendaciones orientadas al fortalecimiento institucional del SENAME como “entidad rectora y articuladora” de la oferta ambulatoria de protección²²⁰ esgrimiendo que es necesario incorporar ciertos estándares de calidad en donde el primer eje recoja el interés superior “(...) *a través de un corpus claro de indicadores que lo garanticen en la práctica (...)*”²²¹ considerando a modo conclusivo, que no existe un foco claro de atención en los programas entregados por el SENAME tambaleándose entre uno basado en servicios familiares y otro en función de la protección de NNA.

- Documentación técnica.

El SENAME ha desarrollado orientaciones técnicas en diversas áreas de relevancia del derecho de infancia. Sin embargo, nos enfocaremos en materia de protección de derechos donde el principio en cuestión ha sido estudiado con mayor énfasis.

²¹⁶ Ibid. P. 101.

²¹⁷ CENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHOS DEL NIÑO (CIDENI). *Estudio de revisión y análisis de Programas de Familias de Acogida*. [En línea] 1-32. Septiembre 2019. <<https://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2018/06/UNICEF-WD-Estudio-Familias-de-Acogida.pdf>> [Consulta: 5 de noviembre de 2019]

²¹⁸ CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. *Estudio para el fortalecimiento de los Programas Ambulatorios del Servicio Nacional de Menores*.: 1-32. Septiembre 2019. <<https://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2018/06/UNICEF-WD-Programas-Ambulatorios.pdf>> [Consulta: 5 de noviembre de 2019]

²¹⁹ CENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHOS DEL NIÑO (CIDENI). *Estudio de revisión y análisis de Programas de Familias de Acogida*. Ibid. P. 21.

²²⁰ CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. *Estudio para el fortalecimiento de los Programas Ambulatorios del Servicio Nacional de Menores*. P. 15.

²²¹ Ibid. Artículo 21.

En esta área, se encuentran desarrollados dos documentos: la Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas sexuales²²² y el Análisis sobre la aplicación del artículo 80 bis²²³. En cuanto a la primera, que data del año 2010, se establece una definición y parámetros de lo que el interés superior del niño implica, estableciendo que: “(...) se refiere a favorecer y privilegiar integralmente el bienestar del niño. En otras palabras, se establece la indefectible consideración primordial que debe darse a su bienestar e interés superior. Esta cuestión es particularmente sensible, por ejemplo, en situaciones de conflicto familiar o en aquellos casos en que el niño, niña o adolescente es víctima de delitos sexuales, debiendo priorizarse las medidas que aseguren su bienestar”²²⁴. Respecto al segundo documento, este trata sobre la aplicación del artículo 80 bis²²⁵ de la ley N° 19.968 sobre el deber de información del SENAME, lo que “(...) buscaba en su momento asegurar la atención requerida por niños y niñas en el sistema residencial (...)”²²⁶, situación que no fue así, ya que por medio de un análisis crítico del estudio, se establece que el mecanismo consolidado en vez de funcionar como excepción ha sido aplicado de manera regular donde se “(...) amenaza con deslegitimarlo, atentando en contra del interés superior de los niños/as que efectivamente puedan requerirlo”²²⁷.

5.4.2 Subsecretaría de la niñez

Su procedencia es producto directo del informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores de la Cámara de Diputados del año 2014²²⁸ en

²²² MAFFIOLETTI, Francisco “et al”. *Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales*. [En línea] Santiago, Chile: 1-176. 2010. <https://www.sename.cl/wsename/otros/guia_eval_dan_2010.pdf> [Consulta: 7 de noviembre de 2019]

²²³ UNIDAD DE ESTUDIO DEL SENAME. *Análisis sobre la aplicación del artículo 80 bis*. [En línea] Chile. 2010. <https://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/analisis_80_bis.pdf> [Consulta: 7 de noviembre de 2019]

²²⁴ MAFFIOLETTI. *Ibid.* P. 24.

²²⁵ Artículo 80 bis.- Deber de información del Servicio Nacional de Menores. Para efectos de la aplicación de las medidas a que se refiere el artículo 71, así como las que se impongan en virtud de sentencia definitiva, el Servicio Nacional de Menores, a través de sus Directores Regionales, informará periódicamente y en forma detallada a cada juzgado de familia la oferta programática vigente en la respectiva región de acuerdo a las líneas de acción desarrolladas, su modalidad de intervención y la cobertura existente en ellas, sea en sus centros de administración directa o bien en los proyectos ejecutados por sus organismos colaboradores acreditados.

Si el juez estima necesario decretar una medida respecto de la cual no existe en la Región oferta de las líneas de acción indicadas en la ley N° 20.032, comunicará tal situación al Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, quien deberá adoptar las medidas tendientes a generar tal oferta en el menor tiempo posible. Entretanto, el juez decretará alguna de las restantes medidas del artículo 71. Pero, si la cautelar dispuesta es la de la letra h) de dicho artículo, el Servicio Nacional de Menores deberá darle cumplimiento de inmediato y sin más trámite.

²²⁶ UNIDAD DE ESTUDIO DEL SENAME. *Análisis sobre la aplicación del artículo 80 bis*. *Ibid.* P. 1.

²²⁷ *Ibid.* P. 14.

²²⁸ COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. *Informe comisión especial investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la cámara de diputados, por la aprobación del informe de la comisión investigadora del*

función del profundo análisis realizado respecto a que la institucionalidad en materia de derechos de infancia existente hasta el momento era totalmente ineficiente lo que además se condice con ser temáticas que no han sido abordadas con la urgencia debida²²⁹.

Así, a través de la ley N°21.090, publicada en abril del año 2018, se crea la Subsecretaría de la Niñez y modifica la ley N°20.530 sobre Ministerio de Desarrollo Social y ciertos cuerpos legales, estableciendo que esta formará parte de la organización del Ministerio de Desarrollo Social y Familia siendo un órgano colaborador de este último, considerándose dentro de sus funciones y atribuciones a grandes rasgos: estudiar, diseñar y proponer políticas, planes y programas sociales de su competencia; administrar, coordinar, supervisar y evaluar la implementación del sistema Intersectorial de Protección Social establecido en la ley N°20.379; en materias vinculadas a la niñez analizar de manera periódica la realidad nacional y regional con el fin de detectar necesidades de la población, sistematización y análisis de registro de datos y estadísticas, asesorar, estudiar y proponer metodologías respecto a indicadores y encuestas sociales y la promoción del fortalecimiento a la familia acorde a lo indicado en la ley y por último, un especial énfasis en lo indicado en el artículo 3 bis respecto a velar por los derechos de los niños en el ejercicio de sus funciones con atribuciones específicas²³⁰.

5.4.3 Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez y Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez

La ley N°21.090 reseñada en el aparatado anterior, establece que el Comité Interministerial de Desarrollo Social pasará a denominarse Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez en los casos en que le corresponda conocer materias específicas relacionadas a infancia en las cuales la Subsecretaría de la Niñez debe colaborar con el Ministerio, teniendo como objetivos a modo generalizado: “(...) asesorar al Presidente de la República en la determinación de los lineamientos de la

SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental. [En línea] 1-535. Julio 2017. <<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=35387&prmTIPO=INFORMECOMISION>> [Consulta: 7 de noviembre de 2019]

²²⁹ Ibid. Pp. 521-529

²³⁰ Ley N°21.090. *Crea la Subsecretaría de la niñez, modifica la Ley N°20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y modifica cuerpos legales que indica.* Ministerio de Desarrollo Social, Santiago, Chile, 18 de abril de 2018. Artículo 6 bis.

*política social del Gobierno, constituyendo una instancia de coordinación, orientación, información y acuerdo para los ministerios y servicios que lo integran*²³¹.

En segundo lugar, por medio de la Resolución Exenta N°4 de 20 de septiembre del año 2018, se aprueba el Reglamento que regula la constitución y funcionamiento del Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez del Ministerio del Desarrollo Social el cual tendrá como función “(...) *la incorporación de la voz de la ciudadanía en todo el ciclo de la gestión de las políticas públicas en materias de niñez de la Subsecretaría de la Niñez y será el encargado de velar por el fortalecimiento de la gestión pública participativa*”²³². Este organismo realiza reuniones tanto ordinarias como extraordinarias con distintos representantes de la sociedad civil entre los cuales se encuentran fundaciones, corporaciones y/o ONG, académicos y participantes de los consejos consultivos comunales de la niñez como miembros permanentes²³³ y con invitados a opinar y dialogar dependiendo de la materia que se busque tratar.

5.4.4 Defensoría de los Derechos de la Niñez

Por medio de la ley N°21.067, que entró en vigencia el 30 de junio del año 2018, se crea en Chile la Defensoría de los Derechos de la Niñez, corporación autónoma de derecho público, con patrimonio y personalidad jurídica propia²³⁴. Su objeto consiste en “(...) *la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior*”²³⁵. Así, además de tratar el principio del interés superior del niño dentro de su objeto, también es establecido en función de los principios rectores que deben componer su actuar, estableciendo que: “(...) *el interés superior del niño, su derecho a ser oído, la igualdad y no discriminación arbitraria, la autonomía progresiva y el derecho y deber*

²³¹ SCHLEYER, María Trinidad. *Institucionalidad de la infancia en Chile*. [En línea]. Centro de Estudios e Investigación Libertad y Desarrollo, 2018. <<https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/10/SIL-50-Institucionalidad-de-la-infancia-en-Chile-septiembre2018.pdf>> P. 13. [Consulta: 9 de diciembre de 2019]

²³² Resolución N°4 Exenta. *Aprueba Reglamento que regula la constitución y funcionamiento del Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez*. Ministerio de Desarrollo Social, Santiago, Chile, 07 de septiembre de 2018.

²³³ Luis Orellana (Fundación ECAM), Milagros Nehgme (Corporación Opción), Paulo Egenau (Hogar de Cristo), Ana María Farías (Universidad Alberto Hurtado), Carmen Gloria Beroiza (Instituto AIEP), María Jimena Valenzuela (Universidad de los Andes), Isidora Belén Yarur (Consejo Consultivo San Pedro de la Paz) y Yoselin Andrea Ruminot (Consejo Consultivo Nueva Imperial).

²³⁴ Ley N°21.067. *Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez*. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 29 de enero de 2018. Artículo 1.

²³⁵ Ibid. Artículo 2.

preferente de los padres de educar a sus hijos son principios rectores que la Defensoría tendrá siempre en consideración al conocer y pronunciarse respecto de cualquier petición que se le formule o cualquier función que ejerza”²³⁶.

Ahora, si bien su creación e implementación es de reciente data, por lo que no existe una gran cantidad de documentos emanados por esta institución, como recomendaciones, estudios o publicaciones, de igual forma han publicado una serie de observaciones y actuaciones como *amicus curiae* de parte de la defensora de la niñez a diversas instituciones y organismos, con el fin de otorgar el punto de vista de la institución desde la base de los derechos de los NNA, lo que se pasará a revisar a continuación:

- Observación a proyecto de Ley que crea Ministerio de la Familia²³⁷.

Esta observación se divide en consideraciones generales y particulares. Respecto a las primeras, se señala lo lamentable en la omisión dentro del proyecto del “(...) *reconocimiento expreso del deber que tiene el Estado en la consideración permanente e ineludible en su accionar del interés superior del niño*”²³⁸. Dentro de las segundas, se hace mención a que en el proyecto se incorpora efectivamente la definición legal de enfoque familiar pero dejando de lado aspectos fundamentales, esgrimiendo que: “(...) *lamentamos que no se encuentre presente ni visible el interés superior del niño y su derecho al desarrollo integral y armonioso en estas propuestas normativas, dado que solo se menciona al individuo, pero no como parte de una familia, ni tampoco a los niños, niñas y adolescentes que forman parte de ella*”²³⁹. De esta manera, esto generaría ausencia tanto en consideraciones de forma como de fondo respecto a la modificación legislativa en cuestión.

- Observación a proyecto de Ley que Establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez²⁴⁰.

²³⁶ Ibid. Artículo 5.

²³⁷ DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que crea el Ministerio de la Familia y Desarrollo Social (Boletín N°11.951-31)*. [En línea]. Septiembre de 2018. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Oficio-N%C2%B0-64-2018-sobre-Ley-que-crea-Ministerio-de-la-Familia.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²³⁸ Ibid. P. 2.

²³⁹ Ibid. P. 4.

²⁴⁰ DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez*. [En línea]. Enero de 2019. <<https://www.defensorianinez.cl/wp->

En este caso, por medio de la observación se va analizando cada una de las partes y artículos que componen este proyecto de ley, otorgando una mirada crítica de lo que fue aprobado por la comisión encargada respecto a falencias o aspectos que no fueron notados por la cámara del Senado.

Así, en primer lugar, se deja en claro que lo estipulado por el ejecutivo elimina “(...) *toda alusión a prevención, restitución o reparación para el acceso, ejercicio y goce efectivo de los derechos de los NNA, enfocándose solo en protección. Ello no se condice con un sistema de garantías de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que debe contener todos los aspectos que involucran el resguardo del interés superior del niño y la promoción de su desarrollo integral y armonioso*”²⁴¹. A continuación, luego de esta observación generalizada, se procede a analizar los artículos de la ley y cómo afectan al principio en juego siendo de especial relevancia lo señalado en dos apartados: en primer lugar, respecto al artículo segundo inciso quinto²⁴² la Subsecretaría alude a que se estaría estableciendo en un plano de igualdad la vulneración de derechos con aspectos como pertenecer a una etnia en particular, ser discapacitado o migrante, situaciones que no implican necesariamente una vulneración, por lo que el foco de esta ley debiese ser más bien que “(...) *sin discriminación alguna, sean protegidos de cualquier vulneración que afecte su interés superior (...)*”²⁴³ y en segundo lugar, en función del artículo décimo inciso tercero²⁴⁴, donde se hace mención a que para efectos prácticos no resulta útil la utilización

content/uploads/2019/03/ORD-N%C2%B0-17_2019-Proyecto-de-Ley-sobre-Sistema-de-Garant%C3%ADas.pdf
[Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁴¹ Ibid. Pp. 4-5

²⁴² Esta ley promoverá la defensa en particular de los derechos de los niños en situación de discapacidad o provenientes de grupos sociales o específicos, tales como niños inmigrantes, pertenecientes a comunidades indígenas o que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, garantizando su pleno desarrollo y respeto a las garantías especiales que les otorgan la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, y las leyes.

²⁴³ DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez*. Ibid. P. 9.

²⁴⁴ Artículo 10 inciso tercero: Para efectos de determinar el interés superior del niño en el caso concreto, la autoridad administrativa o judicial deberá considerar conjuntamente los siguientes elementos:

- a) Los derechos actuales o futuros del niño que deban ser respetados, promovidos o protegidos por la decisión de la autoridad.
- b) La opinión que el niño exprese.
- c) La identidad del niño y las necesidades que de ella se derivan, sean estas físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico.
- d) La autonomía del niño y su grado de desarrollo.
- e) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos.
- f) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del niño considerando su entorno de vida.

de parámetros fijos sin otorgar una flexibilidad mayor al principio, esgrimiendo que: “(...) *debiere contener, además, que se debe estar a la consideración primordial que merece el interés superior del niño, en tanto principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento y, adicionalmente, a los parámetros indicados, así no se rigidiza la aplicación del mismo*”²⁴⁵.

- Observación a proyecto de ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez²⁴⁶.

En este caso, se parte de la imperiosa necesidad de Chile de contar con una adecuada institucionalidad para el desarrollo del derecho de infancia. Sin embargo, la primera crítica apunta a que la creación de este Servicio se refiere únicamente a vulneraciones graves que se enmarquen dentro de un contexto familiar y no fuera de este, lo que es de absoluta gravedad ya que los niños son víctimas en una serie de otros sectores de su desarrollo habitual “(...) *razón por la que el abordaje restringido de esta ley, vinculado a un análisis únicamente a la luz de las vulneraciones que se pueden producir en el ámbito familiar, no permite dar efectiva cabida a la consideración del interés superior del niño, niña o adolescente del país y no se orienta al cumplimiento de la obligación estatal de prevenir la vulneración de derechos en cualquier ámbito del desarrollo de NNA*”²⁴⁷.

- Amicus Curiae sobre secuestro internacional I²⁴⁸.

En autos sobre un recurso de queja en materia de secuestro internacional, la Defensora de la Niñez expone a la Corte Suprema su opinión técnica, comentarios, observaciones y sugerencias en su calidad de “Amicus curiae”.

g) La opinión de los padres y/o madres, representantes legales o de quien lo tuviere legalmente a su cuidado, salvo que sea improcedente.

h) Otras circunstancias que resulten pertinentes en el caso concreto que se conoce, tales como los efectos probables que la decisión pueda causar en su desarrollo futuro.

Tratándose de actos o decisiones que se refieran a la totalidad de los niños o a un grupo de ellos, se deberá evaluar el interés superior del niño atendiendo a las circunstancias generales o a las específicas del grupo al que se refiera la decisión.

²⁴⁵ DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez*. Ibid. P. 19.

²⁴⁶ DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez (Boletín N°12.027-07)*. [En línea]. Septiembre de 2018. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Oficio-N%C2%B061_2018-Sobre-Ley-que-crea-el-Servicio-de-Protecci%C3%B3n-a-la-ni%C3%B1ez.pdf> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁴⁷ Ibid. P. 2.

²⁴⁸ DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Solicitudes al Estado de Chile. Poder Judicial. Amicus Curiae sobre Secuestro Internacional I*. [En línea] <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Secuestro-internacional-1.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

Es así, como sobre la sentencia esgrimida se solicita una pronunciación sobre el respeto irrestricto que debe existir al interés superior de los niños involucrados en la causa en cuestión. De esta manera y con la finalidad de sustentar lo anteriormente mencionado, se parte estableciendo el concepto del interés superior del niño señalando que: “(...) *si bien ha sido catalogado por algunos autores como difuso, si se ha delimitado lo que contempla*”²⁴⁹. Luego, se estipula la necesidad de tener en cuenta en las resoluciones judiciales este principio señalando la ratificación de la CDN junto a su consagración en el artículo tercero de la misma, su consignación en las distintas normativas vigentes chilenas que lo contemplan y su gran reconocimiento a nivel internacional en donde se ha desprendido abstractamente de varios tratados internacionales ratificados por nuestro país.

A continuación, posterior a realizar este análisis normativo, se llega a la conclusión sobre el caso concreto en que: “(...) *en todos aquellos asuntos relativos al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, además de la aplicación de las normas procesales allí contempladas, las decisiones alcanzadas también deberán considerar la aplicación sustantiva de derechos humanos, especialmente aquella que resulta ineludible de atender y resguardar por el tribunal y cualquier órgano del Estado, correspondiente al interés superior de niño, niñas y adolescentes*”²⁵⁰. Dicha interpretación constituye un precedente importante que busca sentar el principio en aquellas normativas y procesos en que se encuentren involucrados NNA.

A todo lo anterior, se agrega la necesidad de lograr un equilibrio justo al contraponer los intereses de NNA respecto de los de sus padres, debiendo realizarse exámenes de fondo en relación al caso concreto y contemplar todos los demás principios que resulten aplicables. Por último, y a modo de conclusión, se expresa que: “*La relevancia de dicha decisión jurisdiccional, con un impacto indiscutible en el desarrollo vital futuro de niños, niñas y adolescentes, debe ser suficientemente fundada en el principio central que mandata la Convención Sobre los Derechos del Niño, el interés superior del niño, único que permite sostener que una decisión jurisdiccional permitirá concretar, de manera efectiva y real, el desarrollo armonioso e integral del niño, niña o adolescente involucrado en el caso concreto de que se trate*”²⁵¹.

²⁴⁹ Ibid. P.4.

²⁵⁰ Ibid. P.6.

²⁵¹ Ibid. P.10.

- Amicus Curiae sobre secuestro internacional II²⁵².

El presente caso también hace referencia a una causa de secuestro internacional en donde el juzgado de familia accedió a la solicitud de restitución de la niña a los Estados Unidos Mexicanos. Aquí, tal como sucede en la situación anterior, se solicita a la Corte Suprema su pronunciamiento respecto del interés superior de la niña de autos en relación a distintos elementos. En primer lugar, se hace referencia al concepto y definición del mismo, haciendo hincapié en la forma de análisis en tres dimensiones consagrada en la Observación General N°14 (como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento). Luego, se señala la necesidad de tener en cuenta el principio en las resoluciones judiciales como parte integrante de los distintos textos normativos tanto de nuestra legislación interna como de los tratados internacionales ratificados lo que va directamente relacionado con la consideración que se debe tener a la opinión de NNA. Posteriormente, se da cuenta de la importancia de lograr un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos de NNA y los padres en asuntos de este tipo, y la necesidad de realizar un examen de fondo poniendo énfasis en la existencia de cuatro principios que es necesario considerar de forma expresa en los casos que afecten el desarrollo integral (interés superior del niño, el derecho a ser oído, el arraigo y el derecho a la identidad y nacionalidad)²⁵³. Finalmente, se alude a la obligación de los Tribunales de Justicia de incluir en sus resoluciones judiciales, las consecuencias positivas o negativas de las decisiones adoptadas, donde señala que: *“La importancia de esta obligación, radica precisamente en la ponderación de los diferentes elementos que se deben tener en cuenta en cada caso concreto, lo que constituye una garantía procesal, que trae como consecuencia el disfrute pleno de los derechos reconocidos en la Convención y en sus protocolos facultativos”*²⁵⁴.

Es así como en ambos casos sobre secuestro internacional, se da cuenta de que los principios y las consideraciones mencionadas no fueron desarrolladas o ponderadas, señalando las consecuencias que ni el juzgado de familia ni la Ilustrísima Corte de Apelaciones hayan fallado correctamente, instando por tanto y por medio de este recurso, a la Corte Suprema para que haga el análisis correspondiente que mandatan las distintas normativas específicas sobre infancia.

²⁵² DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Solicitudes al Estado de Chile. Poder Judicial. Amicus Curiae sobre Secuestro Internacional II*. [En línea] <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Secuestro-Internacional-2.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁵³ Ibid. P.20.

²⁵⁴ Ibid. P. 21.

5.5 Informes y observaciones entre Chile y el Comité de los Derechos del Niño

La CDN consagra el compromiso de los Estados Partes de presentar informes periódicos al Comité que traten “(...) *sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos*”²⁵⁵. Asimismo, hace referencia a la periodicidad con que estos deben ser comunicados, señalando que en el plazo de dos años desde la fecha en que entre en vigor la Convención para cada Estado y posterior a esto, cada cinco años.

De esta manera, una vez que los informes son recibidos por el Comité, este procede a realizar las observaciones correspondientes a lo informado por los respectivos países, en donde se entregan sugerencias y un análisis acabado de los aspectos pendientes a incorporar en su legislación interna.

5.5.1 Informes periódicos

En el caso de Chile, hasta el momento existen cuatro informes de este tipo con sus respectivas observaciones, los que serán analizados a continuación:

- 1993. Primer informe del Estado de Chile sobre el grado de avance y cumplimiento de los derechos establecidos en la CDN²⁵⁶.

Con fecha 22 de junio del año 1993, Chile presenta su primer informe ante el Comité. Por lo mismo, su contenido es bastante general y se remite únicamente a analizar aspectos establecidos en la CDN y formas iniciales de consagración de derechos de infancia en nuestro país, considerando también el contexto político post-dictadura latente.

Este documento se divide en ocho apartados: Medidas generales de aplicación; Definición del niño; Principios generales, derechos y libertades civiles; Entorno familiar y otro tipo de tutela; Salud básica y bienestar; Educación, esparcimiento y actividades culturales y, por último, Medidas especiales de protección.

²⁵⁵ Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño*. Ibid. Artículo 44.

²⁵⁶ ESTADO DE CHILE. *Informes iniciales que los Estados partes debían presentar en 1993. Adición: CHILE*. [En línea] Chile. 22 de junio de 1993. <<https://www.defensorianez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-1993.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

Respecto al interés superior del niño, este es tratado únicamente en el apartado de principios generales de forma muy concisa, señalando en primer lugar que, si bien no se encuentra de forma expresa en la normativa interna, se ha ido incorporando por medio de la CDN, agregando que: “(...) *cabe destacar que la generación, propuesta y desarrollo de las políticas públicas dirigidas a la infancia dan cuenta de la relevancia que Chile asigna al interés de los niños*”²⁵⁷. Sin embargo, en el párrafo siguiente, se hace reseña al conflicto existente en nuestro país a esa fecha y sobre el propósito del Gobierno de buscar adecuar el derecho interno a la CDN, lo que se vio reflejado específicamente en el proyecto de ley que buscaba sustraer a los niños del ámbito penal, lo que se entendía por ciertos sectores “(...) *como contrapuesto al interés de la sociedad en la preservación del orden y seguridad pública, lo que en alguna medida dificulta la aprobación de las ya mencionadas modificaciones legales*”²⁵⁸.

Como respuesta a dicho informe, el 22 de abril del año 1994, el Comité desarrolla sus observaciones a este²⁵⁹ destacando sus aspectos positivos y haciendo referencia a la necesidad de que el Gobierno busque armonizar de forma completa la legislación interna respecto a lo dispuesto en la CDN, con el fin de garantizar por medio de los principios generales “(...) *que los mejores intereses del niño sean la consideración principal en todas las medidas que afecten a los niños*”²⁶⁰.

- 1999. Segundo informe del Estado de Chile sobre el grado de avance y cumplimiento de los derechos establecidos en la CDN²⁶¹.

El segundo informe de Chile de fecha 10 de octubre del año 1999, es bastante más extenso que el anterior y trata el principio en estudio de forma mucho más clara y respecto a una gran diversidad de materias. Así, el informe inicia en primer lugar, dando cuenta del reconocimiento en la normativa interna de los derechos enunciados en la CDN, señalando los siguientes: ley N°19.335 en la cual se crea la institución de los bienes familiares con el fin de “(...)

²⁵⁷ Ibid. P. 21.

²⁵⁸ ESTADO DE CHILE. *Informes iniciales que los Estados partes debían presentar en 1993*. Loc. Cit.

²⁵⁹ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Examen de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con el artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile*. [En línea] 22 de abril de 1994. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-1994.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁶⁰ Ibid. P. 3.

²⁶¹ ESTADO DE CHILE. *Informes periódicos que los Estados Parte debían presentar en 1997*. [En línea]. Chile. 10 de octubre de 1999. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-1999.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

*salvaguardar los derechos de la familia, y en especial el interés superior del niño (...)*²⁶² dando la posibilidad al juez de establecer derechos de usufructo, uso o habitación en virtud del principio objeto de estudio; ley N°19.581 con la cual finaliza la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, otorgando un trato igualitario en virtud de que “(...) *la patria potestad no se ejerce en interés de los padres sino en beneficio de los hijos (...)*”²⁶³ y, por último, el proyecto de ley que reforma la ley N°16.618 (Ley de Menores) en donde se consagra el interés superior del niño señalando que: “(...) *se obligará a que en todas las medidas que adopten las instituciones públicas o privadas, de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos, esté presente como consideración primordial el interés superior del niño o adolescente*”²⁶⁴.

En segundo lugar, en el apartado que se refiere a los principios generales, se da cuenta de la forma en que ha sido tratado el interés superior del niño, señalado que: “(...) *desde la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al ordenamiento jurídico chileno, la cuestión del interés superior del niño ha sido materia de discusión en los distintos ámbitos relacionados con la vida infantil y adolescente (...)*”²⁶⁵, encontrándose explícitamente establecido en materia de infracciones juveniles a la ley penal, adopción, tribunales de familia y sobre visitas y subvenciones. Asimismo, se menciona el nuevo sistema integral donde jueces son asesorados por profesionales de otras áreas debiendo considerar “(...) *el interés superior del niño al momento de dictar alguna medida que le pueda afectar*”²⁶⁶.

Por último, este es señalado en virtud de una serie de otras materias que hoy en día ya se encuentran consagradas en nuestro ordenamiento pero que en ese momento recién comenzaban a surgir: responsabilidad de los padres, separación de estos, reunión de la familia, pago de la pensión alimenticia de los niños, niños privados de su medio familiar, la adopción, examen periódico de condiciones de internación, salud, educación, medidas especiales de protección, administración general de justicia de menores, niños sometidos a explotación y niños pertenecientes a minorías o grupos indígenas.

²⁶² Ibid. P. 6

²⁶³ Ibid. P. 7

²⁶⁴ Ibid. P. 14.

²⁶⁵ Ibid. P. 44.

²⁶⁶ Ibid. P. 45.

El examen de este informe fue evacuado por el Comité en el año 2002²⁶⁷ y respecto al principio en estudio, existen dos observaciones principales a tener en cuenta: en primer lugar, respecto a los principios consagrados en la CDN, el Comité ve con preocupación que:“(…) *no se tengan plenamente en cuenta en la legislación y en las decisiones administrativas y judiciales del Estado Parte, ni en las políticas y los programas nacionales y locales para la infancia (…)*”²⁶⁸ y por otro lado, recomienda específicamente en el área del derecho a la salud, la adopción de nuevas medidas y que:“(…) *Cree servicios confidenciales de orientación, atención y rehabilitación que tengan en cuenta las necesidades especiales de los jóvenes y no requieran el consentimiento de los padres cuando ellos corresponda al interés superior del niño*”²⁶⁹.

- 2005. Tercer informe del Estado de Chile sobre el grado de avance y cumplimiento de los derechos establecidos en la CDN²⁷⁰.

En el tercer informe de fecha 11 de octubre del año 2005, con normativa y un desarrollo del derecho de infancia un poco más completo de nuestro país, se realiza este documento en respuesta a lo observado anteriormente por el Comité en donde presentaron ciertas preocupaciones por una consolidación más bien general de los principios en toda la normativa concerniente al derecho de infancia.

Es así como se informa que los principios en cuestión (incluido el principio del interés superior del niño), se encuentran consagrados en la Política Nacional y Plan Integrado a Favor de la Infancia y la Adolescencia 2001-2010, pero que pese a esto “(…) *el proceso de insertar estos principios en la sociedad en general y en los distintos niveles del aparato estatal es extremadamente complejo, y si bien existen avances al respecto se requiere de cambios culturales a nivel nacional*”²⁷¹.

A continuación, se reconoce que el principio del interés superior del niño no se encuentra establecido en toda la normativa, como por ejemplo en la ley N°16.618, la que constituía una

²⁶⁷ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile*. [En línea]. 03 de abril de 2002. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-2002.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁶⁸ Ibid. P. 5

²⁶⁹ Ibid. P. 10.

²⁷⁰ ESTADO DE CHILE. *Informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 2005: Chile*. [En línea]. Chile. 10 de octubre de 2005. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-2005.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁷¹ Ibid. P. 16.

dificultad para hacer efectiva su aplicación dado que uno de sus puntos críticos es que no incorporaba la separación de vías de acción entre la protección de derechos y la infracción a la ley penal²⁷². Sin embargo, esta situación se encontraría siendo reparada por medio de las orientaciones técnicas del SENAME y la agenda legislativa pendiente²⁷³ “(...) *que considera procedimientos que protegen los derechos y garantías procesales y contempla el interés superior del niño dentro de sus lineamientos centrales*”²⁷⁴. Además, se reitera la incorporación del interés superior en materia civil por medio de la Ley de filiación del año 1998 y ahora por la ley N°19.910 sobre adopción de octubre del año 2003.

Dos años después, en abril del año 2007, el Comité realiza las observaciones²⁷⁵ respectivas, siendo bastante crítico y tajante en sus recomendaciones. Así, en cuanto al principio en estudio, señala que: *“Preocupa al Comité que la legislación y las políticas actuales no tengan en cuenta el principio del interés superior del niño. Toma nota además de que la actitud paternalista frente a los niños afecta a su capacidad de ejercer los derechos consagrados en la Convención. El Comité recomienda que el Estado Parte incorpore plenamente el principio del interés superior del niño en todos los programas, políticas y procedimientos judiciales y administrativos, y en particular en la reforma de la Ley de menores y en la aplicación de la Política Nacional y el Plan de Acción. Asimismo, el Comité recomienda que el Estado Parte adopte medidas de sensibilización sobre el principio del interés superior del niño”*²⁷⁶.

Sumado a lo anterior, realiza dos observaciones claves en materia de derecho familia e infancia enfocado siempre en el bienestar de NNA, señalando en primer lugar, la recomendación de que los hogares de acogida sean considerados un último recurso y de forma alternativa en virtud del interés superior del niño y en segundo lugar, en relación a la ley de adopción en donde se propone que: *“Teniendo en cuenta el interés superior del niño y considerando el elevado número de niños*

²⁷² Ibid. P. 22.

²⁷³ Proyecto de Ley sobre protección de los derechos de los niños y niñas y Proyecto de Ley que establece un sistema de responsabilidad juvenil para adolescentes infractores de la ley penal.

²⁷⁴ ESTADO DE CHILE. *Informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 2005*. Ibid. P. 20.

²⁷⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile*. [En línea]. 23 de abril de 2007. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-2007.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁷⁶ Ibid. P. 7.

*colocados en instituciones, el Comité recomienda que el Estado Parte fomente la posibilidad de la adopción nacional, por ejemplo, contemplando disposiciones que permitan adoptar niños a las parejas de hecho*²⁷⁷.

- 2012. Cuarto y quinto informe del Estado de Chile sobre el grado de avance y cumplimiento de los derechos establecidos en la CDN²⁷⁸.

En el año 2012 Chile entrega sus informes cuarto y quinto respecto a los cuales llama bastante la atención la breve referencia y desarrollo que se hace del principio en estudio. Es así como en el capítulo de los principios, se limitan a enumerar los avances y desarrollos en que ha sido incorporado: en primer lugar, se repite lo esgrimido en el informe anterior sobre su incorporación transversal en las orientaciones técnicas que forman parte de SENAME; posteriormente, se destaca el trabajo que se ha realizado con los jueces de familia con el “(...) *fin de revisar y perfeccionar los mecanismos dirigidos a la adopción de medidas protectoras y su cumplimiento integral a través de los programas que acogen a niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, en especial aquellos separados de su familia* (...)”²⁷⁹; en materia de justicia juvenil se destaca la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, donde se busca reinsertar a los adolescentes en virtud de su interés superior y, por último, se vuelve a señalar que en materia de adopción, tanto la ley como sus reglamentos y lineamientos técnicos incorporan este principio.

Como respuesta a lo anterior, en el año 2015 el Comité realiza observaciones al informe presentado²⁸⁰ siendo nuevamente muy crítico respecto del documento entregado por Chile. Así, en primer lugar, se recomienda realizar un enfoque basado en los derechos del niño con el fin de establecer el presupuesto estatal y “(...) *evaluar de qué manera las inversiones en cualquier sector pueden servir al interés superior del niño*”²⁸¹. A continuación, se enfoca exclusivamente en el principio en cuestión señalando que el Comité tiene claro que para Chile es un principio fundamental en su normativa interna, pero que de igual forma manifiesta su preocupación por dos motivos: el

²⁷⁷ Ibid. P. 10.

²⁷⁸ ESTADO DE CHILE. *Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención. Informes periódicos cuarto y quinto que los Estados Parte debían presentar en 2012. Chile*. [En línea] Chile. 27 de octubre de 2012. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-2012.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁷⁹ Ibid. P. 20.

²⁸⁰ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*. [En línea]. 30 de octubre de 2015. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-2015.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁸¹ Ibid. P. 4.

primero, porque no sea aplicado en todos los ámbitos y que los jueces al dictar resoluciones no siempre explican los criterios utilizados para determinarlo y el segundo, por el hecho de que “(...) no sea una consideración transversal en todas las áreas de la formulación de políticas”²⁸².

A raíz de lo anterior y de la Observación General N°14: “(...) el Comité recomienda al Estado parte que intensifique sus esfuerzos para que ese derecho sea incorporado debidamente, e interpretado y aplicado de manera sistemática en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales, así como en todos los programas, proyectos y políticas que son pertinentes para los niños y repercuten en su situación. En este sentido, se alienta al Estado parte a que elabora procedimientos y criterios con miras a orientar a todas las personas facultadas para determinar el bien superior del niño en todos los aspectos, y a que dé a esos intereses el debido peso como consideración primordial”²⁸³.

Posteriormente, resulta del todo preocupante para nuestro país, que el Comité haya debido reiterar y recordar las recomendaciones realizadas anteriormente, en función de incluir y tener en cuenta el principio del interés superior del niño respecto a ciertas materias: hogares de acogida como modalidad alternativa siendo un instrumento de última ratio; garantizar criterios y salvaguardas adecuados para determinar si un niño debe ser colocado en un centro de cuidados alternativos; prestar asistencia a los padres para que cuando deban volver a detentar el cuidado de sus hijos este sea en virtud de su interés superior y, por último, mantener el contacto entre padres e hijos.

Para finalizar, son agregadas nuevas recomendaciones de parte del Comité bastante innovadoras y radicales para la situación chilena. La primera, en materia de salud, solicitando se despenalice el aborto con el fin de garantizar el interés superior de las adolescentes, otorgando condiciones de seguridad y atención después de esto considerando sus opiniones y, la segunda, respecto a los niños que habitan en las calles, buscando que se reunifiquen con sus familias mientras esto no sea contrario a su interés superior.

5.5.2 Informe relativo a procedimiento de comunicaciones

Tal como se mencionó en el apartado 5.5, las observaciones recién analizadas, constituyen una obligación periódica que adquirieron los Estados Parte al ratificar la CDN en sus respectivos

²⁸² Ibid. Pp 6-7.

²⁸³ Ibid. P. 7.

países. Sin embargo, con fecha 17 de junio del año 2011, se aprobó el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones, el cual establece en su artículo décimo tercero el procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas que puedan acontecer en los países miembros.

En virtud del protocolo y artículo mencionado, en el año 2016 el Comité recibió una solicitud de investigación respecto a los NNA que se encuentran privados de su entorno familiar en los centros residenciales bajo control directo o indirecto del SENAME las cuales se indicaban en los hechos como graves y sistemáticas.

Así, el Comité decidió solicitar a Chile sus observaciones respecto al caso, las que fueron presentadas el 18 de mayo del año 2017. Posterior a esto, el Comité en virtud de la información obtenida y apreciando toda la información proporcionada señaló que: “(...) *decidió realizar una investigación confidencial sobre la potencial violación grave o sistemática de diversas disposiciones de la Convención con respecto a un importante porcentaje de NNA bajo tutela del Estado parte, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo Facultativo y en el artículo 36 de su Reglamento y designar a tal efecto a los señores Jorge Cardona y José Rodríguez Reyes, miembros del Comité, para llevarla a cabo (...)*” de donde emanó posteriormente, el Informe de la investigación hecha a Chile relativa a un proceso de Comunicaciones²⁸⁴.

En este documento, el Comité realiza una serie de observaciones muy relevantes para nuestro país en consideración al interés superior del niño y al desarrollo práctico poco eficaz que ha tenido la institución del SENAME durante estos años.

En el título quinto se trata la existencia de una violación grave o sistemática de los derechos de los niños, niñas y adolescente que se encuentran en centros de protección residenciales en Chile bajo control directo o indirecto del SENAME, dando cuenta en el primer apartado sobre la violación a las obligaciones del Estado de Chile derivadas de la Convención en los casos de los NNA que se encuentran privados de libertad estableciendo en cuanto al interés superior del niño, que a pesar de que la separación de la familia debe consistir en una herramienta

²⁸⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. [En línea] 01 de junio de 2018. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/2018-Informe-del-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-de-la-Ni%C3%B1ez.pdf>> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

de última ratio como fue señalado en diversos informes realizados por el Comité, los jueces no consideran acciones sociales para evitar las situaciones de vulneraciones de derechos y además, persiste la insuficiente motivación en las sentencias situación que: *“(..). impide conocer los elementos considerados, la ponderación entre los mismos, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinación del interés superior del niño como consideración primordial de la decisión adoptada”*²⁸⁵.

Asimismo, se critica el hecho de que los programas residenciales no realicen evaluaciones periódicas de las medidas de internación acorde al interés superior del niño, lo que ha tenido como efecto, que existan niños, niñas y adolescentes que en el sistema chileno cumplen largos periodos de internación superando incluso los cinco años.

De esta manera, y de forma conclusiva, se establece que : *“El Comité considera que el Estado parte viola los artículos 3.1 y 25 de la Convención por no garantizar el derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial (...)”*²⁸⁶ señalando a continuación una enumeración de las situaciones concretas de vulneración que ocurren en nuestro país dentro de las que se encuentran: la prevalencia de internación sobre medidas alternativas; el no establecimiento de los criterios y circunstancias que deben ser ponderados para determinar el interés superior del niño junto con no motivar suficientemente las sentencias en relación a este; la no realización de evaluaciones periódicas; la prolongación de forma excesiva de los tiempos de internamiento y por último, la separación de hermanos por consideraciones administrativas.

Sin embargo, dicho análisis es solamente respecto a la violación de un artículo de la CDN que es el que se encuentra en estudio, pero a modo conclusivo, el Comité atribuye al Estado de Chile la violación de un gran número de artículos de la CDN: 2, 3 (1) y (2), 4, 6, 9, 12, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 28, 31, 34, 37 (a) y 39, los que deben tenerse en consideración con las Observaciones Generales competentes.

Seguido de lo anterior, es posible esgrimir la naturaleza grave y sistemática de las violaciones donde: *“El Comité considera que las violaciones descritas no son producto de circunstancias puntuales, de personas concretas o de una determinada coyuntura, sino que su mantenimiento a lo largo de casi 40 años y la falta de corrección ante las reiteradas denuncias y constataciones, demuestra que existen unas causas*

²⁸⁵ Ibid. P. 6.

²⁸⁶ Ibid. P. 6

*estructurales que han permitido esta situación*²⁸⁷. Respecto a estas últimas el Comité considera que son cuatro principalmente: la visión tutelar de la infancia, una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado, la excesiva judicialización del sistema y la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y financieros del sistema. Y por lo mismo, recomienda una serie de aspectos que en virtud de la gravedad del asunto, constituyen suma urgencia para nuestro país: adoptar el paradigma de la protección integral consagrado en la CDN; asumir plenamente la responsabilidad de regular, controlar y financiar el respeto, protección y realización de todos los derechos de los NNA en el sistema de protección; desjudicializar el sistema de protección y, por último, la dotación de recursos en todas las áreas e incorporación de programas formativos junto a procedimientos eficaces de supervisión general.

En respuesta a este informe y en consideración a la gravedad de los hechos, el Estado de Chile da a conocer este públicamente²⁸⁸ y el Gobierno responde por medio de un documento que contiene parte de la respuesta que debe hacerse llegar al Comité²⁸⁹, indicando medidas que ya han sido establecidas y otras que se comprometen a tener en concisas nueve páginas emanadas de parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Posterior a esto, en diciembre del año 2018, fue publicado el documento oficial donde el Estado de Chile presenta su respuesta respecto a la investigación realizada²⁹⁰ entregando compromisos con el fin de poner término a estas violaciones y cumplir con las recomendaciones del Comité, señalando respecto del interés superior del niño una serie de avances: tramitación del proyecto de ley que crea el Servicio de Garantías de los Derechos de la Niñez, tramitación del proyecto de ley que crea el Servicio de Protección de la Niñez, supervisión en Plataforma Senainfo, tramitación del proyecto de ley que modifica la ley N°20.032 y el decreto ley N°2.465

²⁸⁷ Ibid. P. 17.

²⁸⁸ Ya que a priori, acorde a lo establecido por la CDN y el Protocolo Facultativo de procedimientos de comunicación, dicho informe debe ser confidencial.

²⁸⁹ ESTADO DE CHILE. *El Estado de Chile da a conocer el informe del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas: Primera Aproximación del Gobierno*. [En línea] Chile, 30 de julio de 2018. <[http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Respuesta del Estado al Informe del Comit%C3%A9 de Derechos del Ni%C3%B1o 30-07-2018.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Respuesta_del_estado_al_Informe_del_Comit%C3%A9_de_Derechos_del_Ni%C3%B1o_30-07-2018.pdf)> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

²⁹⁰ ESTADO DE CHILE. *Respuesta del Estado de Chile al informe de la investigación relacionada en virtud del artículo 13 del protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones*. [En línea]. Chile, diciembre de 2018. <[http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/Respuesta del estado de Chile al Informe del Comit%C3%A9 de los derechos del ni%C3%B1o MINJUDDHH Dic2018.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/Respuesta_del_estado_de_Chile_al_Informe_del_Comit%C3%A9_de_los_derechos_del_ni%C3%B1o_MINJUDDHH_Dic2018.pdf)> [Consulta: 10 de noviembre de 2019]

del año 1979 del Ministerio de Justicia, tramitación del proyecto de ley sobre Reforma Integral al Sistema de Adopción (Boletín N° 9119-18), desarrollo de los compromisos interministeriales por el cuidado residencial y Programa Mi abogado de defensa especializada para NNA.

5.6 Proyectos de ley

Con el fin de analizar los aspectos pendientes y las proyecciones de la normativa nacional, examinaremos los distintos proyectos de ley que se encuentran en tramitación actualmente en torno a derechos de infancia y al interés superior del niño, poniendo especial énfasis en la forma en que este principio será tratado, interpretado e incorporado en estos textos normativos.

- Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes (Boletín N°8.911-18)²⁹¹.

Ingresado el 30 de abril del año 2013 e impulsado por el primer gobierno de Sebastián Piñera, este proyecto se encuentra actualmente en el primer trámite constitucional siendo tramitado en todo momento con urgencia simple. A pesar de no haber avanzado desde ese año, en cuanto a su contenido, este se encuentra fundamentado en el robustecimiento de los derechos y garantías que deben ser otorgados y consolidados en torno a los menores de edad, donde se establece que: *“(..)* se decidió a dar el paso de crear una ley de protección de sus derechos, de manera que los promueva, proteja integralmente y prevenga su vulneración y en orden a que en todas las actuaciones en que se vean afectados sus derechos, se tome en consideración el interés superior del niño, el cual se expresa en su reconocimiento y respeto²⁹².

Es así, como el principio en estudio se encuentra contemplado en una serie de artículos del proyecto de ley: consideración de este en todas las actuaciones judiciales o administrativas²⁹³, como principio rector a considerar en relación a los demás principios consolidados²⁹⁴, en función del rol prioritario de la familia en el cuidado de los niños²⁹⁵ y respecto a los objetivos que debe

²⁹¹ Proyecto de Ley Boletín N°8911-18. *Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Cámara de Diputados, Chile, 30 de abril de 2013.

²⁹² Ibid. P. 4.

²⁹³ Ibid. Artículo 5.

²⁹⁴ Ibid. Artículo 8.

²⁹⁵ Ibid. Artículo 8.

tener la Política Nacional de los Niños considerando con especial énfasis la autonomía progresiva y el interés superior²⁹⁶.

- Reforma integral al sistema de adopción en Chile (Boletín N°9.119-18)²⁹⁷.

Ingresado el 8 de octubre del año 2013 y también impulsado por el primer gobierno de Sebastián Piñera, este proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional en la cámara del Senado. Dentro de su fundamentación, se encuentra el hecho de que la adopción “(...) *no quedó ajena al cambio de paradigma, basada en el interés superior del niño, considerando a este como sujeto de pleno derechos y orientando su quehacer en la necesidad de otorgar una familia al niño que ha sido vulnerado en este derecho esencial*”²⁹⁸. Asimismo, se busca en virtud de este principio, la modificación y ampliación del orden de prelación de los posibles adoptantes incluyendo matrimonios residentes en el extranjero, viudos, divorciados, solteros, entre otros.

En virtud de lo anteriormente señalado y en cuanto al cuerpo normativo, se establece en su título segundo la consolidación de los principios que se considerarán, donde destaca el interés superior del niño junto a una clara definición de este: “*Se entenderá por interés superior del niño la satisfacción integral simultánea de los derechos de las niñas, niños y adolescentes consagrados en la Constitución Política de la República y las leyes, el Convenio, la Convención de los Derechos del Niño, y los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”²⁹⁹.

- Sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín N°10.315-18)³⁰⁰.

Ingresado el 24 de septiembre del año 2015 en el segundo gobierno de Michelle Bachelet, se encuentra actualmente en segundo trámite constitucional. Este proyecto de ley tiene como finalidad, establecer “(...) *un sistema de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el pleno*

²⁹⁶ Ibid. Artículo 9.

²⁹⁷ Proyecto de Ley Boletín N°9119-18. *Reforma integral al sistema de adopción en Chile*. Cámara de Diputados, Chile, 08 de octubre de 2013.

²⁹⁸ Ibid. P. 2.

²⁹⁹ Ibid. Artículo 9.

³⁰⁰ Proyecto de Ley Boletín N°10.315-18. *Sistema de garantía de los derechos de la niñez*. Cámara de Diputados, Chile, 24 de septiembre de 2015.

*desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños denominado Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez*³⁰¹.

En cuanto al planteamiento de la normativa y la inclusión del interés superior del niño, este es mencionado y determinado en relación a los siguientes aspectos: como directriz de interpretación de las leyes y normas en función de la promoción, protección o garantía de los derechos de los niños³⁰²; respecto al derecho a la honra y a la propia imagen en la cual los medios de comunicación y los profesionales de la comunicación deberán tener especial respeto y consideración por su interés superior³⁰³ y en relación a la medida judicial de protección de derechos del niño y la posibilidad de ordenar la internación residencial³⁰⁴.

Es de especial consideración el artículo³⁰⁵ que consolida especialmente el principio en estudio, donde este será “(...) entendido como el disfrute y satisfacción de sus derechos (...)” debiendo ser considerado en todo momento. Asimismo, se establecen aspectos a tener en cuenta para determinar el interés superior del niño de manera concreta: “a) Los derechos actuales o futuros del niño, que deben ser resguardados y protegidos por la decisión; b) La opinión que el niño exprese; c) La identidad del niño y las necesidades que de ella se derivan, sean éstas personales, físicas, emocionales, sociales, culturales o de origen étnico; d) Las capacidades del niño y su grado de desarrollo; e) Cualquier situación de especial desventaja en la que se encuentre el niño, que haga necesaria una protección reforzada para el goce y ejercicio efectivos de sus derechos; f) Los perjuicios que el niño haya sufrido y g) La seguridad y la integridad inmediatas del niño, así como los efectos probables que la actuación o decisión pueda causarle en su desarrollo futuro, sea directa o indirectamente”³⁰⁶.

- Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes y a otras normas que indica. (Boletín N°11.174-07)³⁰⁷.

Ingresado el 4 de abril del año 2017 y actualmente en primer trámite constitucional y con urgencia suma, este proyecto de ley busca establecer y consolidar un mecanismo de protección e

³⁰¹ Ibid. P. 10

³⁰² Ibid. Artículo 3.

³⁰³ Ibid. Artículo 22.

³⁰⁴ Ibid. Artículo 36.

³⁰⁵ Ibid. Artículo 9.

³⁰⁶ Loc. Cit.

³⁰⁷ Proyecto de Ley Boletín N°11.174-07. *Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica.* Senado, Chile, 04 de abril de 2017.

incentivo a la reinserción respecto a la justicia penal adolescente. De esta manera, se crearía el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil como un servicio público descentralizado, cuya mayor relevancia a nuestro objeto en estudio tiene directa relación con la consolidación del interés superior como principio rector en sus actuaciones respecto de los jóvenes que sean sujetos de atención³⁰⁸.

- Crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica (Boletín N°12.027-07)³⁰⁹.

Ingresado el 17 de agosto del año 2018 y encontrándose actualmente en segundo trámite constitucional con urgencia suma, este proyecto de ley se fundamenta en la necesidad de una nueva institucionalidad en materia de infancia, el rol decisivo de la familia durante la niñez y la importancia del rol de colaboración entre el Servicio y los demás organismos. Por lo mismo, el objeto de este Servicio “(...) será la protección especializada de niños y niñas, entendida como la restitución del ejercicio de los derechos vulnerados de niños y niñas debido a abuso o maltrato, y la reparación de las consecuencias provocadas por dichas vulneraciones”³¹⁰.

En cuanto al principio del interés superior del niño, este será considerado como principio rector³¹¹, respecto a las medidas de cuidado alternativo ya sea de tipo residencial o familiar³¹² y tendrá especial relevancia respecto de las sanciones que se busquen aplicar³¹³.

5.7 Conclusiones

A modo de cierre del presente capítulo, es posible dar cuenta de que el derecho de infancia en nuestro país no escapa de los problemas de incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento interno, por lo que existe un vacío que no ha sido llenado por la legislación nacional derivando su incorporación en la aplicación jurisprudencial.

³⁰⁸ Ibid. Artículo 4.

³⁰⁹ Proyecto de Ley Boletín N°12.027-07. *Crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica*. Cámara de Diputados, Chile, 17 de agosto de 2018.

³¹⁰ Ibid. P. 9.

³¹¹ Ibid. Artículo 4.

³¹² Ibid. Artículo 23.

³¹³ Ibid. Artículo 39.

Además, cabe hacer presente, que la aplicación del interés superior del niño en el caso concreto depende mucho de las circunstancias particulares en que se requiera, y es en este sentido, que la legislación nacional no profundiza, en la gran mayoría de los casos, sobre qué debe entenderse por este principio, lo cual evidentemente puede generar que su determinación implique un amplio margen de aplicación al juez. Por lo tanto, si bien se ha avanzado enormemente en la consideración de los NNA como sujetos de derechos y se han incorporado los principios establecidos en la CDN a la legislación nacional en ciertos aspectos, subsiste un problema práctico que dice relación con la falta de fundamentación por parte de los jueces al momento de aplicarlo, lo cual haremos presente en el siguiente capítulo, al analizar ciertos casos donde se ha evidenciado este problema especialmente en nuestro país, donde la forma de solucionarlo ha sido llegando a los tribunales superiores de justicia.

Por otra parte, ha quedado demostrado que en Chile nuestra institucionalidad -donde hay varios organismos que son muy recientes- en aspectos prácticos ha quedado al debe en contraposición al desarrollo teórico emanado de estos, donde llama de sobremanera la atención el caso de SENAME, institución que ha facilitado la violación sistemática de una enorme cantidad de artículos de la CDN, a pesar de su vasto desarrollo documental. Sin embargo, pese a la decepción que presentan organismos de larga data, hay algunos bastante recientes que han ayudado bastante, como es el caso de la Subsecretaría de la Niñez, que ha demostrado su visión crítica y participativa tanto en ámbito jurisprudencial como en relación a los proyectos de ley que se encuentran en nuestro país.

En cuanto al análisis de los informes desarrollados por Chile, ha quedado reflejada la poca dedicación en las políticas recomendadas el Comité, existiendo incluso repetición de las medidas adoptadas por nuestro país en los informes periódicos que les corresponde emitir. Por lo mismo, la investigación realizada en el año 2018 generó un punto álgido dentro del derecho de infancia en Chile, que hizo dar cuenta a nuestra sociedad sobre falencias que se venían arrastrando desde hace mucho tiempo.

Por último, por medio de la revisión de los proyectos de ley que se encuentran actualmente en tramitación, es posible concluir que existe una preocupación por establecer de manera más objetiva el interés superior del niño, lo cual, de concretarse, podría reducir la

discreción jurisprudencial con la que actualmente se falla y contribuir en una efectiva protección de los derechos de los NNA.

6 Capítulo IV: Desarrollo jurisprudencial

Con el fin de ofrecer una visión práctica de la forma en que el principio del interés superior del niño ha sido incorporado, desarrollado e interpretado, se analizará a continuación la jurisprudencia que emana de distintos organismos judiciales tanto internacionales como nacionales para otorgar una mirada comparada y poder entender los desafíos que aún persisten para nuestro país en esta materia. De esta manera, comenzaremos analizando el desarrollo jurisprudencial internacional considerando tanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) para finalizar con el análisis de la jurisprudencia nacional donde se tendrá en cuenta fallos del Tribunal Constitucional (en adelante TC), Corte de Apelaciones (en adelante CA) y Corte Suprema (en adelante CS) con la finalidad de vislumbrar la forma en que nuestros jueces desarrollan y fundamentan las sentencias conforme al interés superior del niño.

6.1 Desarrollo jurisprudencial internacional

6.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH es un organismo judicial autónomo que forma parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) y cuyo objetivo³¹⁴ consiste en interpretar y aplicar los distintos tratados de derechos humanos que competen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De esta manera, y con el fin de vislumbrar la evolución que ha tenido el principio del interés superior del niño en la CIDH, nos centraremos en el análisis de las principales sentencias falladas por este órgano jurisdiccional en esta materia:

- “Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”.

Constituye la primera controversia que versa sobre derechos de infancia e interés superior del niño en este tribunal, la cual fue ingresada en el año 1997 para su tramitación y que trata sobre la responsabilidad internacional que le compete al Estado por la detención y asesinato por parte

³¹⁴ Resolución N°448. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), La Paz, Bolivia, octubre de 1979 [En línea] <https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf> Artículo 1. [Consulta: 24 de noviembre de 2019]

de agentes policiales de cinco personas de entre las cuales, tres de estas eran menores de edad, así como también sobre la falta de investigación y sanción en relación a lo sucedido. Es así, como a partir de esta situación, la sentencia de 19 de noviembre del año 1999³¹⁵, se constituye como pionera al establecer directa relación entre el artículo 19 de la CADH y lo concerniente a la CDN (específicamente en sus artículos 2, 3, 6, 20, 27 y 37), otorgando a este último instrumento la categorización de derechos humanos consolidando el interés superior del niño, por medio del artículo 37 de la CDN, como tal.

- “Caso Bulacio vs. Argentina” y “Caso de los Hermanos Gómez Paquiuyari vs. Perú”.

En los años siguientes, tanto en el “Caso Bulacio vs. Argentina”³¹⁶ como en el “Caso de los Hermanos Gómez Paquiuyari vs. Perú”³¹⁷, cuyas sentencias son del 18 de septiembre del año 2003 y el 8 de julio del año 2004 respectivamente, la CIDH señala que: *“Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”*. Lo que otorga una misma línea respecto a la calidad inherente que constituye el principio en cuestión y la necesidad de ser analizado casuísticamente.

- “Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”.

³¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. [En línea] Sentencia de 19 de noviembre de 1999. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2019]

³¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 18 de septiembre de 2003. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf> P. 55. [Consulta: 24 de noviembre de 2019]. Este caso trata sobre la responsabilidad internacional del Estado por la detención de un menor de edad en una detención masiva de más de setenta personas y posterior muerte de este producto de una serie de golpes en la comisaría, donde se agrega, la falta de investigación, dilación indebida y sanción de los responsables y se llega a este razonamiento en función de la aplicación de medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños junto con la excepcionalidad de la detención en menores de edad.

³¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiuyari Vs. Perú*. [En línea] Sentencia de 8 de julio de 2004. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf> P. 61. [Consulta: 24 de noviembre de 2019]. Este se contextualiza en el marco de un conflicto armado en Perú donde dos hermanos, de 17 y 14 años de edad fueron detenidos, golpeados y posteriormente asesinados por medio de agentes policiales.

El presente caso³¹⁸ trata la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y lesiones de los niños internados en el Instituto de Reeducción del Menor, así como de su deficiente infraestructura y condiciones de vida en las que se encontraban donde además no existieron mayores gestiones ni investigaciones. Es así, que con fecha 2 de septiembre del año 2004, el tribunal falla el caso realizando un análisis en función de dos garantías fundamentales: en primer lugar, sostiene que en relación a la vida es importante considerar la obligación adicional que señala el artículo 19 de la CADH a los Estados estableciendo que: “*Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión (...)*”³¹⁹ y, en segundo lugar, en función al derecho a la libertad personal que debe ser tenido en cuenta de sobremanera en el caso de los niños, señalando que: “*(...) el contenido del derecho a la libertad personal de los niños no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad*”³²⁰. De esta manera, se otorgan directrices de ponderación y la delimitación de la función de un Estado garantista en casos en que deban utilizarse medidas especiales.

- “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”.

El día 8 de septiembre del año 2005, se emite la sentencia³²¹ que se funda en el caso de dos niñas de ascendencia haitiana que solicitaron el registro tardío de sus nacimientos y que, a pesar de tener los documentos requeridos, esto les fue denegado. En el documento, se realiza un análisis bastante innovador respecto al interés superior del niño siendo entendido como una satisfacción plena de los derechos que le competen a los menores de edad donde incluso se hace una importante mención al caso de las niñas como sujetos propensos de vulnerabilidad, cuyo

³¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay*. [En línea] Sentencia de 2 de septiembre de 2004. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2019]

³¹⁹ Ibid. P. 96.

³²⁰ Ibid. P. 114.

³²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. [En línea] Sentencia de 8 de septiembre de 2005. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf> [Consulta: 25 de noviembre de 2019]

razonamiento ha sido replicado en otras ocasiones³²². Así, se señala que: *“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”*³²³.

- “Asunto Rosendo Cantú y otra respecto de México”.

Años después, con fecha 31 de agosto del año 2010, se dicta la sentencia³²⁴ de este caso, la que otorga un nuevo enfoque respecto a la posición de garante que debe tener el Estado en relación a la adopción de medidas especiales, siendo muy relevante ya que se trata de una mujer indígena quien a los diecisiete años de edad fue violentada sexualmente y torturada por militares y nunca tuvo en su país un debido proceso, siendo incluso archivada su causa. De esta manera, la CIDH establece que: *“(..) el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad. De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, inter alia, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando*

³²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (“Campo algodonero”) Vs. México*. [En línea] Sentencia de 16 de noviembre de 2009. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf> [Consulta: 25 de noviembre de 2019]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. [En línea] Sentencia de 24 de agosto de 2010. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf> [Consulta: 25 de noviembre de 2019]

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. [En línea] Sentencia de 04 de septiembre de 2012. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf> P. 55. [Consulta: 25 de noviembre de 2019]

³²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Ibid. P. 59.

³²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. [En línea] Sentencia de 31 de agosto de 2010. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2019]

que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”³²⁵. Donde esta enumeración no taxativa comienza a otorgar por primera vez directrices más explícitas respecto a las cuales deben ceñirse los Estados para cumplir con un respeto pleno al principio en cuestión, situación que es replicada al año siguiente, específicamente el 24 de noviembre del año 2011, en el “Caso Familia Barrios vs. Venezuela”³²⁶ donde se establece que la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño existe durante cualquier procedimiento en el cual se encuentren involucrados³²⁷.

- “Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile”.

Al año siguiente, se comienzan a gestar casos de especial consideración en el estudio del principio en cuestión, y con fecha 24 de febrero del año 2012, se dicta la sentencia sobre el caso en que se vio involucrado nuestro país el cual sirvió de referencia para los conflictos posteriores dando pie a un análisis más complejo y determinado de lo que implica la correcta aplicación e interpretación del interés superior del niño en los ordenamientos jurídicos dejando de lado en parte la discrecionalidad judicial.

Lo anterior se ve reflejado en el “Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile”³²⁸ el que trata sobre “(...) la responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el

³²⁵ Ibid. P. 74, párrafo 201.

³²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. [En línea] Sentencia de 24 de noviembre de 2011. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2019]

³²⁷ Ibid. P. 23, párrafo 55.

³²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. [En línea] Sentencia de 24 de febrero de 2012. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf> [Consulta: 27 de noviembre de 2019]

retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.”³²⁹. Así las cosas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que además de las vulneraciones reseñadas, “(.) también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios”³³⁰.

En el presente caso, se acudió a todas las instancias existentes en nuestro sistema jurídico nacional llamando de sobremanera el dictamen de la CS donde se establece que la madre de las niñas al explicitar su orientación sexual puso sus intereses sobre los de sus hijas³³¹, alegando posteriormente el Estado de Chile que la demanda de cuidado personal fue acogida con fundamento en el interés superior del niño y “(..) la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida en que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas”³³².

Así las cosas, al realizar un análisis de las sentencias de los distintos órganos jurisdiccionales de nuestro país la CIDH constata, que tanto en el Juzgado de Menores de Villarrica como en la CS la decisión fue fundamentada en una diferencia de trato basada en la orientación sexual³³³. Por lo mismo, este organismos internacional estima que: “(..) proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además imperioso (...)”³³⁴ otorgando una nueva directriz en su determinación pero ahora en relación a casos de cuidado y custodia de menores de edad y en función de igualdad de género y el derecho a la no discriminación estableciendo que: “(..) se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (...)”³³⁵ y pasando a concluir a continuación, que: “(..) la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la

³²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*. [En línea] Sentencia de 24 de febrero de 2012. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atalariffopdf>> [Consulta: 27 de noviembre de 2019]

³³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffó y niñas Vs. Chile*. Ibid. P. 4, párrafo 3.

³³¹ Ibid. P. 23, párrafo 61.

³³² Ibid. P. 27, párrafo 76.

³³³ Ibid. P. 35, párrafos 94 a 99.

³³⁴ Ibid. P. 38, párrafo 108.

³³⁵ Ibid. P. 39, párrafo 109.

*madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos*³³⁶. Donde también se agrega que una mera discriminación social debido a la orientación sexual de alguno de los padres “(...) no puede considerarse un “daño” válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño (...)”³³⁷ por lo que el argumento señalado no protege el principio en cuestión.

Es así, como este caso logra dar cuenta de una imposición de prejuicios sociales de parte de nuestros organismos jurídicos validados por un principio que hasta el momento en nuestro país era utilizado a discrecionalidad y que producto de este paradigma ha ido cambiando tanto a nivel local como internacional.

- “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”.

Asimismo, meses después, con fecha 27 de abril del año 2012, se falló otro caso paradigmático en materia de infancia y particularmente sobre interés superior del niño, denominado “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”³³⁸ el cual trata sobre un padre que tuvo conocimiento del embarazo de su expareja hasta muy avanzado este y pese a sus insistentes consultas, la madre de la niña siempre negó su filiación, dando en adopción luego de dar a luz a la lactante. Posterior a esto, el padre dio cuenta de su paternidad por medio de una prueba de ADN y señalando en todo momento su disposición a la guarda de la recién nacida, negándose al proceso de adopción al matrimonio que había determinado la madre. Pese a esto, y a recurrir a todas las instancias judiciales pertinentes, el debido proceso fue vulnerado dándose en adopción simple en el año 2005.

De esta manera, es desarrollado latamente el interés superior del niño señalando la CIDH en primer lugar que: “(...) el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento

³³⁶ Ibid. P. 39, párrafo 110

³³⁷ Ibid. P. 42, párrafo 121.

³³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 27 de abril de 2012. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf> [Consulta: 29 de noviembre de 2019]

fundamental en la vida de familia (...)”³³⁹ debiendo los menores de edad permanecer en su núcleo familiar, salvo casos excepcionales donde el interés superior del niño sea un factor determinante que se ha visto vulnerado, agregando a continuación que en toda decisión que conlleve una restricción del ejercicio de los derechos de los menores de edad, debe tenerse en cuenta el interés superior del niño, estableciendo que: “(...) *este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”*”³⁴⁰.

A continuación, se realiza un análisis bastante crítico respecto de la interpretación del interés superior de la niña en donde fueron fundamentados posibles daños al separarla del matrimonio adoptante cuando tenía solo nueve meses de edad³⁴¹ o cuando los requisitos legales sobre la adopción fueron omitidos. Así, en función de aspectos ya determinados por el “Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile” respecto a sesgos culturales sobre el concepto de familia se reitera que: “(...) *una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. Adicionalmente, el Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia*”³⁴². Asimismo, agrega que: “Este Tribunal considera que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”³⁴³.

Es así, como la CIDH señala en su decisión, que es importante que la niña conozca lo que realmente pasó retomando paulatinamente el contacto con su padre donde pueda entender que nunca fue abandonada, estableciendo que: “(...) *reparar en este caso significa la restitución de la niña a su familia de origen para que conozca la verdad de su historia y la de su padre, que nunca estuvo en estado de*

³³⁹ Ibid. P. 18, párrafo 47.

³⁴⁰ Ibid. P. 19, párrafo 49.

³⁴¹ Ibid. P. 28, párrafo 83.

³⁴² Ibid. P. 32, párrafo 99.

³⁴³ Ibid. P. 33, párrafo 105.

*adoptabilidad porque nunca fue abandonada, que ninguna persona sustituyó el deseo del señor Fornerón de ser su padre, y que ella es parte de la cadena generacional de su familia biológica. De tal modo, la restitución, que le va a otorgar su identidad, su origen y su cultura, es un acto de reparación integral, es su interés superior y la única manera de revertir las violaciones de derechos humanos sufridas por la niña y por su padre*³⁴⁴.

- “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”.

Luego, el 31 de agosto del año 2012, se falla la sentencia del “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”³⁴⁵ el cual persigue la responsabilidad del Estado por la demora en indemnizar a un niño de catorce años quien dependía de esa ayuda monetaria para su tratamiento médico, dado un accidente por el que quedó discapacitado en un sitio de propiedad del ejército argentino. Este caso, reafirma aspectos señalados en el “Caso Forneron e hija vs. Argentina”, pero su importancia recae en la directa relación que establece entre el principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído, reseñado en la Observación General N° 12 del año 2009 donde se establece que no es posible una correcta aplicación del artículo tercero de la CDN si es que no se respeta lo establecido en el artículo 12 de esta, el cual consolida el derecho de los menores de edad a opinar y ser oídos. De esta manera la CIDH señala que: “(...) la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”³⁴⁶.

- “Caso Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetua de adolescentes) vs. Argentina”.

Por último, y el más reciente caso de gran relevancia para nuestro análisis, fue la sentencia de 14 de mayo del año 2013 en el “Caso Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetua de

³⁴⁴ Ibid. P. 47, párrafo 153.

³⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 31 de agosto de 2012. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf> [Consulta: 29 de noviembre de 2019]

³⁴⁶ Ibid. P. 74, párrafo 230.

adolescentes) vs. Argentina³⁴⁷. En este se persigue la responsabilidad del Estado por prisión y reclusión perpetua impuesta a adolescentes a lo que se suma la privación de asistencia médica a uno de ellos quien posteriormente se suicidó. Es así, como este caso hace directa referencia a la necesidad de un debido proceso y a la consideración de una adecuada aplicación en materia de derecho penal juvenil, donde la CIDH establece que: *“(.. .) a partir de la consideración del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de los derechos del niño, en contra partida, también debe servir para asegurar la mínima restricción de tales derechos. Además, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por lo tanto, los principios del interés superior del niño, de autonomía progresiva y de participación tienen una relevancia particular en el diseño y operación de un sistema de responsabilidad penal juvenil”*³⁴⁸. A lo que se suma que: *“(.. .) a la luz del interés superior del niño como principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos, la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños”*³⁴⁹.

6.1.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A continuación, se procederá a analizar ciertas sentencias pronunciadas por el TEDH que dicen relación con el principio del interés superior del niño. Sin embargo, debemos realizar la salvedad de que en ningún caso podemos afirmar que sean fiel representación de la jurisprudencia en términos generales del principio en cuestión, dada la abundante cantidad de sentencias de este organismo, pese a esto consideramos que son una muestra importante que nos brindará bases para realizar un análisis bastante completo. Por otro parte, es necesario destacar, que muchos de

³⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 14 de mayo de 2013. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf> [Consulta: 29 de noviembre de 2019]

³⁴⁸ Ibid. P. 52, párrafo 143.

³⁴⁹ Ibid. P. 59, párrafo 163.

ejemplos típicos de delincuencia juvenil y, salvo una excepción, no conllevaron a actos de violencia ni tuvieron relación con el tráfico de drogas. Además, la sala señaló la importancia de la buena conducta mostrada por el demandante tras su liberación en mayo del año 2002 hasta su expulsión en diciembre del año 2003, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares en Austria y la ausencia de vínculos en Bulgaria, su país natal. A la vista de estos datos, estimó que la prohibición de residir durante diez años, aunque limitada en el tiempo, era desproporcionada en relación a los fines legítimos perseguidos condenando, en definitiva, al Estado demandado a indemnizar al demandante.

Luego, con fecha 24 de septiembre del año 2007, el gobierno austriaco apeló ante la Gran Sala del TEDH haciendo alusión principalmente a que, si bien existe una injerencia en la vida privada y familiar del demandante, la decisión de expulsarlo del país reside en la gravedad de los delitos cometidos. Por su parte, el apelado (demandante principal) fundamenta su defensa en los argumentos concluidos por el TEDH en el párrafo anterior, frente a los cuales la Gran Sala del TEDH reitera que la imposición y ejecución de la medida de prohibición de constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho al respeto a la vida privada y familiar y, por lo tanto, cabe preguntarse si dicha decisión está prevista por la ley y si persigue uno o varios fines legítimos necesarios para una sociedad democrática conforme al artículo octavo de la CEDH.

De esta manera, la Gran Sala analiza los requisitos señalados para justificar la decisión y plantea que, para este tipo de casos, en donde un menor comete delitos que originan una prohibición de residir, se debe tener en cuenta el interés superior del niño, señalando expresamente que: *“(..)* El Tribunal estima que la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor debe aplicarse igualmente cuando la persona que debe ser expulsada es también menor o -como en el presente caso- la expulsión este motivada por delitos que este cometió siendo menor de edad. En este sentido, el Tribunal señala que el derecho comunitario ofrece a los menores una especial protección contra la expulsión. Por otro lado, la obligación de considerar el interés superior del menor se encuentra recogida en el artículo 3 del Convenio de la ONU de los derechos del niño³⁵². En la misma línea, establece que en lo que respecta a la expulsión de un delincuente juvenil: *“(..)* la obligación de considerar el interés superior del menor exige también su reinserción. En este sentido, señala que el artículo 40 de la Convención de los derechos del niño hace de la reinserción un

³⁵² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto Maslov c. Austria (Demanda N°1638/03)*. Ibid. Párrafo 82.

*objetivo de la justicia de menos. En opinión del Tribunal, esta finalidad no puede lograrse si los vínculos familiares y sociales se rompen con la expulsión, debiendo quedar como medida de último recurso en caso de delinquentes juveniles. En este tema, las autoridades austriacas no han tenido en suficiente consideración estos aspectos*³⁵³. Llegando de esta forma a la conclusión de que: “(...) *la expulsión de inmigrante de larga duración debido a los delitos cometidos siendo menor de edad, la mayor parte de ellos no violentos, no tiene justificación*”³⁵⁴. Es así, como la Gran Sala, en sentencia de 3 de junio del año 2008, acoge la demanda, dictaminando que el gobierno austriaco debe indemnizar al demandante por concepto de daño moral.

- P.V. con España³⁵⁵.

En este caso, la demandante es transexual (transición de sexo masculino a femenino) y antes de iniciar su tratamiento de cambio de sexo, estuvo casado con P.Q.F. con quien tuvo un hijo en el año 1998. Posteriormente, en el año 2002, se declara la separación de los cónyuges y se acuerda que la custodia del niño se atribuiría a la madre y la patria potestad a ambos progenitores de forma conjunta fijando, además, un régimen de visitas a favor del padre, con quien el niño pasaría dos fines de semana al mes y la mitad de las vacaciones escolares. Más adelante, en el año 2004, P.Q.F. presentó una demanda para modificar las medidas de la sentencia de separación, solicitando la privación del ejercicio de la patria potestad a su exesposo y la suspensión del régimen de visitas y de toda comunicación entre el padre y el hijo, alegando la falta de interés del padre hacia el niño, así como el hecho de que seguía un tratamiento hormonal para cambiar de sexo. Al respecto, el juez de primera instancia decidió rechazar la demanda en cuanto a la privación del ejercicio de la patria potestad, ya que no se demostró que hubiera descuidado sus obligaciones hacia el niño de manera grave. Sin embargo, respecto al régimen de visitas, se estableció que la demandante podía ver a su hijo un sábado de cada dos, en horario restringido en el centro del tribunal, bajo control profesional, fundamentando su decisión en la inestabilidad emocional del padre al estar en una etapa de cambio físico y psicológico que afectaría todos los aspectos de su vida incluida su personalidad y que, por tanto, también afectaría la relación con su hijo.

³⁵³ Ibid. Párrafo 83.

³⁵⁴ Ibid. Párrafo 84.

³⁵⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto P.V. c. España (Demanda N°35159/09)*. [En línea] Sentencia 30 de noviembre de 2010. <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22docname%22:%22CASE%20OF%20P.V.%20v.%20SPAIN%22%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-102597%22}}>> [Consulta: 5 de diciembre de 2019]

Esta decisión fue apelada por la demandante, en donde se confirmó la sentencia de primera instancia, señalando que un régimen de visitas ordinario podía poner en peligro el equilibrio emocional del niño, por lo tanto, debía habituarse progresivamente a la decisión del cambio de sexo tomada por su progenitor. Posteriormente, se recurrió de amparo ante el TC de dicho país, el cual concluye que las decisiones falladas por los órganos judiciales han tenido en cuenta el interés superior del niño el cual ha sido ponderado con el de sus progenitores, y no establecido discrecionalmente por la condición de transexual del demandante.

Bajo estos supuestos, P.V. decide demandar ante el TEDH por los hechos ya mencionados, alegando haber sufrido un trato discriminatorio basado en su transexualidad y atentando a su derecho al respeto de su vida privada y familiar invocando el artículo octavo y décimo cuarto³⁵⁶ de la CEDH. De esta manera, el TEDH considera que, en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por la CEDH, el artículo décimo cuarto prohíbe discriminar, salvo justificación objetiva y razonable, a las personas en situaciones comparables, y por lo tanto conviene determinar si la demandante puede quejarse de tal diferencia de trato y si ésta se encuentra justificada. Al respecto determina en sentencia de 30 de noviembre del año 2010 que: *“A ojos del Tribunal, el razonamiento de las decisiones judiciales hacen pensar que la transexualidad de la demandante no ha sido el motivo determinante en la decisión de modificar el régimen de visitas inicial. Es el interés superior del niño el que ha primado en la toma de la decisión (...) En este caso, respecto a la coyuntural inestabilidad emocional detectada en la demandante, las jurisdicciones españolas han privilegiado el interés del niño, adoptando un régimen de visitas más restrictivo, permitiéndole habituarse progresivamente al cambio de sexo de su progenitor. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el régimen de visitas ha sido aumentado, mientras que la condición sexual de la demandante sigue siendo la misma”*³⁵⁷.

- Popov con Francia (19 de enero de 2012)³⁵⁸.

³⁵⁶ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Ibid. Artículo 14: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

³⁵⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto P.V. c. España (Demanda N°35159/09)*. Ibid. Párrafo 36.

³⁵⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto Popov c. Francia (Demanda N°39472/07 y 39474/07)*. [En línea] Sentencia de 19 de enero de 2012. <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-189679%22%5D%7D>> [Consulta: 5 de diciembre de 2019]

El presente caso tiene su origen en dos ciudadanos de Kazajstán, don Vladimir Popov y su esposa doña Kekaterina Yakovenko, quienes fueron víctimas de persecuciones recurrentes por su origen ruso y su afiliación a la iglesia ortodoxa rusa, por lo que debieron huir a Francia en el año 2002, donde posteriormente nacieron sus hijos, en los años 2004 y 2007. Solicitaron asilo en Francia, pero su solicitud fue rechazada, al igual que sus solicitudes de permisos de residencia. Posteriormente, el 27 de agosto del año 2007, los padres fueron arrestados junto a sus hijos de cinco meses y tres años siendo llevados a custodia policial. Se ordenó la detención de esta familia en un hotel y al día siguiente fueron trasladados al aeropuerto para viajar de vuelta a Kazajstán, sin embargo, el vuelo fue cancelado. Después de este hecho, fueron transferidos al centro de detención administrativa de Rouen-Oissel y con fecha 29 de agosto del mismo año, el juez de libertades y la detención del Tribunal de Primera Instancia de Rouen ordenó la extensión de la medida de detención durante quince días, siendo en definitiva trasladados nuevamente al aeropuerto el día 11 de septiembre del año 2007, fecha donde tampoco pudo ser realizada la expulsión del país. Posteriormente, con fecha 12 de septiembre del año 2007, el juez de las libertades y de la detención encontró que no había evidencia de que la familia hubiera impedido deliberadamente su expulsión, por lo que ordenó su liberación del centro de detención, pero manteniendo la obligación de abandonar Francia, decisión que en definitiva nunca fue ejecutada. Finalmente, en el año 2009 el Tribunal Nacional de Asilo concedió a la familia el estatuto de refugiado, al constatar que se encontraban expuestos a peligro en caso de volver a su país natal.

Con los hechos relatados, el señor Vladimir Popov y la señora Kekaterina Yakovenko deciden demandar a la República Francesa argumentando que la detención administrativa descrita ha violado una serie de normas del CEDH: el artículo tercero³⁵⁹ respecto a la prohibición de la tortura, el artículo quinto³⁶⁰ sobre el derecho a la libertad y a la seguridad y el artículo octavo respecto a la vida privada y familiar.

³⁵⁹ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Ibid. Artículo 3: Prohibición de tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

³⁶⁰ Ibid. Artículo 5: Derecho a la libertad y a la seguridad.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

(f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

A causa de esta situación el TEDH procede a analizar si se han violado en particular las disposiciones citadas. En primer lugar, se refiere a la violación del artículo tercero de la CEDH respecto tanto de los hijos, como de los padres. En cuanto a los primeros, es posible constatar que el centro de detención administrativa de Rouen-Oirssel se encuentra autorizado para alojar familias, sin embargo, se determina que las camas no eran aptas para niños, que no había áreas de juego y que las puertas automáticas eran peligrosas para ellos. Expertos³⁶¹ también señalaron que este tipo de espacios genera estrés, inseguridad y en general una atmósfera hostil para los niños, lo cual se contradice con los principios internacionales de protección infantil según los cuales las autoridades deben hacer todo lo que esté a su alcance para evitar detener a menores de edad por períodos prolongados. Luego, el TEDH sostiene que: *“En consonancia, a la vista de la edad de los niños, la duración de la detención y las condiciones de su confinamiento en un centro de detención, el Tribunal es de la opinión de que las autoridades fallaron al no considerar las inevitables consecuencias dañinas para los niños. Encuentra que el trato por parte de las autoridades a los niños no fue compatible con las provisiones del Convenio y excede el umbral de gravedad para la aplicación del artículo 3 del mismo. Ha habido, por tanto, una violación de este artículo respecto a los niños”*³⁶². Respecto a los padres se considera que no se ha violado la norma citada.

En segundo lugar, el TEDH procede a analizar si se ha efectuado violación del artículo quinto punto uno letra f y el artículo quinto punto cuatro de la CEDH, señalando respecto al primero de estos que, la mantención de los miembros de la familia en detención administrativa, en instalaciones que no estaban adaptadas a la extrema vulnerabilidad de los niños, demuestra que la situación particular de estos no fue examinada y las autoridades no verificaron que la detención era una medida de última instancia. En definitiva, se considera que el sistema francés no protegió suficientemente el derecho a la libertad de los niños y, por lo tanto, ha habido una violación a la norma citada. En cuanto al segundo precepto, el TEDH señala que ha existido una violación del mismo respecto de los menores de edad, argumentando que la ley francesa no contempla la posibilidad de colocar a menores en detención administrativa, lo que conlleva como resultado que esta medida los deja en un vacío legal, al no permitir a sus padres utilizar los remedios disponibles puesto que estos también se encontraban detenidos.

³⁶¹ El comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y el Tratamiento inhumano o Degradante.

³⁶² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto Popov c. Francia (Demanda N°s 39472/07 y 39474/07)*. Ibid. Párrafo 103.

Por último, el TEDH analiza si ha habido violación del artículo octavo del CEDH señalando que la detención de los demandantes durante dos semanas en las condiciones en las que el establecimiento se encontraba significó una interferencia con su derecho al respeto a la vida familiar, ya que, si bien se persiguió un objetivo legítimo, como es el combatir la inmigración ilegal y controlar la entrada y residencia de extranjeros en Francia, esto no obsta de la proporcionalidad requerida para perseguir dicho fin que en este caso era la expulsión de los solicitantes. Además, el TEDH da cuenta de la importancia de preservar el interés superior de los niños, el cual claramente se ve vulnerado en este caso, puesto que: “(...) *la protección del interés superior del menor implica, mantener a la familia junta, en la medida de lo posible, y considerar además alternativas que hagan que la detención de los menores sea solo una medida de último recurso (...)*”³⁶³, y considerando que: “*En el caso que nos ocupa, los demandantes no presentaron riesgo alguno de fuga que requiriese su detención. Su confinamiento en un centro cerrado no aparecía por tanto justificado por una necesidad social apremiante, especialmente desde que su residencia obligatoria en un hotel durante la primera fase de su detención administrativa no parece haber causado ningún problema*”³⁶⁴. Por lo tanto, teniendo como base estas observaciones, el TEDH concluye que ha existido una interferencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar puesto que las autoridades francesas debieron haber tomado todas las medidas necesarias para limitar, en la medida de lo posible, la detención de familias acompañadas por niños resguardando este derecho. De esta manera, el TEDH falla con fecha 19 de enero del año 2012 que ha existido violación de los artículos tercero, quinto punto uno letra f, quinto punto cuatro y octavo de la CEDH.

- K.A.B. con España (10 de abril de 2012)³⁶⁵.

En este caso, el demandante es un ciudadano nigeriano, de iniciales K.A.B., quien emigró en el año 2001 a España junto a su pareja C. y su hijo O. de un año de edad de la misma nacionalidad que el demandante. Posteriormente, en el mismo año, C. fue deportada de España y se le prohibió su retorno por diez años, sin embargo, el menor permaneció en el país bajo cuidado de unos amigos de la pareja, debido a que el demandante se encontraba en otra ciudad por motivos laborales. El 16 de noviembre del año 2001, posterior a una investigación realizada por el

³⁶³ Ibid. Párrafo 141.

³⁶⁴ Ibid. Párrafo 145.

³⁶⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto K.A.B. c. España (Petición N°59819/08)*. [En línea] Sentencia de 10 de abril de 2012. <[https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],\[%22appno%22:\[%2259819/08%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-110884%22\]}> \[Consulta: 5 de diciembre de 2019\]](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],[%22appno%22:[%2259819/08%22],[%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-110884%22]})

fiscal encargado de menores, se declaró que el niño había sido abandonado y se le envió a una casa de menores. El 30 de noviembre del año 2001, el demandante fue al Servicio de Protección de Menores y reclamó ser el padre biológico del niño, estando en desacuerdo con la decisión de enviarlo a una casa de menores y expresando su intención de realizarse una prueba de paternidad la cual no pudo realizar debido a que no contaba con los medios para pagarla. Más adelante, el 1 de julio del año 2002, a falta de noticias del demandante, el niño fue colocado en una familia de acogida y se inició un procedimiento de adopción, sin embargo, el solicitante interpuso con éxito una acción para establecer la filiación, la cual fue reconocida en el año 2005. Posteriormente inició un procedimiento para impugnar la adopción la cual fue rechazada en el año 2006 debido a que el juez de familia consideró que había sido justamente privado de su autoridad parental, basándose en que el demandante había vivido brevemente con el niño, que no había realizado ninguna medida desde el año 2001 para demostrar que tenía algún interés en su bienestar y que había esperado dos años antes de reclamar la paternidad. Por lo tanto, no era requerido su consentimiento y esta decisión fue confirmada en apelación autorizándose la adopción del hijo del solicitante por el juez de familia.

Bajo estos supuestos de hecho, el demandante alega que se ha violado el artículo octavo de la CEDH al existir una injerencia en su vida privada y familiar, argumentando haber sido privado de todo contacto con su hijo y de no haber sido informados sobre la propuesta de adopción, provocando la expulsión de la madre y la exclusión del demandante de este proceso señalando que los órganos jurisdiccionales españoles se limitaron a analizar los deberes inherentes a la autoridad parental, sin pronunciarse sobre sus alegaciones relativas al hecho de que la situación de abandono del niño fue causada por la inactividad y la pasividad de la administración ante la decisión que ordenaba la expulsión de la madre. Por otra parte, sostiene que las autoridades administrativas no hicieron nada para ayudarlo a demostrar su paternidad, a pesar de haberse presentado en además de haberse presentado varias ocasiones ante el Servicio de Protección de Menores alegando ser el padre biológico del niño.

Al respecto, el TEDH señala que el caso trata acerca de la relación entre un hijo nacido fuera del matrimonio y su padre biológico. La falta de lazos familiares entre el demandante y su hijo no era completamente atribuible a este, considerando que no había visto al niño desde la deportación de la madre. Además, hay que hacer presente que los intentos emprendidos por el demandante, teniendo en cuenta su precaria situación, fueron suficientes para demostrar que

deseaba recuperar al niño, por lo que es posible considerar que dicha intención está cubierta por la protección de la vida familiar consagrada en el artículo octavo de la CEDH. En cualquier caso, el TEDH considera que las decisiones de los tribunales españoles, al rechazar cualquier contacto o posibilidad de reencuentro con su hijo, habrían constituido una injerencia en el derecho a respetar la vida privada del demandante. A lo que se suma, que durante el proceso judicial este último pudo defender su caso, sin embargo, la actitud de las autoridades habría contribuido de manera decisiva a evitar cualquier reunión entre padre e hijo.

En cuanto a la relación de la madre con el niño, el TEDH establece que las autoridades no habrían tomado medidas, ni cuando se les informó que la madre tuvo un bebé ni entre la deportación y la apertura de la investigación. Por su parte, la declaración de abandono habría desencadenado en los posteriores procedimientos que llevaron a la adopción de O., mientras que la situación había sido causada, al menos en parte, por las propias autoridades al haber deportado a la madre sin verificación previa. Además, el TEDH señaló que K.A.B. no había sido informado del pago que se suponía que debía hacer para la prueba de paternidad, donde el Departamento de Protección Infantil no le comunicó que este podía cubrir el plan de asistencia jurídica. Luego, cuando el solicitante obtuvo la confirmación de su paternidad, ya habían transcurrido tres años y medio desde que las autoridades se hicieron cargo de la tutela de O. y considerando que era crucial actuar de manera rápida en este tipo de casos, el paso del tiempo ya había provocado el efecto de hacer permanente una situación de abandono, en donde el demandante no era completamente responsable. De esta manera, el TEDH determinó que la responsabilidad por el abandono del niño siempre había sido imputado a K.A.B. por parte de los tribunales españoles y que ningún ápice de responsabilidad de las autoridades había sido planteado alguna vez.

En consecuencia, la inacción de las autoridades, la deportación de la madre sin previa verificación, la falta de asistencia al demandante cuando su situación social y financiera era más frágil y la negligencia de los tribunales al no buscar responsables del abandono del niño contribuyó decisivamente a prevenir la posibilidad de reencuentro entre padre e hijo. Como resultado, el TEDH concluyó que las autoridades españolas no habían hecho esfuerzos apropiados o suficientes para garantizar el respeto del derecho del solicitante a reunirse con su hijo, incumpliendo así su derecho al respeto a la vida privada violando el artículo octavo y determinando que el Reino de España debía pagar 8.000 euros al demandante por daño no pecuniario.

La relevancia de este caso reside en la valoración que realiza el TEDH respecto al interés superior del niño, puesto que sostiene que cada Estado parte de la CEDH debe “(...) dotarse con un arsenal jurídico adecuado y suficiente para garantizar el respeto de las obligaciones positivas que le incumben con arreglo al artículo 8 del Convenio. No puede substituirse a las autoridades nacionales en esta tarea ni, por lo tanto, pronunciarse sobre la decisión judicial relativa al interés superior del niño o sobre la adopción de éste, pero le corresponde indagar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales aplicables, se respetaron las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta, en particular, el interés superior del niño. El Tribunal se limita a examinar si, en este caso concreto, las medidas adoptadas por las autoridades españolas para regular la situación de O. en España y para garantizar los derechos del demandante eran adecuadas y suficientes desde un punto de vista material. Habida cuenta de lo que precede, considera que las autoridades nacionales incumplieron la obligación de particular celeridad que es inherente a este tipo de asuntos”³⁶⁶.

6.2 Desarrollo jurisprudencial nacional

6.2.1 Tribunales ordinarios, Corte de Apelaciones y Corte Suprema

Con el fin de analizar los fallos de los tribunales ordinarios de justicia, se comenzará revisando la delimitación del concepto del interés superior del niño que a través de los años ha establecido la jurisprudencia. A continuación, se revisará una pequeña muestra acerca de cómo se ha utilizado este principio en los distintos casos y materias en que es requerido, tanto en aquellos en que incide directamente por su naturaleza legal, como aquellos casos donde, sin haber norma expresa respecto de este, de igual manera es utilizado para resolver conflictos donde se ven afectados derechos de los NNA.

- Definición del concepto por parte de la jurisprudencia.

Tal como se ha mencionado latamente en capítulos anteriores, entregar una definición del principio del interés superior del niño es una tarea difícil y por lo mismo, se ha preferido presentar como un concepto amplio y flexible. Sin embargo, por medio del trabajo jurisprudencial y la influencia que ha tenido en nuestro país el desarrollo y determinación incipiente del concepto, hoy en día es posible dar cuenta de distintas definiciones que nuestros tribunales superiores de justicia han intentado configurar.

³⁶⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto K.A.B. c. España (Petición N°59819/08)*. Ibid. Párrafo 115.

Es así como, en primer lugar, la CA de Santiago en sentencia de 22 de junio del año 2006³⁶⁷ ha señalado que: “(...) *el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmar que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso. Continúa esta sentencia expresando que para esta determinación en concreto y acudiendo a criterios estudiados en la doctrina, resulta necesarios analizar el caso sub lite en relación a los menores, conforme a los siguientes factores: a) las necesidades materiales, educativas y emocionales de los niños y la probabilidad de que sean cubiertas por quien pretende la tuición; b) la capacidad y condiciones del solicitante para asumir la tuición; c) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual de los menores; y d) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición*”³⁶⁸. De esta manera, se da cuenta de que el concepto entregado por la CA de Santiago hace referencia a establecer el principio en estudio como un concepto jurídico indeterminado, lo que no obsta a que señalen una definición apuntando a asegurar el mayor ejercicio y resguardo de los derechos fundamentales de los NNA.

Posterior a esta primera aproximación a una definición, es posible evidenciar distintas sentencias donde se sigue la misma línea conceptual. Así, por ejemplo, en el año 2012 la CS³⁶⁹, en autos sobre cuidado personal se ha pronunciado diciendo que: “*Cabe reflexionar sobre el interés superior de los menores, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley N°19.968 y, aún cuando su concepto sea indeterminado, puede afirmarse que el mismo, alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de sus derechos, en su calidad de personas y sujetos de éstos, identificándose de esta manera “interés superior” con los derechos del niño y adolescente*”³⁷⁰.

Por otra parte, nos encontramos con algunos fallos que consideran que, aun cuando se entiende el principio del interés superior del niño como un concepto indeterminado de cláusula general, tiene un cierto contenido determinado, tal como se ha ido estableciendo en los últimos

³⁶⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. *Bahamondes García, Rodrigo con Rojas González, Viviana y otro*, Libro: *Familia-Ant-218-2006*. Sentencia de 22 de junio de 2006.

³⁶⁸ Ibid. Considerando segundo.

³⁶⁹ CORTE SUPREMA. *Herrera Porras, Gloria del Carmen con González Bugeño, Washington y otros*, Libro: *Familia-7150-2012*. Sentencia de 14 de enero de 2013.

³⁷⁰ Ibid. Considerando décimo segundo.

años a nivel internacional. En este sentido, se ha pronunciado la CA de Temuco³⁷¹, señalando que: “(...) el Interés Superior del Niño (ISN) debe abarcar en su integralidad las dimensiones de la vida y el desarrollo de los niños y niñas. Ser niño no es ser menos adulto, la infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquiera otra etapa de la vida. De esta forma, se construye un sujeto de derecho especialísimo dotado de una supraprotección o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas. El ISN no es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones. En esa línea, la CDN eleva el ISN al carácter de norma fundamental con un rol jurídico definido, orientándolo a un desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Más aún, la CDN considera al ISN como un principio general, como un principio rector – guía”³⁷².

En la misma línea, se ha pronunciado la CA de San Miguel en sentencia del año 2014³⁷³ señalando que: “(...) se debe considerar como cuestión primordial el interés superior del niño, principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores, el cual, es recogido en los artículos 16 de la Ley 19.968 que alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través de los mismos el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo integral de su personalidad, concepto que es recogido por la norma del artículo 222 del Código Civil el cual señala que la preocupación fundamental de los padres es el “interés superior del niño”; por los artículos 225 y 226 del mismo texto legal que establecen que para determinar a quien corresponderá el cuidado directo y personal del niño, deberá velarse por el “interés superior” del mismo y que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile, establece en su artículo 3º que en todas las medidas concernientes a niños que tomen, entre otros, los tribunales, una consideración primordial que se atenderá será el “interés superior” del niño, concepto que también aparece en la Declaración de los Derechos del Niño. Cabe indicar que dicho concepto no fue definido por el legislador, pero a cuyo respecto se ha discutido doctrinariamente si es un derecho en sí o dice relación con el respeto por los derechos de los niños y niñas orientados a asegurar su libre y sano desarrollo tanto físico como psíquico, lo que importa la plena satisfacción de ellos o simplemente es un orientativo a la hora de adoptar una decisión”³⁷⁴.

³⁷¹ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. *Recurso de Protección Laurie Saez, Gloria contra Colegio San José Limitada*, Libro: *Civil-ant-59-2011*. Sentencia de 18 de febrero de 2011.

³⁷² Ibid. Considerando tercero.

³⁷³ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. *Díaz González, Gonzalo con Vega Soto, Laura*, Libro: *Familia-ant-275-2014*. Sentencia 25 de agosto de 2014.

³⁷⁴ Ibid. Considerando quinto.

Por último, podemos destacar lo que ha dicho la Corte CS, en el año 2015,³⁷⁵ entregando otra concepción del principio, señalando que: “*No puede dejar de manifestarse, de partida, la improponibilidad en sede de casación de fondo, de la revisión de un concepto que la doctrina define como “abierto”, porque deja entregado al criterio y apreciación de los adjudicadores la extensión que haya de dársele, a la luz del caso particular. Varias veces esta Corte ha señalado que el interés superior del niño se alza como un parámetro de naturaleza principal que no tolera sometimiento a un padrón objetivo que sirva para calibrar su grado de corrección; lo que no descarta, claro está, la acción tutelar enfrente del extremo constituido por un discurso jurisdiccional manifiestamente aberrante o absurdo*”³⁷⁶.

- Adopción.

La CS en un fallo del año 2008³⁷⁷, resolvió sobre el caso de don A.I.W.P. y doña L.M.R. quienes manifestaron su voluntad de adoptar vía integración a la niña B.C.Q.M., hija matrimonial de L.M.R con don C.A.Q.V. En sentencia de primer grado, pronunciada por el Juzgado de Familia de Viña del Mar en marzo del año 2007 se rechazó dicha solicitud por considerar que no existían antecedentes suficientes y de tal gravedad que justifiquen el privar a la niña de su derecho a la identidad y de conocer sus orígenes, sin perjuicio del derecho para impetrar otras acciones cuando ésta pueda emitir opinión, atendida su edad y madurez en un asunto que le afecta de manera tan absoluta e irreparable. Dicho fallo fue confirmado por sentencia de diciembre del mismo año por la CA de Valparaíso apuntando a la protección del derecho a la identidad de la niña.

En contra de esta última decisión, los solicitantes interpusieron recurso de casación en el fondo argumentando que los sentenciadores hicieron primar el derecho a la identidad por sobre el principio del interés superior del niño. Al respecto, la CS sostiene: “*Que, como ya se dijo, el interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos afectivos, económicos y de educación. En la especie los solicitantes cubren todas las necesidades de la niña y ella forma parte de una familia bien constituida, con fuertes lazos de cariño y protección, lo que no se observa con el padre biológico. Por consiguiente, al no haber prestado C.A.Q.V., atención personal, afectiva y económica a su hija por más de 4 años, se cumple en la especie la situación*

³⁷⁵ CORTE SUPREMA. *Saez Guzmán, Marlene con Aguilar López Jorge, Libro: Familia-3384-2015*. Sentencia de 15 de diciembre de 2015.

³⁷⁶ Considerando séptimo.

³⁷⁷ CORTE SUPREMA. *Solicitante: Wolfenson Pérez, Andrés, Marchant Ramírez, Loreto, Libro: Familia-1384-2008*. Sentencia de 14 de abril de 2008.

prevista en el N°2 del artículo 12 de la ley 19.620. *Que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en esta materia, los sentenciadores lo han preterido en beneficio del padre biológico, lo que importa una abierta infracción a las reglas de los artículos 1° y 12 de la Ley 19.620 y 3° y 21 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Sin causa legal justificada, constado el abandono por parte del oponente, se dejó de aplicar la ley a una situación de hecho regulada por ella*³⁷⁸. De esta manera se resuelve que, si el niño ha sido criado por la pareja de su madre biológica, entregándole cuidados, afectos y atención económica, debe preferirse su adopción por este en vez de mantener la filiación con el padre biológico que no ha cumplido con dichas obligaciones.

- Relación directa y regular.

En esta materia, es posible mencionar un fallo de la CA de San Miguel, del año 2011³⁷⁹ en donde una madre recluida en un centro penitenciario, solicita en conjunto con la abuela materna de su hijo, mantener una relación directa y regular con él. A dicha solicitud, su abuela paterna, que es quien detenta el cuidado personal del niño hasta ese momento se opone, situación que no fue suficiente para el tribunal de familia, acogiéndose en primera instancia la mantención de un régimen comunicacional del niño con su madre y abuela materna.

Luego, la demandada, apela dicha sentencia y la CA de San Miguel señaló: *“Que conforme prevé el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés superior del menor, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley 19.968 y aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos fundamentales. Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, equiparándose de esta manera el concepto de “interés superior” con el catálogo internacional de los derechos del niño y adolescente. Si bien, este ideal se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres y otras personas que tengan bajo su cuidado a los menores, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir*

³⁷⁸ Ibid. Considerandos décimo y undécimo.

³⁷⁹ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. *Correa Valdés, Sandra Ivira con López Rojas, Yenifer Elisabet*, Libro: Familia-ant-456-2011. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.

*una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna*³⁸⁰. De esta manera la CA confirma la sentencia de primer grado, reconociendo el derecho del niño a tener una relación directa y regular con su familia, situación que se fundamenta directamente en su derecho a la identidad.

- Cuidado personal.

En esta materia, es posible dar cuenta de un caso fallado por la CS en el año 2014³⁸¹, en donde don L. H. M. V. demandó a doña L.P.C., con el fin de obtener el cuidado personal de su hijo de filiación matrimonial el cual al momento de la sentencia vivía con su padre. Son hechos probados que ambos litigantes viven en casa de sus padres, que la casa de los abuelos paternos es más amplia en comparación a la de los abuelos materno y que tanto el demandante como la demandada no poseen inhabilidades para ejercer el cuidado personal del hijo. Esta acción fue rechazada por sentencia del Juzgado de Familia de Villa Alemana y confirmada por la CA de Valparaíso en sentencia de enero del año 2014.

Respecto a lo anterior, el padre interpuso un recurso de casación en el fondo argumentando que se vulneró lo dispuesto en el artículo 25 del Código Civil, que impone al sentenciador la obligación de que al resolver sobre el cuidado personal de los hijos y a falta de acuerdo entre los padres, deberá ordenar que éstos continúen bajo el cuidado del padre o madre con el que estén conviviendo, y en la especie, no obstante que el hijo vive con el demandante desde agosto del año 2013, por expresa entrega que hizo la madre, los jueces del grado rechazaron la demanda. Al respecto, la CS señala que, si el hijo se encontraba viviendo con su padre al momento de la demanda, se debe conceder el cuidado personal a este, indicando que los fallos de primera y segunda instancia no solo vulneraron la disposición legal, sino también los principios rectores de la normativa: el principio de igualdad de los padres y el del interés superior del niño. Justamente, respecto a este último concepto, la CS establece lo siguiente: *“Que, por otro lado, ha de tenerse también en consideración el interés del adolescente, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone por lo demás, entre otros, el artículo 222 del Código Civil y, aún cuando su definición se encuentra en desarrollo o*

³⁸⁰ Ibid. Considerando primero.

³⁸¹ CORTE SUPREMA. *Martínez Vicencio, Luis con Pavez Cáceres, Liliana, Libro: Familia-3666-2014*. [En línea – Base de Datos Legal WestLaw Chile] Sentencia de 06 de octubre de 2014. <CL/JUR/7101/2014>

constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. Que en la especie, el referido interés se relaciona con dos aspectos, por un lado, con el permitir que Luis Felipe se desarrolle dentro de un entorno conocido y aceptado por él y, por otro, -muy ligado a lo anterior-, se refiere al respeto de su autonomía progresiva. En este contexto, resulta que ninguno de dichos aspectos fue debidamente considerado por los jueces del grado, puesto que su decisión desatendió la situación actual en la que se encuentra Luis Felipe, esto es, que su vida hasta ahora, se ha desarrollado en la ciudad de Villa Alemana, lugar donde concurre al colegio y tiene su red social, por lo que resolver entregar su cuidado personal a su madre, significaría disponer de un cambio sustancial en su vida, que involucra incluso radicarse en otra ciudad, todo lo cual trae consigo necesariamente alteraciones y adaptaciones, que sí ya para un adulto son difíciles de sobrellevar, con mayor razón lo será para un adolescente, más aún si se tiene presente su resistencia al cambio, tal como lo manifestó en su oportunidad y que atendida su edad, no es posible de pasar por alto, salvo que existan antecedentes que permitan concluir que con ello no se resguarda debidamente su interés superior, lo que, conforme al mérito de los antecedentes no se advierte, más si tiene presente que se estableció que no existe inhabilidad alguna de los progenitores para ejercer el cuidado personal de su hijo³⁸². De esta manera, la CS señala que, para el caso en particular, el contenido o los factores que determinan el interés superior del niño se encuentra en los beneficios de su entorno familiar y en las ventajas y desventajas de cambiar de hogar, situación que debe ser ponderada con aspectos como la autonomía progresiva del adolescente, concluyendo que lo mejor es radicar el cuidado personal en el padre.

- Alimentos.

En materia de alimentos, es posible dar cuenta de una sentencia de la CS del año 2015³⁸³. En este caso, doña J.D. demanda alimentos menores en favor de su hijo M.M.D. por la suma de \$100.000 en contra de don P.M.O., abuelo paterno del alimentario, atendiendo las necesidades de este último, la capacidad económica del demandado y la insuficiencia del padre en el cumplimiento de las obligaciones. En primera instancia, el Juzgado de Familia de Coronel acogió la demanda, ordenando el pago de una pensión de alimentos, por la suma de \$25.000, reajustables

³⁸² Ibid. Considerando sexto y séptimo.

³⁸³ CORTE SUPREMA. *Donoso Donoso Jacqueline con Maldonado Olivares Pedro*, Libro: Familia-8129-2015. [En línea – Base de Datos Legal WestLaw Chile] Sentencia de 15 de diciembre de 2015. <CL/JUR/7864/2015>

a la variación positiva que experimente el IPC semestral. Luego, el demandado apela a esta decisión ante la CA de Concepción, donde se revoca la sentencia de primer grado y en su lugar se rechaza la demanda argumentando que conforme a los artículos 232 y 236 inciso final, ambos del Código Civil, sólo en caso de insuficiencia de cumplimiento de la obligación alimenticia del padre se puede recurrir a los abuelos paternos para demandar por este concepto, lo que se encuentra en perfecta armonía con lo que prescribe el artículo tercero inciso final de la ley N°14.908 y atendiendo a que en otras instancias se ha logrado perseguir con éxito el pago de los alimentos correspondientes al hijo, no corresponde demandar al abuelo paterno en este caso.

Ahora bien, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra del fallo de segunda instancia, donde la CS sostiene: *“Que una adecuada y correcta interpretación de las citadas disposiciones legales, debe sin duda efectuarse a la luz del principio rector en materia de familia concernida a los niños, niñas y adolescentes, denominado “interés superior del niño”, que persigue el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, siendo inconcuso que el derecho a percibir alimentos se enmarca dentro del contexto de la más básica y mínima de las exigencias que el Estado debe tutelar a favor de los niños, prerrogativa que se encuentra íntimamente relacionada al deber de los progenitores de sufragar los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos, para dotarlos de los medios necesarios para que puedan desarrollarse plenamente en el aspecto espiritual y material, esto es, en todos los ámbitos de su vida. Que es un hecho de la causa el incumplimiento histórico del padre de la obligación de contribuir al pago de las necesidades y alimentos del hijo, desde que se le impuso judicialmente, manteniendo una deuda impaga por dicho concepto, a partir del año 2012. A lo anterior se debe agregar la precaria situación económica de la madre y del niño, hecho que quedó acreditado por los jueces del fondo. En consecuencia, a juicio de esta Corte, se configura plenamente el supuesto que hace surgir el deber jurídico del abuelo paterno de contribuir al sustento del niño, de acuerdo a sus facultades”³⁸⁴*. De esta manera, la CS revoca el fallo de segunda instancia, puesto que se acreditó el incumplimiento del padre de la obligación de alimentos y la precaria situación económica de la madre y del niño, por lo cual se configuran los presupuestos que hacen procedente el deber jurídico del abuelo de contribuir con la manutención del hijo en función de su interés superior.

- Responsabilidad Penal Adolescente.

³⁸⁴ Ibid. Considerandos octavo y noveno.

En materia de responsabilidad penal adolescente la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a ciertas situaciones específicas en donde el interés superior del niño tiene especial preponderancia. De esta manera, es posible mencionar lo que ha resuelto la CS en el año 2012³⁸⁵, en donde el Tribunal de Juicio Oral de Castro en el año 2011, condenó a la adolescente P.B.R.T. a dos años de libertad asistida especial como autora del delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación determinándose, además, la inclusión de su huella genética en el Registro Nacional de Condenados, para lo cual se le citó a la adolescente a comparecer ante el Servicio Médico Legal de Puerto Montt. Respecto a esta última citación, se recurre de amparo ante la CA de Puerto Montt donde en sentencia de agosto del año 2012, se rechaza la acción al no advertirse la imposición de alguna medida privativa o restrictiva de libertad a la adolescente que derive en forma directa o inmediata de su inasistencia ante el mencionado órgano auxiliar, no pudiendo estimarse que lo resuelto siquiera amenace la libertad personal de la condenada, única garantía fundamental invocada por la recurrente.

Respecto a esta última sentencia, la CS acoge el recurso de amparo estableciendo en lo referente al interés superior del niño: *“Que la Ley N° 20.084, Sobre Responsabilidad Penal Adolescente, inequívocamente estableció un subsistema penal especial en favor de los adolescentes infractores de ley completamente distinto del régimen normativo anterior, el que como único elemento distintivo del estatuto de los adultos preveía un castigo de prisión disminuido. Lo anterior es consecuencia del artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño que dispone que los niños infractores deberán ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su reintegración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2° de la ley ya citada, en el que se dispone que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”*³⁸⁶. Además señala: *“Que, establecido lo anterior, corresponde precisar que la Ley N° 19.970 que previno la creación de un registro con las huellas genéticas de todos los imputados y condenados a los efectos de investigaciones futuras por hechos delictivos, y que es anterior a la N° 20.084 Sobre Responsabilidad Penal Adolescente -esto es al estatuto penal especial-, no es aplicable a los adolescentes, no obstante que su texto no distingue entre adultos y adolescentes. En efecto, ello es así porque la ley particular opta por la mínima intervención y porque, como se ha dicho, no obstante, la sanción que se*

³⁸⁵ CORTE SUPREMA. *Reinao Trujillo Paola contra Juzgado de Garantía de Castro, Libro: Criminal-6931-2012*. Sentencia de 12 de septiembre de 2012.

³⁸⁶ Ibid. Considerando primero.

impone, y también mediante ella, se busca la reinserción social del adolescente. En este contexto normativo, no tiene cabida esta sujeción a la autoridad justificada por la sola circunstancia de la sentencia condenatoria, porque para un adolescente, no obstante, los resguardos legales, no es intrascendente su inclusión para toda la vida en un registro de este tipo porque con ello se le mantiene entre infractores. Toda vez que en este subsistema el fin de la pena es la reinserción social del menor, toda acción del Estado que no tienda a este objetivo ciertamente lo contraría”³⁸⁷. De esta manera, la CS al fallar da cuenta de la función interpretativa del principio en cuestión.

- Migración.

También es relevante lo que ha dicho la jurisprudencia en materia migratoria, donde si bien son situaciones que no atañen directamente a NNA, si los llega a afectar por distintos motivos. Así, por ejemplo, es posible mencionar un fallo de la CA de Santiago del año 2013³⁸⁸, donde se acoge el recurso de amparo interpuesto por la Defensoría Penal Pública, la cual recurrió en favor de un ciudadano peruano y su familia en contra del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, el cual decretó la expulsión del país del padre de familia.

Así las cosas, la CA ha señalado que: *“Si bien lo expresado atinge directamente al amparado A.R.B.M., no es posible prescindir de lo que empece a las también amparadas M.E.A.M. y R.F.B.A., cónyuge e hija, respectivamente. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 1 de la carta primera, es la familia el núcleo fundamental de la sociedad. Tratándose de un niño, el Estado de Chile ha suscrito la Convención Internacional que en 1.989 estableció sus derechos, que fija como derrotero sine qua non el de su interés superior en todos los asuntos y decisiones en que deban intervenir las autoridades y órganos públicos, entre los cuales ciertamente los tribunales, por manera que nunca éstos habrán de decidir sin considerar primordialmente tal interés superior. Para calibrar la comparecencia en la especie de semejante interés, debe atenderse al tenor del artículo 9 de la Convención, que obliga a cualquier esfuerzo para que el niño no se mantenga separado de sus padres. Consciente está esta Corte que la expulsión tiene como sujeto exclusivo a A.R.B.M., lo que no quiere decir que su consumación haya de conllevar la disgregación de su matrimonio y, de hecho, de su paternidad. Elementos éstos que los juzgadores no pueden dejar de lado a la hora de sopesar hasta qué punto la situación que el recurso plantea amerita mantener una sanción que por los motivos que se ha venido desarrollando, parece forzar en demasía el esquema jurídico aplicable”³⁸⁹.*

³⁸⁷ Ibid. Considerando cuarto.

³⁸⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. *Badaracco Moscoso, Angelo Renato y familia con Departamento de Extranjería y Migración, Libro: Criminal-1244-2013*. Sentencia de 23 de julio de 2013.

³⁸⁹ Ibid. Considerando décimo.

Resolviendo de esta manera, que en la actualidad no concurren las circunstancias para justificar su ejecución.

- Derecho a la educación y salud.

Además de las materias propias de cada ley en donde se reconoce y establece el principio del interés superior del niño es posible mencionar ciertos casos en donde este se ha hecho presente.

Es así, como es posible mencionar un fallo de enero del año 2013 pronunciado por la CS³⁹⁰ respecto, el cual trata sobre un recurso de protección interpuesto por los padres del menor A.R.G. en contra de la Corporación Educacional Concepción Talca en razón de la cancelación y no renovación de la matrícula de su hijo -alumno de 6° año básico- para el año 2013, decisión que les fue comunicada en septiembre del año 2012, motivada por antecedentes de mal comportamiento del niño pero, sin tener a la vista que el menor se encontraba en pleno proceso de evaluación para un tratamiento médico neurológico para controlar su hiperactividad. Por lo tanto, en este contexto, la decisión de no renovar la matrícula debido a que el niño sigue registrando observaciones negativas deviene en arbitraria, puesto que es adoptada apenas transcurridos dos meses del inicio del tratamiento, sin esperar un tiempo razonable que permita evaluar si éste ha sido efectivo.

Ahora bien, respecto a la aplicación del principio en estudio la CS señala: *“Que, en este mismo orden de ideas, la observancia del principio de interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño, exigía de parte de la recurrida una actuación orientada al fortalecimiento y respeto de los derechos de su alumno en el contexto de su proceso de aprendizaje, lo que en concreto se traduciría en un apoyo al tratamiento neurológico iniciado por aquél”*³⁹¹. Señalando además: *“Que en los términos que han sido expuestos, no se advierte razón que justifique la determinación de las autoridades del colegio, habida consideración del compromiso asumido por los padres y de la circunstancia de encontrarse el menor bajo tratamiento médico, sin que al momento de comunicar la medida adoptada se pudiese aún evaluar una mejora en su conducta; conculcándose así su derecho a la igualdad ante la ley, en el entendido que la institución recurrida no pudo*

³⁹⁰ CORTE SUPREMA. Rojas García, Sebastián contra Allende González, Jorge, presidente Corporación Educacional Colegio Concepción Talca, Libro: Civil/Protección-9292-2012. Sentencia de 28 de enero de 2013.

³⁹¹ Ibid. Considerando séptimo.

*desconocer las especiales características del alumno que lo diferencian de los demás y que lo obligan como ente responsable de su proceso formativo -obligación asumida en el contrato de prestación de servicios educacionales-, a brindar los espacios necesarios para su adecuada educación integral y a utilizar hasta agotar todos los instrumentos necesarios para modificar su conducta, lo que no se advierte se haya hecho en la especie, sin perjuicio de las medidas que les incumbe adoptar a los padres. De esta manera, la decisión de la recurrida de excluir al menor del establecimiento por la vía de no renovar su matrícula para el presente año no es aceptable desde la perspectiva de la garantía constitucional de la igualdad, sin perjuicio que además ella produce una afectación del derecho a la educación que le asiste al menor por quien se recurre*³⁹². Así las cosas, se acoge el recurso de protección atendiendo a la situación del niño y obligando a renovar la matrícula del menor de edad para el año 2013, apuntando a la protección del interés superior del niño, por medio del fortalecimiento y respeto de los derechos del mismo.

Otro fallo interesante resuelto por la CS es uno de fecha 03 de marzo del año 2016³⁹³ donde acciona de protección la directora del Hospital Base de Osorno, en favor del recién nacido M.H.F. y en contra de la madre de éste en atención a que esta última no permitió la aplicación de la vacuna BCG a su hijo, la cual protege a los niños contra la tuberculosis en todas sus variantes. Respecto a esto, la CS se pronuncia en relación a la negativa de la madre, señalando que esta “(...) *afecta el derecho a la vida del menor amparado (...)*”³⁹⁴, sosteniendo además: “*Que dado lo informado por la recurrente, esta Corte a fin de resguardar la vida del amparado, dispondrá que le apliquen todas las vacunas, que atendida su edad, tengan el carácter de obligatorias*”³⁹⁵. De esta manera, lo importante del fallo, sin perjuicio de que la acción incoada es desestimada por extemporánea, recae en la obligación de realizarse todas las vacunas correspondientes a la edad del niño, en atención a su salud y por razones de políticas públicas de sanidad, donde si bien no se menciona explícitamente el interés superior del niño, es posible dar cuenta de este debido a que primó el resguardo de los derechos del niño por sobre los intereses personales de la madre.

³⁹² Ibid. Considerando octavo.

³⁹³ CORTE SUPREMA. *Wall Ziegler, Verónica con Farías Aravena, Yesenia, Libro: Civil/Protección-36759-2015*. Sentencia de 03 de marzo 2016.

³⁹⁴ Ibid. Considerando cuarto.

³⁹⁵ Ibid. Considerando séptimo.

6.2.2 Tribunal Constitucional

Con el fin de tener una concepción actualizada de la forma en que nuestro TC ha entendido el principio en estudio, se pasará a analizar los casos más recientes en que ha formado parte de algún conflicto jurídico, donde se tendrá especialmente en cuenta tanto su desarrollo como los parámetros legales que se han utilizado para su determinación y aplicación en las distintas materias en que se ha requerido.

- Modificación ley N°20.084 (Artículo único número tres del Proyecto de Ley que modifica la ley N°20.084).

En sentencia Rol N°786 de 13 de junio del año 2007³⁹⁶ se analiza un requerimiento con el objeto de declarar la inconstitucionalidad del artículo único, número tres del Proyecto de Ley que modifica la ley N°20.084 que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal, debido a que implicaría que la única sanción posible para el tramo de penalidad superior a cinco años sea la internación en régimen cerrado constituyendo una violación al artículo quinto inciso segundo de la CPR, esto: *“(...) porque el legislador no habría respetado el principio del interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, así como los artículos 37, 40 y 41 de la misma, según los cuales la privación de libertad de los adolescentes debe ser la última ratio e imponerse por el menor tiempo posible”*³⁹⁷.

Lo anterior llama bastante la atención dado que: *“(...) todo el sistema de responsabilidad penal adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del “interés superior” del mismo”*³⁹⁸. Sin embargo, el requerimiento es rechazado en virtud de un razonamiento más bien literal de lo que invocan las normas y los tratados internacionales ratificados por Chile, estableciendo que el precepto constitucional invocado resulta compatible con el principio en cuestión³⁹⁹. Asimismo, se establece que este principio es importante que sea tratado como tal y no como una norma, señalando que entre pugna de principios estos deben ser ponderados por el

³⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 786-2007. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 13 de junio de 2007. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiccion:CL+content_type:2+source:3411+date:2007-03-01..2008-03-28/786/WW/vid/58942404> [Consulta: 11 de diciembre de 2019]

³⁹⁷ Ibid. Párrafo vigesimosexto.

³⁹⁸ Ibid. Párrafo vigesimoséptimo.

³⁹⁹ Ibid. Considerando tercero.

legislador pudiendo ser invalidado por este tribunal únicamente “(...) cuando uno de los principios en pugna ha sido minusvalorado en términos intolerables para la Constitución, lo que no ocurre en la especie (...)”⁴⁰⁰.

A pesar de esto, existió un voto disidente de parte del ministro Hernán Vodanovic Schake, quien esgrime que el precepto en cuestión no se encuentra en armonía con los derechos invocados, especialmente con la CDN, toda vez que: “(...) no es una medida que cumpla un objetivo tendiente a rehabilitar y resocializar al menor en aras de su interés superior y su desarrollo integral (...)”.

- Filiación (Artículo 206 del Código Civil).

En este caso, son remitidos los antecedentes de una causa de investigación/reclamación de paternidad que fue llevada a cabo en el Juzgado de Familia de Pudahuel donde el presunto hijo al momento de la acción tenía veinte años de edad y se enteró de quién era su padre un poco antes de que este muriera. En lo particular, se alude a la restricción que establece el artículo 206 para que un hijo pueda reclamar la filiación, siendo esto posible solo en el caso de que se padre se encuentre vivo.

Es así, que por medio de la sentencia Rol N°1.656 de 1 de septiembre del año 2011⁴⁰¹ se acoge el requerimiento estableciendo que la reclamación de filiación constituye un derecho “(...) pues de este reconocimiento se derivan, para el hijo, un conjunto de derechos (aunque también de obligaciones) que deben enmarcarse en el criterio de promover su “interés superior” que se vincula a posibilitar su mayor realización espiritual y material posible (...)”⁴⁰² considerando que de esta manera se consigue una verdad biológica absolutamente necesaria para los hijos.

- Cuidado personal (Artículo 225 del Código Civil).

La primera vez que fue analizado este artículo fue con fecha 20 de noviembre del año 2012 por medio de la sentencia Rol N°2156⁴⁰³, donde se busca declarar la inaplicabilidad del

⁴⁰⁰ Ibid. Considerando décimo primero.

⁴⁰¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 1.656-2011. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 01 de septiembre de 2011. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2011-01-01..2012-01-30/1656/p4/WW/vid/330644454> [Consulta: 11 de diciembre de 2019]

⁴⁰² Ibid. Considerando sexto.

⁴⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 2.156-2012. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 20 de noviembre de 2012. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2011-01-01..2012-01-30/1656/p4/WW/vid/330644454>

artículo, considerando que se establece que: “(...) *si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos (...)*” en una causa ante el Primer Juzgado de Familia de Santiago, donde los hechos alegados pueden tornar el cambio de titularidad del cuidado personal en virtud del interés superior del niño. Sin embargo, el TC señala que esta regla de atribución no vulnera la igualdad ante la ley debido a que constituye una realidad social de nuestro país y que: “(...) *por su fácil aplicación simplifica la solución de un problema que muchas veces requiere de una solución urgente para no lesionar el interés superior de los niños*”⁴⁰⁴. A lo que agregan que: “(...) *el principio del interés superior del niño es expresión de principios y valores fundamentales de nuestra Constitución, consagrados, entre otros, en sus artículos 1º, 5º y 19º (...)*”⁴⁰⁵ y que esta norma en particular lo que hace es generar que quien busca el cuidado personal no se base en probar un mejor interés superior de su hijo o hija sino que busca inhabilitar al otro padre, estableciendo que: “*Una regla que lleva a este extremo no solo es contraria a la igualdad sino que atenta contra la dignidad humana y, por cierto, en contra del interés superior del niño*”⁴⁰⁶.

Al año siguiente, por medio de la sentencia Rol N°2.306 de 30 de mayo del año 2013⁴⁰⁷ se alega la inconstitucionalidad de los incisos primero y tercero del mismo artículo, donde se hace el mismo razonamiento que en el caso anterior rechazando el requerimiento y dictándose el voto disidente del ministro Juan José Romero quien considera que la norma pone en posición de desigualdad a los padres imponiéndose al padre un estándar probatorio que demuestre la necesidad del cambio en el cuidado personal. perjudicando el interés superior del niño.

Por último, en una tercera sentencia Rol N°2699 de 16 de junio del año 2015⁴⁰⁸ se analiza su constitucionalidad en torno a su inciso tercero, habiéndose ya efectuado una reforma al Código Civil donde ahora se indica que: “*A falta de acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien esté conviviendo (...)*” lo cual es contrario a lo analizado

[com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2011-01-01..2013-02-27/2156/WW/vid/408092146](https://www.vlex.com/uchile/idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2011-01-01..2013-02-27/2156/WW/vid/408092146)> [Consulta: 11 de diciembre de 2019]

⁴⁰⁴ Ibid. Considerando segundo.

⁴⁰⁵ Ibid. Considerando cuarto.

⁴⁰⁶ Ibid. Considerando décimo tercero.

⁴⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 2.306-2013*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 30 de mayo de 2013. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2013-01-01..2014-02-27/2306/WW/vid/439014042>

[Consulta: 11 de diciembre de 2019]

⁴⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 2.699-2015*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 16 de junio de 2015. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411/2699/WW/vid/574854954>

[Consulta: 11 de diciembre de 2019]

anteriormente, dando cuenta de una efectiva igualdad de condiciones entre las partes y un resguardo al interés superior del niño, tal como lo ha el profesor Cristian Lepin, quien reconoció que constituía: “(...) una norma de atribución supletoria, que deja en igualdad de condiciones a los padres, eliminando la preferencia materna, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual. Esta regla supletoria presenta importantes beneficios; por una parte, permite una continuidad en la vida del menor, en aquellos casos en que los padres estén separados y uno de ellos se hace cargo de los hijos y el otro desaparece o se desentiende de sus responsabilidades; o en aquellos casos en que ambos padres se encuentran presentes en la vida de su hijo, pero no han firmado un acuerdo. Por otro lado, evita tener que judicializar todos los casos a efectos de que el Tribunal de Familia atribuya el cuidado personal, reconociendo la situación de hecho existente”⁴⁰⁹.

- Guardas (Artículos 366, 367, 369, 370, 372 y 473 del Código Civil y 838, 839 y 841 del Código de Procedimiento Civil).

Por medio del requerimiento ingresado por la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Pudahuel, se solicita un pronunciamiento en el caso en cuestión, donde el hermano mayor busca hacerse cargo de sus hermanos dado que tanto el padre como la madre fallecieron. Sin embargo, se encuentra vivo el abuelo materno de las niñas que no tiene contacto con ellas, pero la ley establece que el orden de la guarda legítima es el padre, madre, demás ascendientes y posteriormente los hermanos del menor y de sus ascendientes, debiendo la juez en función de la ley, otorgar la guarda al abuelo y no al hermano que es quien lo solicita, y escuchando exclusivamente al defensor de menores y no a las niñas afectadas, situación que no parece razonable dado que no se resguarda el interés superior de las menores.

Es de esta manera que en la sentencia Rol N°2867 de 12 de abril del año 2016⁴¹⁰, el TC comienza estableciendo que el interés superior del niño “(...) consiste en dar pleno respeto a los derechos esenciales de los niños y adolescentes. Su finalidad es proteger el desarrollo del menor y la plena satisfacción de sus

⁴⁰⁹ LEPÍN, Cristián. *Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N°20.680*. [En línea] En: [Revista de Derecho – Escuela de Postgrado](#). N°3: 285-308. Julio 2013. <<https://doctrina.vlex.cl/vid/reformas-relaciones-paterno-filiales-643501765>> [Consulta: 12 de diciembre de 2019]

⁴¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 2.867-2016*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 12 de abril de 2016. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411/2867/WW/vid/632557513> [Consulta: 12 de diciembre de 2019]

*necesidades en los diferentes aspectos de su vida*⁴¹¹. Asimismo, son analizadas las normas en concreto, llegando a la conclusión de que en los casos de hijos que cuentan con padres vivos existe un amplio catálogo de garantías que dan cuenta de una evidente preocupación por el interés superior del niño, pero no así en la normativa en conflicto donde: “(...) *para el caso de los menores de edad cuyos padres han fallecido, no corresponde aplicar dicha normativa, ni en el plano sustantivo ni procedimental, sino otra mucho más rígida, carente de actualizaciones recientes y con nula referencia hacia la protección del interés superior del niño (...)*”⁴¹² por lo que el TC determinó acoger el requerimiento respecto a la gestión pendiente del tribunal de primera instancia solo respecto del artículo 367 del Código Civil debido a que se configura inconstitucional en el caso de autos.

6.3 Conclusiones

A modo de conclusión respecto a la jurisprudencia en torno al principio del interés superior del niño, tanto en materia internacional como nacional, es posible colegir las siguientes ideas:

En cuanto al desarrollo por parte de los organismos internacionales en estudio, es decir la CIDH y el TEDH, existe una clara manifestación del principio en la toma de decisiones que afectan directa o indirectamente a NNA. Así, en la CIDH a través de los años se ha ido perfeccionando y determinando el principio para ser aplicado de forma correcta y cada vez más completa y fundamentada, mientras que en el TEDH se utiliza el interés superior del niño principalmente como un derecho sustantivo que permite ponderar los distintos intereses y derechos en juego en los casos en cuestión a través de la aplicación de la CEDH.

Por otro lado, en el derecho nacional, es posible evidenciar que la dificultad para determinar el principio en estudio en términos objetivos no es una cuestión ajena a los tribunales superiores de justicia puesto que en las sentencias analizadas, si bien existe cierto contenido que se encuentra definido, persiste un amplio margen para entregar una definición específica, ya que algunas sentencias se remiten únicamente a mencionar que el principio resguarda intereses jurídicos, mientras que otras señalan que además de esto, existen intereses extrajurídicos que se protegen por medio de este concepto, e incluso, otros casos en donde se da cuenta de que no es

⁴¹¹ Ibid. Considerando décimo tercero.

⁴¹² Ibid. Considerando trigésimo cuarto.

posible determinar qué se entiende por interés superior. Ahora bien, en cuanto a su aplicación en casos concretos, hemos podido verificar que en ciertas ocasiones los tribunales, especialmente los de primera instancia, no ponderan de forma idónea los intereses en juego o simplemente se limitan a mencionar el principio, pero no fundamentan la utilización de este, situación por la cual, tribunales superiores de justicia han debido revocar o acoger ciertos recursos y acciones con la finalidad de lograr una correcta aplicación del principio.

También es posible dar cuenta que, en el caso del TC, este ha fundamentado sus razonamientos en base al interés superior del niño a través de las materias puestas a su conocimiento, donde incluso se podría decir que, a pesar de no existir una definición en nuestro ordenamiento jurídico, han sabido desarrollar y ponderar el concepto con el fin de buscar el pleno resguardo de los derechos de los NNA.

7 Conclusión final

Tanto a nivel nacional como internacional la evolución del derecho de infancia y particularmente del principio del interés superior del niño, aún tiene bastantes aspectos pendientes.

Hoy en día, es efectivo el reconocimiento teórico de la infancia como grupo intermedio requirente de un mayor cuidado y atención de parte de los Estados. Sin embargo, tal como se aprecia en su historia, su reconocimiento, diferenciación, definición y mecanismos de protección no han sido tarea fácil.

Así las cosas, no fue hasta la segunda mitad del siglo XIX en que la discusión en materia de derechos de los NNA tuvo cabida más allá del derecho privado pasando a ser considerados como objetos de protección, situación que comenzó a cambiar drásticamente por medio del impacto de los periodos entre guerras y de post guerra, donde comenzó a tener lugar en el derecho internacional de los derechos humanos, pudiendo llegar a la concepción que tenemos hoy en día de ser sujetos de derechos.

Ahora bien, específicamente respecto del principio del interés superior del niño en el ámbito internacional, su aparición como concepto se ha discutido por la doctrina, pero su reconocimiento concreto no fue sino en la segunda mitad del siglo XX, en la Declaración de los

Derechos del Niño del año 1959 y llegando a su mayor expresión en la CDN del año 1989 erigiéndose como el principio rector de la protección de los derechos de la infancia. A pesar de esta consideración, la determinación del concepto no ha sido de manera uniforme ya que su aplicación depende justamente del caso concreto en el que se requiera, es por esto que el Comité en su Observación General N°14 realiza una interpretación en extenso del principio con tal de permitir una mejor utilización del mismo. Dicha indeterminación también se ha manifestado en los sistemas jurídicos latinoamericanos donde la incorporación del principio no es uniforme, teniendo distinto rango legal y constitucional según sea el caso.

Además de lo mencionado anteriormente, es posible dar cuenta en la jurisprudencia de la CIDH y el TEDH que la utilización del principio en cuestión da cuenta de un desarrollo sostenido que permite a través de los años una mejor interpretación y utilización del mismo en los casos donde se requiera, demostrando la versatilidad del concepto ya sea como principio interpretativo, derecho sustantivo o como norma de procedimiento.

En cuanto a nuestro país, a pesar de la fuerte influencia internacional que siempre ha existido, nuestro desarrollo ha quedado rezagado teniendo hasta el día de hoy leyes que no han incorporado en su regulación el principio del interés superior del niño y que no se han actualizado a los estándares requeridos y comprometidos por el mismo. Seguido de esto, lamentablemente, a pesar de existir ciertos derechos y consolidación de la titularidad de estos para su ejercicio no se han instaurado mecanismos reales para que puedan ser utilizados de manera efectiva por menores de edad, existiendo una gran cantidad de vulneraciones a los derechos de NNA en Chile debido a falencias graves en materia normativa e institucional. Muestra de esto, son las observaciones realizadas por el Comité, donde se da cuenta que la incorporación del principio en Chile ha sido del todo deficiente, teniendo evaluaciones bastante críticas y reiterativas en puntos esenciales en materia de garantía mínima de derechos humanos. Punto cúlmine de deficiencia institucional es el caso del SENAME, institución que en el año 2018 fue reconocida internacionalmente por facilitar la violación sistemática de derechos de NNA, situación que se ha intentado solucionar por medio de la creación de nuevas instituciones, pero que para un cambio y garantía efectiva, creemos necesaria su modificación completa.

Por otro lado, es bastante importante dar cuenta de que en nuestro país no existe regulación efectiva sobre el principio en comento y nuestra normativa se limita únicamente a

pronunciar la importancia de tenerlo en consideración en ciertas materias, pero no otorga una definición o criterios de determinación para su aplicación que sirvan como directriz. Por lo mismo, su desarrollo se debe principalmente a la jurisprudencia donde se han cometido bastantes errores dado que actualmente en nuestros tribunales de familia e incluso en nuestros tribunales superiores de justicia, las decisiones no han sido fundamentadas limitándose únicamente a nombrar este principio dentro de la sentencia lo que ha perpetrado la idea de que constituye un concepto indeterminado, situación que a nivel internacional ha sido negada rotundamente.

Así las cosas, a partir del análisis jurisprudencial se ha podido concluir que aún existen dificultades en nuestro país para poder plantear el principio en términos objetivos y abordar una definición del mismo, lo cual deriva en una ponderación de intereses que no siempre permite llegar a la decisión correcta, obligando a recurrir a instancias superiores tanto en tribunales nacionales como internacionales.

Pese a lo anterior, los proyectos de ley existentes en la actualidad son bastante prometedores, teniendo uno de ellos incluso una definición y aspectos específicos a considerar al momento de aplicar el principio.

Es así como podemos concluir que nuestro país aún se encuentra con una gran deuda en materia de derechos de infancia y especialmente respecto a la aplicación, regulación y determinación del principio del interés superior del niño.

8 Bibliografía

- ACUÑA, Marcela. *Derecho de relación directa y regular*. Santiago, Thomson Reuters, 2016.
- ALDUNATE, Eduardo. *La posición de los Tratados Internacionales en el sistema de fuentes del Ordenamiento Jurídico Chileno a la luz del derecho positivo*. [En línea] En: Revista Ius et Praxis. Año 16(2): 185-210. 2010. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/146>>
- ALEGRE, S., HERNÁNDEZ, X. y ROGER, C. *El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas*. [En línea] Sistema de información sobre la primera infancia en América Latina. Cuaderno 05. 2004. <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuadern_o_05_interes_superior_nino.pdf>
- Alfonso X Rey de Castilla y de León. *Las siete partidas del Sabio Rey don Alfonso el Nono: Rey Don Alfonso el Nono nuevamente glosadas, por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su Magestad, con su reportorio muy copioso, assi del testo como de la glosa*. [En línea] 1565. <<https://doi.org/10.34720/gsxt-nc90>>
- BAEZA, Gloria. *El interés superior del niño: Derecho de Rango Constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia*. [En línea] En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 28(2): 355-362. 2001. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650315>>
- BELLAMY, Carol. *Estado Mundial de la Infancia 2005. La Infancia amenazada*. [En Línea] diciembre de 2004. <<https://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2003/12/Estado-Mundial-de-la-Infancia-2005.pdf>>
- BENADAVA, Santiago. *Las relaciones entre Derechos Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales chilenos*. En: LEÓN, Avelino. *Nuevos enfoques del Derecho Internacional*. Editorial Jurídica de Chile. 8-59. 1992.
- CAMPOS, Shirley. *La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia*. [En línea] Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (50): 351-378. 2009. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>>
- CENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHOS DEL NIÑO (CIDENI). *Estudio de revisión y análisis de Programas de Familias de Acogida*. [En línea] 1-32. septiembre 2019. <<https://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2018/06/UNICEF-WD-Estudio-Familias-de-Acogida.pdf>>

- CILLERO Bruñol, Miguel. *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios*. Revista Infancia. Instituto Interamericano del Niño, 1997.
- COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO NACIONAL DE MENORES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS. *Informe comisión especial investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la cámara de diputados, por la aprobación del informe de la comisión investigadora del SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental*. [En línea] 1-535. Julio 2017.
<<https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=35387&prmTIPO=INFORMECOMISION>>
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Examen de los informes presentados por los Estados Parte de conformidad con el artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Chile*. [En línea] 22 de abril de 1994.
<<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-1994.pdf>>
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Examen de los informes presentados por los Estados Parte en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño: Chile*. [En línea]. 03 de abril de 2002.
<<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-2002.pdf>>
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Examen de los informes presentados por los Estados Parte con arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: Chile*. [En línea]. 23 de abril de 2007. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-2007.pdf>>
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*. [En línea]. 30 de octubre de 2015.
<<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/CRC-2015.pdf>>
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. [En línea] 01 de junio de 2018.
<<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/2018-Informe-del-Comit%C3%A9-de-los-Derechos-de-la-Ni%C3%B1ez.pdf>>

- DÁVILA, P. y NAYA, Luis. *La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional*. [En línea] Encuentros en educación (7): 71-93. 2006. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4683188>>
- DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que crea el Ministerio de la Familia y Desarrollo Social (Boletín N°11.951-31)*. [En línea]. Septiembre de 2018. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Oficio-N%C2%B0-64_2018-sobre-Ley-que-crea-Ministerio-de-la-Familia.pdf>
- DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez (Boletín N°12.027-07)*. [En línea]. Septiembre de 2018. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Oficio-N%C2%B061_2018-Sobre-Ley-que-crea-el-Servicio-de-Protecci%C3%B3n-a-la-ni%C3%B1ez.pdf>
- DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Remite observaciones a Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez*. [En línea]. Enero de 2019. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/ORD-N%C2%B0-17_2019-Proyecto-de-Ley-sobre-Sistema-de-Garant%C3%ADas.pdf>
- DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Solicitudes al Estado de Chile. Poder Judicial. Amicus Curiae sobre Secuestro Internacional I*. [En línea] <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Secuestro-internacional-1.pdf>>
- DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ. *Solicitudes al Estado de Chile. Poder Judicial. Amicus Curiae sobre Secuestro Internacional II*. [En línea] <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Secuestro-Internacional-2.pdf>>
- ESTADO DE CHILE. *El Estado de Chile da a conocer el informe del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas: Primera Aproximación del Gobierno*. [En línea] Chile, 30 de julio de 2018. <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Respuesta_del_Estado_al_Informe_del_Comit%C3%A9_de_Derechos_del_Ni%C3%B1o_30-07-2018.pdf>
- ESTADO DE CHILE. *Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención. Informes periódicos cuarto y quinto que los Estados Parte debían presentar*

- en 2012. *Chile*. [En línea] Chile. 27 de octubre de 2012. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-2012.pdf>>
- ESTADO DE CHILE. *Informes iniciales que los Estados partes debían presentar en 1993. Adición: CHILE*. [En línea] Chile. 22 de junio de 1993. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-1993.pdf>>
 - ESTADO DE CHILE. *Informes periódicos que los Estados Parte debían presentar en 1997*. [En línea]. Chile. 10 de octubre de 1999. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-1999.pdf>>
 - ESTADO DE CHILE. *Informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 2005: Chile*. [En línea]. Chile. 10 de octubre de 2005. <<https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/Chile-2005.pdf>>
 - ESTADO DE CHILE. *Respuesta del Estado de Chile al informe de la investigación relacionada en virtud del artículo 13 del protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones*. [En línea]. Chile, diciembre de 2018. <[http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/Respuesta del estado de Chile al Informe del Comit%C3%A9 de los derechos del ni%C3%B1o MINJUDDHH Dic2018.pdf](http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/12/Respuesta%20del%20estado%20de%20Chile%20al%20Informe%20del%20Comit%C3%A9%20de%20los%20derechos%20del%20ni%C3%B1o%20MINJUDDHH%20Dic2018.pdf)>
 - FARIAS, Ana María. *El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos: Resistencias en los discursos y prácticas de los sistemas de atención a la infancia en Chile*. Tesis. (Magister en Sociología). Santiago, Chile. Universidad Católica de Chile, 2002.
 - LEPÍN, Cristián. *Reformas a las Relaciones Paterno-Filiales. Análisis de la Ley N°20.680*. [En línea] En: Revista de Derecho – Escuela de Postgrado. N°3: 285-308. Julio 2013. <<https://doctrina.vlex.cl/vid/reformas-relaciones-paterno-filiales-643501765>>
 - MAFFIOLETTI, Francisco “et al”. *Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales*. [En línea] Santiago, Chile: 1-176. 2010. <https://www.sename.cl/wsename/otros/guia_eval_dan_2010.pdf>
 - MEDINA, Cecilia. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno*. En: Corporación Nacional de Reparación y Conciliación. *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*. Santiago, Chile. 3-54. 1994.
 - MEMORIA CHILENA BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. *La infancia en el siglo XX: Leyes de protección a la infancia*. [En línea] <<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-95303.html>>

- MUSEO DE LA EDUCACIÓN GABRIELA MISTRAL. *Construcción del Estado Docente en Chile (1860-1920)*. [En línea] <<https://www.museodelaeducacion.gob.cl/648/w3-article-25830.html? noredirect=1>>
- O'DONELL, Daniel. *La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido*. En: Conamaj, Escuela Judicial, Unicef-Costa Rica. *Derechos de la niñez y la adolescencia: antología*. [En línea] Costa Rica. 2001. <https://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA (UNESCO). *La atención y educación de la primera infancia* [En línea] <<https://es.unesco.org/themes/atencion-educacion-primera-infancia>>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Desarrollo en la adolescencia*. [En línea] <https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/>
- PARLIAMENT UK. *Reforming society in the 19th century: Early factory legislation*. [En línea] <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/earlyfactorylegislation/>>
- PARLIAMENT UK. *Reforming society in the 19th century: The 1833 Factory Act*. [En línea] <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/19thcentury/overview/factoryact/>>
- RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho Chileno*. [En línea] Revista Chilena de Derecho. Vol.42(2): 903-934. 2015. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007>
- REA-GANADOS, Sergio Alejandro. *Evolución del Derecho Internacional sobre la Infancia*. [En línea] International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional. (29):147-192. Diciembre de 2016. <<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n29/1692-8156-ilrdi-29-00147.pdf>>
- RED LATINOAMERICANA Y CARIBEÑA POR LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (REDLAMYC). *Estudio de balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América*

- Latina y el Caribe. Impacto y retos a 20 años de su aprobación* [En línea] noviembre de 2009. <<https://www.derechosinfancia.org.mx/libro%20balance%20regional%20interior%20web.pdf>>
- SCHLEYER, María Trinidad. *Institucionalidad de la infancia en Chile*. [En línea]. Centro de Estudios e Investigación Libertad y Desarrollo, 2018. <<https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/10/SIL-50-Institucionalidad-de-la-infancia-en-Chile-septiembre2018.pdf>>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *La realidad de niños, niñas y adolescentes de pueblos indígenas residentes en centros para mayores del SENAME* [En línea] 1-133. 2009. <https://www.sename.cl/wsename/otros/doc_sename/estudio_etnias_residencias.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales* [En línea]. Santiago de Chile. <<http://www.sename.cl/web/revista-senales/>>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°1: 1-155. Junio 2008. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_01_2008.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°3: 1-135. Marzo 2009 <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_03_2009.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°4:1-130. Agosto 2009. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_04_2009.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°6: 1-85. Abril 2010. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_06_2010.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°7: 1-96. Marzo 2011. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_07_2011.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°9: 1-63. Junio 2012. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_09_2012.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°13: 1-54. Diciembre 2014. <https://www.sename.cl/revistas-senales/Senales_13_2014.pdf>
 - SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°16:1-113. Junio 2017. <<https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/02/SENALES-N16-V2.pdf>>

- SERVICIO NACIONAL DE MENORES. *Revista Señales*. [En línea]. Santiago de Chile. N°19: 1-83. Diciembre 2018. <<https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/02/Revista-Senales-Diciembre-2018v2.pdf>>
- TORRECUADRA, Soledad. *El interés superior del niño*. [En línea] Anuario Mexicano de Derecho Internacional Vol. XVI: 131-157. 2016. <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/523/12413>>
- UNIDAD DE ESTUDIO DEL SENAME. *Análisis sobre la aplicación del artículo 80 bis*. [En línea] Chile. 2010. <https://www.sename.cl/wsename/otros/estudios_2012/analisis_80_bis.pdf>

Leyes y Normas:

- *Código Civil Francés*. París, Francia, 21 de marzo de 1804. [En línea] <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517/f4.image>>
- *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador de 2007-2008. Alfaro, Montecristi, Ecuador, 20 de octubre de 2008.
- *Constitución Nacional de la República del Paraguay*. Convención Nacional Constituyente. Asunción, Paraguay, 20 de junio de 1992.
- *Constitución Política de Colombia*. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá, Colombia, 4 de julio de 1991.
- *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Presidencia de la Nación. La Paz, Bolivia, 7 de febrero de 2009.
- *Constitución Política del Perú*. Congreso Constituyente Democrático. Lima, Perú, 29 de diciembre de 1993.
- *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Consejo de Europa, Roma, Italia, 03 de noviembre de 1950. [En línea] <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>
- *Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños*. Sociedad de Naciones (SDN). Ginebra, Suiza, 26 de diciembre de 1924. [En línea] <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf>

- D.F.L. N°1. *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N°4.808, sobre registro civil, de la Ley N°17.344, que autoriza cambio de nombres 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.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000.
- Decreto Ley N°2.465. *Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 16 de enero de 1979.
- Decreto N°100. *Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.* Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago, Chile, 22 de septiembre de 2015.
- Decreto N°778. *Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por Resolución N°2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha.* Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 29 de abril de 1989.
- Decreto N°789. *Promulga la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 18 de diciembre de 1979.* Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 27 de octubre de 1989.
- Decreto N°830. *Promulga Convención sobre los Derechos del Niño.* Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 27 de septiembre de 1990.
- Decreto N°873. *Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica".* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, Chile, 29 de abril de 1989.
- Decreto Supremo N°2.377. *Reglamento a la Ley N°548, Código Niña, Niño y Adolescente.* Presidencia de la Nación. La Paz, Bolivia, 27 de mayo de 2015.
- Ley N°100. *Código de la Niñez y la Adolescencia.* Congreso Nacional. Quito, Ecuador, 4 de junio de 2003.
- Ley N°548. *Código Niña, Niño y Adolescente.* Asamblea Legislativa Plurinacional. La Paz, Bolivia, 17 de julio de 2014.

- Ley N°1.098. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.* Congreso de Colombia. Bogotá, Colombia, 8 de noviembre de 2006.
- Ley N°1.680. *Código de la Niñez y la Adolescencia.* Congreso Nacional de la República de Paraguay. Asunción, Paraguay, 30 de mayo de 2001.
- Ley N°16.618. *Fija el texto definitivo de la ley de menores.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 8 de marzo de 1967.
- Ley N°17.823. *Código de la Niñez y la Adolescencia.* Senado y Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay en Asamblea General. Montevideo, Uruguay, 7 de septiembre de 2004.
- Ley N°19.620. *Dicta normas sobre adopción de menores.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 5 de agosto de 1999.
- Ley N°19.947. *Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 17 de mayo de 2004.
- Ley N°19.968. *Crea los tribunales de familia.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004.
- Ley N°20.032. *Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 25 de julio de 2005.
- Ley N°20.084. *Establece un Sistema de Responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.* Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 7 de diciembre de 2005.
- Ley N°21.067. *Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez.* Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago, Chile, 29 de enero de 2018.
- Ley N°21.090. *Crea la Subsecretaría de la niñez, modifica la Ley N°20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y modifica cuerpos legales que indica.* Ministerio de Desarrollo Social, Santiago, Chile, 18 de abril de 2018.
- Ley N°24.430. *Constitución Nacional Argentina.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Buenos Aires, Argentina, 10 de enero de 1995.
- Ley N° 26.061. *Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.* Argentina. 26 de octubre de 2005. [En línea] <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26061-110778/texto>>
- Ley N°27.337. *Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.* Congreso de la República del Perú. Lima, Perú, 21 de julio de 2000.

- Observación general N°11 (2009) *sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*. Comité de los Derechos del Niño. [En línea] 2009. <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.GC.C.11_sp.doc>
- Observación general N°12 (2009) *sobre el derecho del niño a ser escuchado*. Comité de los Derechos del Niño. [En línea] 2009. <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>>
- Observación general N°14 (2013) *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Comité de los Derechos del Niño. [En línea] 2013. <https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc>
- Proyecto de Ley Boletín N°8.911-18. *Protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Cámara de Diputados, Chile, 30 de abril de 2013.
- Proyecto de Ley Boletín N°9.119-18. *Reforma integral al sistema de adopción en Chile*. Cámara de Diputados, Chile, 8 de octubre de 2013.
- Proyecto de Ley Boletín N°10.315-18. *Sistema de garantía de los derechos de la niñez*. Cámara de Diputados, Chile, 24 de septiembre de 2015.
- Proyecto de Ley Boletín N°11.174-07. *Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica*. Senado, Chile, 4 de abril de 2017.
- Proyecto de Ley Boletín N°12.027-07. *Crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica*. Cámara de Diputados, Chile, 17 de agosto de 2018.
- Resolución N°217 A. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), 10 de diciembre de 1948. [En línea] <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf>
- Resolución N°448. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), La Paz, Bolivia, octubre de 1979 [En línea] <https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_CorteIDH.pdf>
- Resolución N°1.386 (XIV). *Declaración de los Derechos del Niño*. Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), 20 de noviembre de 1959. [En línea] <<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>>

Jurisprudencia:

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. *Badaracco Moscoso, Angelo Renatto y familia con Departamento de Extranjería y Migración*, Libro: *Criminal-1244-2013*. Sentencia de 23 de julio de 2013.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. *Bahamondes García, Rodrigo con Rojas González, Viviana y otro*, Libro: *Familia-Ant-218-2006*. Sentencia de 22 de junio de 2006.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. *Correa Valdés, Sandra elvira con López Rojas, Yenifer Elisabet*, Libro: *Familia-ant-456-2011*. Sentencia de 24 de noviembre de 2011.
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. *Díaz González, Gonzalo con Vega Soto, Laura*, Libro: *Familia-ant-275-2014*. Sentencia 25 de agosto de 2014.
- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. *Recurso de Protección Laurie Saez, Gloria contra Colegio San José Limitada*, Libro: *Civil-ant-59-2011*. Sentencia de 18 de febrero de 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Rizzo y niñas Vs. Chile*. [En línea] Sentencia de 24 de febrero de 2012. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 18 de septiembre de 2003. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. [En línea] Sentencia de 24 de agosto de 2010. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. [En línea] Sentencia de 8 de julio de 2004. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. [En línea] Sentencia de 19 de noviembre de 1999. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. [En línea] Sentencia de 8 de septiembre de 2005. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*. [En línea] Sentencia de 24 de noviembre de 2011. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 27 de abril de 2012. <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 31 de agosto de 2012. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras ("Campo algodonero") Vs. México*. [En línea] Sentencia de 16 de noviembre de 2009. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. [En línea] Sentencia de 2 de septiembre de 2004. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. [En línea] Sentencia de 4 de septiembre de 2012. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. [En línea] Sentencia de 14 de mayo de 2013. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. [En línea] Sentencia de 31 de agosto de 2010. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica: Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. [En línea] Sentencia de 24 de febrero de 2012. <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atariff.pdf>>
- CORTE SUPREMA. *Donoso Donoso Jacqueline con Maldonado Olivares Pedro, Libro: Familia-8129-2015*. [En línea – Base de Datos Legal WestLaw Chile] Sentencia de 15 de diciembre de 2015. <CL/JUR/7864/2015>
- CORTE SUPREMA. *Herrera Porras, Gloria del Carmen con González Bugueño, Washington y otros, Libro: Familia-7150-2012*. Sentencia de 14 de enero de 2013.

- CORTE SUPREMA. *Martínez Vicencio, Luis con Pavez Cáceres, Liliana*, Libro: *Familia-3666-2014*. [En línea – Base de Datos Legal WestLaw Chile] Sentencia de 06 de octubre de 2014. <CL/JUR/7101/2014>
- CORTE SUPREMA. *Reinao Trujillo Paola contra Juzgado de Garantía de Castro*, Libro: *Criminal-6931-2012*. Sentencia de 12 de septiembre de 2012.
- CORTE SUPREMA. *Rojas García, Sebastián contra Allende González, Jorge, presidente Corporación Educacional Colegio Concepción Talca*, Libro: *Civil/Protección-9292-2012*. Sentencia de 28 de enero de 2013.
- CORTE SUPREMA. *Saez Guzmán, Marlene con Aguilar López Jorge*, Libro: *Familia-3384-2015*. Sentencia de 15 de diciembre de 2015.
- CORTE SUPREMA. *Solicitante: Wolfenson Pérez, Andrés, Marchant Ramírez, Loreto*, Libro: *Familia-1384-2008*. Sentencia de 14 de abril de 2008.
- CORTE SUPREMA. *Wall Ziegler, Verónica con Farías Aravena, Yesenia*, Libro: *Civil/Protección-36759-2015*. Sentencia de 03 de marzo 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 786-2007*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 13 de junio de 2007. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2007-03-01..2008-03-28/786/WW/vid/58942404>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 1.656-2011*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 01 de septiembre de 2011. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2011-01-01..2012-01-30/1656/p4/WW/vid/330644454>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 2.156-2012*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 20 de noviembre de 2012. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2011-01-01..2013-02-27/2156/WW/vid/408092146>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 2.306-2013*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 30 de mayo de 2013. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2013-01-01..2014-02-27/2306/WW/vid/439014042>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 2.699-2015*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 16 de junio de 2015. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411+date:2015-06-16/2699/WW/vid/489014042>

com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411/2699/W/W/vid/574854954>

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Rol 2.867-2016*. [En línea - Base de Datos Vlex] Sentencia de 12 de abril de 2016. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:2+source:3411/2867/W/W/vid/632557513>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto K.A.B. c. España (Petición N°59819/08)*. [En línea] Sentencia de 10 de abril de 2012. <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22languageisocode%22:%5B%22SPA%22%5D,%22appno%22:%5B%2259819/08%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-110884%22%5D%7D%7E>>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto Maslov c. Austria (Demanda N°1638/03)*. [En línea] Sentencia de 23 de junio de 2008. <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22docname%22:%5B%22%5C%22CASE%20OF%20MASLOV%20v.%20AUSTRIA%5C%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-139050%22%5D%7D%7E>>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto P.V. c. España (Demanda N°35159/09)*. [En línea] Sentencia 30 de noviembre de 2010. <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22docname%22:%5B%22%5C%22CASE%20OF%20P.V.%20v.%20SPAIN%5C%22%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-102597%22%5D%7D%7E>>
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Asunto Popov c. Francia (Demanda N°s 39472/07 y 39474/07)*. [En línea] Sentencia de 19 de enero de 2012. <<https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22itemid%22:%5B%22001-189679%22%5D%7D%7E>>