



UNIVERSIDAD DE CHILE

Departamento de Derecho Privado

Escuela de Derecho

**VULNERACIÓN DE DERECHOS EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:
ANÁLISIS NORMATIVO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS EN CHILE.**

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

Autor: Joaquín Alberto Durán Muñoz

Profesora guía: Laura Albornoz

Santiago, Chile

2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I: CONCEPTOS, ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA INFANCIA EN RELACIÓN CON LA VULNERACIÓN DE DERECHOS EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	9
1. Conceptos relevantes para la investigación.	9
1.1. Antecedentes y evolución histórica del Derecho de la infancia.	12
1.2. Principios de origen internacional ratificados y vigentes en Chile: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del Niño. Convención los Derechos del Niño.....	18
1.2.1. Evolución del nuevo paradigma/ antecedentes de la convención.....	19
1.2.2. Profundización de la Convención de los Derechos del Niño.....	26
1.3 Principios en la legislación Nacional en Derecho de Familia, breve evolución y su relación con la vulneración de derechos en niños, niñas y adolescentes.....	33
CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN PARA UNA “MEJOR NIÑEZ Y ADOLESCENCIA” EN CHILE.....	39
2.1 Historia y evolución para una “Mejor Niñez y Adolescencia” en Chile, desde un enfoque de identificación de periodos históricos.....	40
2.2. Periodo de inexistencia de legislación: Los Niños, Niñas y Adolescentes como sujetos de “caridad”	40
2.3.- Periodo sobre las primeras Leyes Específicas sobre menores: Niños, Niñas y Adolescentes en Situación Irregular.....	44
2.4.- Ley 16.618: Ley de Menores de 1967: Periodo pre autoritario e influencia de la Dictadura en Infancia y Adolescencia.....	58
2.5.- Período post autoritario: Ratificación e influencia de la Convención: “Adecuación legislativa” en post de la niñez y adolescencia.....	63
CAPÍTULO III: ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN ANTE VULNERACIÓN DE DERECHOS: PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA Y	

JURISDICCIONAL. UN LARGO CAMINO PARA LA “MEJOR NIÑEZ” COMO ANTECEDENTE DE LA LEY 21.430.....68

3.1 Derechos jurídicamente protegidos en Chile: Instrumentos internacionales y Legislación Nacional.....68

3.1.1. Instrumentos Internacionales.....68

3.1.2. Legislación Nacional acerca de la niñez y adolescencia.....72

3.1.2.1 Antecedentes Sobre el actual Sistema de protección ante Vulneraciones de Derechos.....72

3.1.2.2. Institucionalidad del Sistema de protección de Vulneración de Derechos en contra NNA antes de la promulgación de la Ley 21.430.....76

3.1.2.2.1. Procedimiento especial de aplicación judicial de las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.....78

3.1.2.3. Crisis del Servicio Nacional de Menores.93

3.1.2.4. Ley 21.302 que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la niñez y adolescencia.....111

CAPÍTULO IV: SISTEMA VIGENTE SOBRE VULNERACIONES DE DERECHOS RELATIVOS A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: POSTERIOR A LA PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LA LEY 21.430 QUE CREA EL SISTEMA DE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS.....117

4.1.- Análisis normativo de la Ley 21.430 que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos.....117

4.2.1.- Título I: Normas generales. En esta parte de la ley se tratan distintos tipos de materias, esto es: el Objeto de la Ley, los principales obligados y sobre la aplicación e interpretación.....118

4.2.2.-Título II: Principios, Derechos y Garantías.....120

4.2.3.-Título III: De la Protección Integral.....127

4.2.4.-Título IV: Institucionalidad.....130

4.2.5.- Título V: De la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción... 132
4.2.6.- Título VI: Modificaciones de otras leyes y Disposiciones transitorias..... 133
4.3.- Oficinas Locales de la Niñez y Adolescencia..... 133

CAPÍTULO V: PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS EN FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE.....136

5.1.- Procedimiento de Tutela Administrativa de Derechos..... 136
5.2.- Procedimiento de protección administrativa, sean de carácter de protección Universal o Especializado..... 148

BIBLIOGRAFÍA.....160

INTRODUCCIÓN

A partir del siglo XX, ha existido en el mundo del derecho una evolución significativa en relación con el reconocimiento de los seres humanos como semejantes, a considerar a una persona como un “otro”, o sea, una persona sujeta de derechos que les son inherentes a su clase, estirpe o condición. Esto es, netamente lo que son los Derechos Humanos que nacen a partir de la Declaración Universal De Los Derechos Humanos.¹

Luego de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es que se comienza a plantear la idea de cómo hacerlos valer en concreto, y por consiguiente aparecen el concepto de los Derechos Fundamentales, estos son, reglas de derecho directamente aplicables en de cada país, podríamos decir que son una declaración de los Derechos humanos en forma de Derecho positivo. Una forma de organizar los Derechos fundamentales es a través de la clasificación de los derechos de primera, segunda y tercera clasificación. Los primeros relacionados con los derechos civiles y políticos, los segundos serían una equivalencia a los derechos sociales, a su vez, los de tercera generación se referirían al principio de solidaridad.²

Si bien ha existido un avance grandilocuente en el reconocimiento de la persona como sujeto de derechos, podríamos preguntarnos legítimamente ¿cuál es el alcance que tienen estos derechos? ¿Alcanza la protección del derecho de la infancia o merece algún tipo de legislación especial? Deduciendo que se habla de derechos universales claramente debería alcanzar el Derecho de la Infancia, sin perjuicio de esto, también podemos decir que históricamente los niños, niñas o adolescentes se han encontrado en una posición de desprotección, sea por discriminación o indefensión por su condición natural. El punto es que en el mundo se ha ido avanzando mediante distintas legislaciones respecto a una protección especializada de la infancia, en la cual nuestro país no ha quedado exento de dicha evolución.

¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas.

² Al parecer el primero en proponer la distinción entre derechos de primera, segunda y tercera generación fue Karel Vasak en una conferencia (1979) ante el Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, quien fue director de dicho Instituto

Dicho esto, es menester cuestionarnos algunas cuestiones previas: ¿nuestro derecho efectivamente trata y protege el derecho de la infancia? y ¿si al amparo de nuestra legislación también se reconoce la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes? (en adelante: NNA). Como una respuesta preliminar a estas interrogantes, podemos decir que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen diversas normas y procedimientos en los cuales se protege el derecho de la infancia. En forma general se puede mencionar el Derecho de Familia, que abarca en cuanto a las relaciones jurídicas entre personas, filiación, matrimonio, divorcios, etc, y que de forma particular está constituido por diversos cuerpos normativos, como es el reconocimiento a nivel Constitucional en diversos artículos, particularmente el reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad; el Artículo 19 sobre las garantías constitucionales y los tratados internacionales reconocidos y ratificados como Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924, Declaración de los derechos del niño de 1959, pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, y a mi parecer, de mayor relevancia, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, La Convención o CDN).

Sin perjuicio de estos reconocimientos de estos derechos “básicos”, el legislador ha considerado que debe existir una protección especial respecto a los NNA. De tal manera que, históricamente ha ido evolucionando en materias de fondo y forma para una protección y garantía efectiva de los derechos de los NNA. La primera, por ejemplo, con la promulgación de leyes como: Ley 20.680 sobre Violencia intrafamiliar, Ley 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, y Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia; y la segunda, la entrada en vigencia de la Ley que Crea Los Tribunales De Familia, Ley 19.968 promulgada en el año 2004, que vino a sustituir la legislación antigua para darle un espacio especial al tratamiento de materias de derecho de familia y para efectos de este trabajo de investigación, la Creación del Centro de Medidas Cautelares, los cuales tienen la competencia de conocer asuntos relacionados con Medidas de protección por vulneraciones de derechos y Violencia Intrafamiliar.

Esta ley, constituyó un cambio profundo y radical de nuestro sistema de protección a la infancia, pues se crea una legislación especial, en cuanto a tribunales especiales que conocen de procedimientos que protegen y garantizan la vulneración de derechos en contra

de NNA, pasando de un modelo de sistema antiguo en que se basa en principios propios del procedimiento civil, por lo general respecto al procedimiento ordinario, como es el principio de mediación, de escrituración, conocimiento lato, formalizado; a un sistema de jurisdicción especializada en asuntos de familia, conocimiento inmediato y directo del juez, un procedimiento oral, flexible, concentrado y basado en el principio de la inmediatez. Además de como dice el mensaje de la ley en cuestión: “que las técnicas de culpa y responsabilidad resultan inadecuadas”³ para la resolución de conflictos y complejidad del tratamiento de asuntos en esta materia.

La intención de este trabajo de investigación es vislumbrar las preguntas anteriormente planteadas, a partir de un análisis descriptivo de la normativa nacional respecto al derecho de la infancia, particularmente sobre la Vulneración de Derechos en contra de Niños, Niñas y Adolescentes. Así como un análisis jurisprudencial acerca del funcionamiento del Centro de Medidas Cautelares en el procedimiento judicial especial de Medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Como primera aproximación, es menester decir que ha existido un avance significativo respecto del derecho de la infancia en nuestro ordenamiento jurídico, se pretende dilucidar y evidenciar, que a mi juicio, que fija la hipótesis de que existe una vulneración de derechos fundamentales para con los NNA por actuaciones que se encuentran dentro de las facultades legales que dicen relación con un procedimiento que no abarca en su totalidad la protección y la falta de mecanismos de acción que tienen los tribunales de familia en cuanto a la prevención y reparación de estos derechos vulnerados. Así también un análisis crítico del funcionamiento y relación del aparato jurisdiccional con el sistema administrativo, a cargo del Nuevo sistema de la mejor niñez.

Producto de lo anterior, se tiene presente que como objetivo principal de este trabajo se abordará las vulneraciones de derechos en contra de NNA y la relación que tiene nuestro sistema judicial, así también con el sistema administrativo. Integrandos aristas que se consideran fundamentales como: en primer lugar, cómo se prevén, protegen y garantizan los derechos de NNA, y en segundo término, cómo influye el procedimiento judicial y administrativo en la vulneración de derechos en contra de NNA.

³ <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>, Página 6.

Para trabajar en dichos objetivos, la presente investigación se estructurará en cuatro capítulos, en cuanto, en el primer capítulo, se abordará en términos generales antecedentes históricos y evolución de los principios en el Derecho de Familia y su relación con la vulneración de derechos en contra de NNA, de origen internacional y nacional.

En el segundo capítulo se materializará en una sistematización de distintos periodos en el ámbito nacional acerca de la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Así también, en cuanto a la creación del Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de familia en relación con la vulneración de derechos en NNA con la protección reparación de los mismos en sede administrativa y judicial.

En el tercer capítulo se abordará el concepto de “vulneración de Derechos en contra de NNA” en consideración a un análisis de distintas leyes que fueron dando cabida a un progresivo cambio de paradigma en virtud de la doctrina de la protección integral. Se evidenciará lo que le llamaré “Crisis de SEMANE”, que es más bien una forma de llamarlo de forma simple para evidenciar que existe una problemática en el sistema de protección de derechos ante vulneraciones de derechos en contra de NNA.

En el cuarto capítulo, se verá cómo es que el Estado de Chile ha enfrentado esta “Crisis”, realizando un análisis normativo de la Ley 21.430 que crea el Sistema de garantías y Protección integral de Derechos. Así también, en el último capítulo, se hace un alcance de los nuevos procedimientos administrativos que vienen en consecuencia de la evolución legislativa en cuanto a la niñez y adolescencia

Finalmente se exponen las conclusiones de este trabajo respecto al concepto de estudio y las vulneraciones de derechos en contra de NNA sobre la evolución legislativa que se traduce en cambios sustanciales en el sistema de protección de derechos en virtud de los niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS, ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LA INFANCIA EN RELACIÓN CON LA VULNERACIÓN DE DERECHOS EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El objetivo principal de este apartado es definir algunos conceptos que se consideran importantes para un mayor entendimiento de este trabajo, es decir, una investigación acerca del funcionamiento histórico y actual del sistema de protección ante vulneraciones de derechos contra niños, niñas y adolescentes. Por ende, es de suma importancia que se definan conceptos como el de “Derechos Humanos”, “Vulneraciones de derechos”, “Niños Niñas y Adolescentes”, y “protección de derechos”.

1. Conceptos relevantes para la investigación:

1.- Derechos Humanos: Es de suma importancia mencionar este concepto acerca de derechos que han sido considerados de forma universal (en el mundo Occidental), en favor de todas las personas. Su definición está dada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como: “Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.” (Naciones Unidas Derechos Humanos, s.f.)

Haciendo un análisis rápido de esta definición, es fácil deducir que los Infantes y adolescentes están dentro de la consideración de “todos los seres humanos”, entonces cabe preguntarnos ¿por qué los NNA requieren de una protección especial? Para ir entendiendo la respuesta debemos materializar, qué es lo que se entiende por NNA.

2. Niños, niñas y adolescentes: Es recién a partir del siglo XIX que comienza a existir una preocupación internacional acerca de la infancia y adolescencia. Se comienza a entender que existe un grupo de la población de “todos los seres humanos”, que requieren en razón de su edad y desarrollo, de una protección especial. Tal como se verá en los capítulos siguientes, es que existen instrumentos internacionales que se han referido acerca de este grupo etario, ejemplo de esto: La Declaración de Ginebra de 1924, la

Declaración de los Derechos de Niño 1959, o la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Si bien todos aportaron a la búsqueda del concepto que se entiende universalmente, es este último el cual nos entrega una definición en concreto en su artículo primero, esto es:

“Artículo 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Hoy en día, en miras de una opinión más progresista, es que se debe actualizar a los tiempos dicha definición, o sea, que el texto sea modificado y de lugar a un lenguaje inclusivo o “neutro”. Deduciendo por lo tanto, que el concepto en cuestión queda más acorde a infantes, o al menos que se mencione que se entiende por niño y niña, sobre todo, por motivos de que existen asuntos de género que requieren mayor atención.

Volviendo a la línea de la definición del concepto, podemos reconocer que la Convención engloba a niños, niñas y adolescentes como si fueran lo mismo. Sin embargo, hoy en día existe consenso tanto internacional como nacional en que son etapas de la vida distintas. Ejemplo de la primera, es que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define la adolescencia como “el periodo de crecimiento que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y 19 años”. Por otro lado, en la legislación de Chile, es posible reconocer distintos cuerpos normativos que se encuentran vigentes al día de hoy, como por ejemplo el Artículo 26 del Código Civil, el Artículo 1 de la ley 16.618 sobre Ley de Menores, el artículo 16 inciso 3 de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia. Si bien, estas leyes no se contradicen entre sí, en términos de actualización, es la última la que lleva la delantera señalando que “Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los 14 años y, adolescente, desde los 14 años hasta que cumpla los 18 años de edad.”

3.- Vulneración de Derechos en contra de NNA: Ya definidos los conceptos de Derechos Humanos y Niños, niñas y adolescentes, cabe adentrarnos al objeto de este trabajo, es decir, la vulneración de derechos en contra de NNA.

Desagregando el concepto, en primer lugar, se debe definir qué entenderemos por Vulneración. Según la Real Academia Española señala que Vulnerar significa “dañar o perjudicar”. Por otro lado, es posible deducir que la noción de vulnerabilidad tiene un

aspecto más amplio, así como expone BUSO: “Vulnerabilidad puede ser entendida como un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidad de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas y/o internas.”⁴ Según la Defensoría de la Niñez, corresponde a cualquier transgresión de los derechos de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual puede ser constitutiva de delito o no, dependiendo de nuestra legislación.

Por ende, un NNA es vulnerado en sus derechos a través de una acción u omisión de quienes deben resguardarlos y protegerlos. Así las cosas, los primeros encargados de promover, proteger y resguardar sus derechos es la familia, sin embargo, existen variadas situaciones en que es la misma en la cual son la fuente de la vulneración o hay ausencia de esta. Ante estas circunstancias existen mecanismos de protección para con los NNA.

4.- Protección de derechos de NNA: En el capítulo correspondiente se señalará cómo funciona el sistema actual de protección de derechos chileno, por el momento es importante mencionar que existen, a grandes rasgos, un sistema Administrativo y otro Jurisdiccional que funcionan de forma paralela en la protección de derechos en favor de NNA. En este apartado me remito a hacer mencionar una definición que resulta aclaratoria para nuestros efectos, del Servicio Nacional de Menores: se entiende por protección de derechos al “conjunto de acciones orientadas a restituir los derechos que han sido vulnerados a niños, niñas y adolescentes y contribuir al proceso reparatorio de una grave vulneración de derechos de la niñez. Esta última se entiende como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación” (SENAME, 2005).⁵

5. Sistemas de protección de derechos: Como se mencionó en el apartado anterior, existe la Vía no Jurisdiccional o Administrativa y la vía Jurisdiccional.

Sistema administrativo: Es el conjunto de instituciones dependientes del Ministerio de Justicia, a cargo de promover, proteger y reparar los derechos de los NNA. Al año 2023,

⁴ BUSO, Gustavo. “Vulnerabilidad Social: Nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI”. Seminario Internacional: Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe, CEPAL, julio 2001. P.8.).

⁵ SENAME, 2005.

se encuentra en proceso de cambio por la Ley 20.032 que crea el Servicio de la Mejor Niñez y de la Ley 21.430 Sobre garantías y protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Sin perjuicio de esto, aún siguen las instituciones de la ley antigua, por ejemplo: Las Oficinas de protección de Derechos (OPD) y el remanente del Servicio Nacional de Menores (SENAME), que para fines legislativos ya no existe pero en la práctica se ha hecho un cambio gradual al nuevo sistema. La nueva Ley, ofrece nuevas instituciones como las Oficinas Locales de la Niñez (OLN), y nuevos sistemas especializados de protección de la niñez, esto en el sentido que recién en el año 2021 el SENAME fue reformulado al Servicio de Justicia y Reinserción Juvenil, el cual se enfoca exclusivamente en los NNA entre 14 y 17 años que tienen conflicto con la ley, y se crean nuevos centros para la protección de los NNA con otras necesidades.

A todas luces este es un avance significativo, pero en su implementación como sistema en su conjunto tiene varias deficiencias, asunto que es de los temas principales de este trabajo y se analizarán en los capítulos correspondientes.

Vía Jurisdiccional: Son los mecanismos para la protección de derechos entregados por los Tribunales especializados de justicia, esto son los Juzgados de Familia. En específico, como mecanismo de protección especializada, dentro de estos tribunales existe el Centro de Medidas cautelares quien tiene la competencia de conocer de los procedimientos de “Medidas de protección”.

Cómo se verá más adelante, con la implementación de la nueva ley y la finalidad de desjudicializar el sistema de protección de NNA, se pretende que cada vez tenga, la judicatura, menor influencia y en mayor medida se resuelvan los conflictos a través del sistema administrativo.

1.1. Antecedentes y evolución histórica del Derecho de la infancia

La necesidad de hacerse cargo de la desprotección de la infancia no es algo nuevo. Como sociedad tanto a nivel internacional como nacional hemos ido en constante evolución en cuanto a este punto, de tal manera que, se le ha dado un lugar de especial atención pues a pesar de que existan Derechos humanos abiertamente aceptados y reconocidos,

son los niños, niñas y adolescentes (NNA) quienes requieren de una protección especial en razón de su edad y condición de tal, frente a vulneraciones de derechos.

Si bien, hoy en día los NNA son considerados como sujetos de derechos propiamente tal, se necesita de un agente externo a su persona para la promoción, protección y garantía de sus derechos. Sin perjuicio de esto, no siempre fue así, ya que antiguamente se les miraba como objetos de protección. Este cambio de paradigma no ha estado exento de dificultades, pues el cambio de percepción y conducta solo se ha dado una vez que existen vulneraciones de derechos en contra infantes o adolescentes que como sociedad no estamos dispuestos a tolerar.

Así las cosas, es menester contextualizar brevemente al respecto, es decir, que determinaremos cuáles son las dos grandes posiciones de debate, así como también nuestra postura para efectos prácticos para este trabajo.

- Doctrina de la “Situación Irregular”: También conocida como “Modelo Tutelar”, es una corriente ideológica normativa que dominó en América Latina durante todo el siglo XX, hasta la dictación de la Convención de derechos del niño que se analizará en su mérito más adelante. Esta Doctrina se materializa en un conjunto de leyes e instituciones que tienen como principales características la consideración del menor como “objeto de protección”, o como señala Mary Beloff: “Estas leyes conciben a los niños y jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales”⁶. De ahí provienen los términos como “disponer al menor” o “depositar al menor”, de manera que se entiende que es quien debe tutelar sus derechos, y que por consiguiente se les denominó como “menores”. Este término se acuña desde la lógica de que son personas sin la mayoría de edad cumplida que se encuentran marginados socialmente y no pueden satisfacer sus necesidades básicas. Así también es cómo entiende la doctrina el Instituto Interamericano del niño, niña y adolescentes.⁷

-Características de la doctrina de la situación irregular:

⁶ BELOFF Mary. 1999. Modelo de protección integral. De los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar. [En línea]. Revista Justicia)

⁷ GONZÁLEZ MARTIN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. ¿Menor o Niños, Niñas y Adolescentes? Un tópico a discutir, en Revista de Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, N°5, 2011, Ciudad de México, 63 p.

El modelo tutelar, o cómo se ha hecho referencia la “doctrina de la situación irregular”, tiene como sustento básico el argumento de “la ayuda y protección de la infancia”. Desde ese punto de vista, es el estado el cual es el encargado de proteger al desvalido, discriminando entre dos tipos de infancia: por un lado una infancia en la cual los niños tienen sus necesidades básicas cubiertas, esto es, a grandes rasgos sobre la familia, educación y salud, a quienes se les considera niños y adolescentes; y por otro lado, una infancia en la cual una o varias de esas necesidades básicas están alteradas de forma negativa o derechamente no existen, a quienes se les denomina menores. Por ende, hay dos tipos de infancia.

Sin perjuicio de que en el momento de la aparición de esta concepción fue un avance en cuanto a la protección fáctica de los NNA, es que bajo esta mirada conceptual en que se desarrollan leyes e instituciones que fundamentan una serie de vulneraciones de derechos y discriminación o alteraciones a un principio básico que es la Igualdad ante la ley, pues existe dos tipos de infancia. Dicho esto, es momento de subrayar las principales características negativas de esta doctrina:

- A. Criminalización de la pobreza: se considera este rasgo característico pues el marco normativo dispone una serie de leyes o reglamentos que ordenan la internación de NNA por motivos vinculados a las carencias de recursos materiales.
- B. Privación de libertad por tiempo indeterminado: La disposición de las leyes en el sentido de disponer la internación de menores, constituye una falta o vulneración grave, a mi juicio, sobre derechos fundamentales como el Derecho a la Libertad que se consagra prácticamente a nivel global en el mundo Occidental. Constituye una verdadera privación de libertad, pues es el estado a través de sus leyes e instituciones quien separa a los NNA de su familia o entorno en que se desenvuelve.
- C. Poca o nula discriminación entre NNA con carencias económicas o familiares, con aquellos que son infractores de ley. Existe un trato indiscriminado en relación con distintos tipos de problemáticas tengan los

menores, muchas veces haciendo más difícil la protección y reparación de los derechos vulnerados, y en otras, como en los casos de Menores infractores de ley para una adecuada reinserción social. En definitiva, una falta de categorización y forma de solución adecuada para la prevención, protección y reparación de los “problemas” de los NNA.

-Situación especial respecto a la imputación de delitos a menores.

Cómo se mencionó anteriormente, una de las características negativas de esta percepción ideológica acerca del Estado tutelar, es la poca o nula discriminación entre distintos tipos de problemáticas, ya que es necesario abordar el asunto de los “menores” que se ven relacionados con infracción a la ley. Justamente en este punto es donde encontramos unas de las situaciones más críticas del sistema.

La doctrina de la situación irregular al no distinguir o discriminar que este asunto debería tener un tratamiento especial, es donde ocurren vulneraciones de derechos de forma sistemática, pues estos menores eran sometidos a la justicia tutelar sin respeto a ninguna de las garantías del sistema procesal penal adulto, ni aún cuando existía el sistema Inquisitivo⁸ que primaba en la época, ya que hasta ese entonces no existe un sistema de responsabilidad penal Juvenil. En definitiva, aquellos NNA los cuales eran denominados como “menores” se les privaba de libertad o se tomaban medidas coactivas sin un sistema adecuado para su resolución, es más, bajo esta concepción se les considera como personas incapaces, es decir que, inimputable. Por lo tanto, no se les estaría aplicando una sanción por el delito cometido, sino que es porque el menor se encuentra en una “situación irregular” y es finalidad del estado someterlos a su tutela para rehabilitarlos.

-Crisis de la Doctrina de la situación irregular:

⁸ El sistema judicial inquisitivo es un enfoque procesal en el sistema legal que se caracteriza por el impulso procesal de oficio, lo que significa que la autoridad judicial toma la iniciativa de investigar y recopilar pruebas de forma activa en un caso. En este sistema, la autoridad judicial inicia y conduce la investigación de manera independiente, sin depender principalmente de las partes involucradas.

Es relevante mencionar que se cataloga al “menor” como Objeto de protección, vulnerando principios, aún en esa época considerados como básicos para todo ordenamiento jurídico occidental y democrático, como son los Principios de Igualdad, legalidad y garantías del debido proceso.

El decaimiento de la doctrina de “la Situación Irregular” no fue una circunstancia homogénea, podemos decir que la cuna del cambio se fue materializando a partir de los años 60, con una serie de pronunciamientos de la Corte suprema de Estados Unidos en relación al cumplimiento del debido proceso⁹, y en paralelo, en Europa surge el Derecho Penal Adolescente que contribuye a separar algunas de las distintas problemáticas de la adolescencia, como por ejemplo la diferenciación entre adolescentes infractores de ley y aquellos que requerían el apoyo de la tutela estatal por falta de algunas de las necesidades básicas.

En Latinoamérica, recién en los años 80 comienza a manifestarse un cambio sustancial de esta doctrina, pues se comienza a entender a la infancia y adolescencia como “sujetos de derechos”, es decir, que bajo la doctrina de la Situación irregular y la concepción “objeto de derechos de los NNA”, permanentemente estaba vulnerando los derechos de los Niños Niñas y adolescentes mediante soluciones entregadas por este Sistema Tutelar. Como ya se ha mencionado, cualquiera puede ser sometido a la tutela/represión del estado, sin diferenciación alguna de cuál es la fuente del conflicto, sea maltrato, abandono o infractor de ley, doctrinariamente denominado como el “secuestro y judicialización de los problemas sociales”.

Finalmente, frente a las vulneraciones de derechos en contra de NNA, afectación de principios básicos o infracción a garantías como el debido proceso, se va haciendo generalizado el malestar frente a las leyes y normativas de la doctrina de la situación irregular y se va avanzando a una convicción amplia de que debe haber cambios profundos para darles una mejor solución a los problemas sociales de la infancia. Así las cosas, con la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño (en adelante “la convención o CDN) en 1989 se termina con la etapa que había comenzado con el

⁹ CILLERO Miguel. 2001. Los Derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 3. pp. 49-64. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf [Consulta: 28 mayo 2014]. p. 53.

movimiento “salvadores de los niños”¹⁰ que lleva a la doctrina de la situación irregular, y surge una nueva definida como la Etapa de la “protección integral”.

-Doctrina de la Protección Integral:

La doctrina de la protección integral adquiere importancia, en contraposición con la doctrina de la situación irregular, a partir de los años 90 en adelante. Se fue construyendo a partir de distintos instrumentos jurídicos internacionales, como La Convención Internacional de derechos del Niño de 1989, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (1985) o para los jóvenes privados de libertad (1990), el Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía en el 2000, entre otros; pero sin duda, aquél que marcó sustancialmente este cambio de paradigma en tratamiento jurídico y social de la infancia fue la aparición de la Convención.

Entre los aspectos más importantes que trajo consigo, la cual se analizarán a fondo más adelante en otro apartado, mira dos posiciones claras, por un lado, un nuevo criterio, el cual se centra en considerar a estas personas menores de edad como personas sujetas de derecho. Ya no como “menores” o personas incapaces que son objeto de protección, si no que en adelante serán personas completas con derechos y deberes reconocidos o “personas cuya particularidad es estar creciendo”¹¹, por tanto, se cambia la concepción y/o terminología de “menor” al de Niños, niñas y adolescentes; y por otro lado, reconoce a estos NNA por su condición de edad en desarrollo, se encuentran en una posición especial en relación a su intrínseca naturaleza de debilidad o vulnerabilidad. Por ende, podemos decir que, bajo la doctrina de la protección integral, se contempla a los niños, niñas y adolescentes como personas sujetas de derechos, reconociéndose derechos intrínsecos e inalienables como los derechos humanos y garantías procedimentales como el del debido proceso.

¹⁰ El movimiento "Salvadores de los Niños" es una organización no gubernamental dedicada a la protección y defensa de los derechos de los niños en todo el mundo. Fundada en 1994, la organización trabaja para mejorar la calidad de vida de los niños y jóvenes en situación de vulnerabilidad, cualquiera sea la cause. Sus esfuerzos se enfocan en la prevención de la explotación infantil, la educación, la inclusión social y la protección de la infancia en situaciones de conflicto armado.

¹¹ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos... Op. cit. p. 111.

En búsqueda de una definición para esta doctrina podemos encontrar las de Yuri Buaiz o Mary Beloff, el primero la define como: “Conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinados grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos”¹²; la segunda, nos plantea que no es posible dar una definición en concreto, pues en definitiva corresponde a una noción abierta de una búsqueda de mejores alternativas en relación con el trato y problemáticas de la infancia y adolescencia, sin perjuicio de esto, plantea un acercamiento respecto a que en América Latina respecto a la Doctrina de la protección integral, que “se habla de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes”¹³

Para efectos de este trabajo de instigación, nos centraremos en la segunda idea, es decir que, a través de la aparición de los instrumentos anteriormente mencionados en beneficio de los niños, niñas y adolescentes, los cuales constituyen una situación dinámica de constante cambio en post de una mejor infancia y adolescencia.

A continuación, siguiendo el pensamiento y como fuente principal de la “doctrina de la protección integral”, se abordará la evolución de los principios que la informan, así como también, respecto de la normativa a nivel internacional como nacional que acogen el reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos, ya no entendidos como “objeto de protección” respecto a la responsabilidad que cabe al estado como garante de sus derechos en circunstancias que la familia no es capaz de hacerlo, o son derechamente la causa de la vulneración.

1.2. Principios de origen internacional ratificados y vigentes en Chile: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del Niño. Convención los Derechos del Niño.

¹² BUAIZ Yuri. 2003. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones. [En línea]. http://www.ministeriodosalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/derenine_zunicef.pdf. [Consulta: 17 marzo 2014], p.2.

¹³ BELOFF Mary. 2004. Protección integral de derechos... Op. cit. p. 109.

Como se ha mencionado anteriormente, tiene tal relevancia la Convención, que le dedicaré un apartado en particular para lograr un mayor entendimiento, sin perjuicio de esto, es correcto que se aborde de forma sintética otros instrumentos internacionales a través de los cuales se constituye ésta, así como aportes y/o contextos históricos que tienen que ver con el Derecho de la infancia y adolescencia.

1.2.1. Evolución del nuevo paradigma/ antecedentes de la Convención.

Para adentrarnos en la evolución y concepto de vulneración de derechos en contra de niños, niñas y adolescentes, anteriormente ya definida, es necesario comprender ¿qué se refiere con vulneración de qué? en forma literal se refiere a Derechos, ¿pero de donde provienen y a cuáles nos estamos refiriendo? Aquí en adelante se hará un breve acercamiento y se contextualizará la aparición de las primeras normas que deducen derechos en favor de NNA, para luego llegar a la matriz o Convención de los derechos del niño de 1989, y para finalizar analizar de qué forma ha calado e influido en nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien existen “Declaraciones” o normativas nacionales anteriores a las que se mencionarán a continuación, se analizará brevemente aquellas que positivizan o se enfocan materialmente respecto de los NNA:

A.- Declaración de Ginebra¹⁴ sobre Derechos del Niño de 1924

Históricamente, luego de la primera guerra mundial y las consecuencias negativas que tiene toda guerra y la situación especial que ocurre respecto a la niñez¹⁵, la Declaración de Ginebra fue el primer instrumento jurídico que se refiere especialmente a los niños. En el año 1924, en ese tiempo, La Sociedad De Las Naciones (SDN) adopta por primera vez en dicha declaración, la existencia y reconocimiento de derechos específicos para los niños y niñas. Es así, como en el Preámbulo reconoce que “es la humanidad la que debe dar al

¹⁴ DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

[en línea]. < <https://www.humanium.org/es/ginebra-1924> > [consulta: octubre 2023].

¹⁵ WINTERBERG Yury y Sonya. Los niños en la Primera Guerra Mundial. [en línea] < <https://www.elhistoriador.com.ar/los-ninos-en-la-primera-guerra-mundial-por-yury-y-sonya-winterberg/>

niño lo mejor que tiene”, lo cual radica su importancia en que se puede decir que es el primer acercamiento a lo que hoy conocemos como: El interés superior del niño.

A pesar de que dicha Declaración consta de un Preámbulo y 5 artículos o principios, lo que podríamos decir apresuradamente que es bastante corta; es un instrumento que cimienta el camino para el desarrollo y reconocimiento internacional de los derechos de los NNA. Éstos 5 artículos se centran en conceder a los niños consideraciones mínimas para su mejor desarrollo en general. Se reconocen principios, más bien su germen de lo que conocemos hoy en día, como el Principio de Protección Integral, Protección al trabajo forzoso, respeto del Derecho a la vida familiar, Educación, Alimentación, Salud, entre otros.

B.- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁶

Tal como se señaló en el apartado anterior acerca de la Declaración de Ginebra como el primer instrumento jurídico internacional que se refiere a los NNA, es de suma relevancia mencionar el aporte significativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) de 1948. Si bien, su contenido se aplica de forma homogénea en todo tipo de edades, existen principios que mejoran la situación jurídica de todos los seres humanos y en algunos, particularmente de los NNA en relación a la anterioridad de su dictación. Además de tener la aceptación y ratificación por gran parte de la comunidad internacional.¹⁷

Más allá de ahondar en un análisis extenso de esta Declaración o cuáles son los “Derechos Humanos”, pues no es tema principal de este trabajo, pasaré a analizar algunos artículos o principios que se consideran avances que a mi parecer contribuyen a un mejor entendimiento y evolución de en favor de los NNA:

En primer término, la DUDH en el Preámbulo, en busca de encontrar un reconocimiento de distintos tipos de derechos para todas las personas que les son inherentes e inalienables, La Asamblea General de las Naciones Unidas proclama el respeto de derechos y libertades con una aplicación universal y efectiva, Así como también

¹⁶ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS | Naciones Unidas. [en línea]. < <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> > [consulta: octubre 2023].

¹⁷ TOBIN, 2019, UNICEF, s.f. Con 196 Estados parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) es actualmente el instrumento jurídico internacional de derechos humanos más ratificado.

que las naciones propendan a través de medidas progresivas de sus instituciones, a “elevar el nivel de la vida dentro del concepto más amplio de la libertad”, “Igualdad de derechos entre hombres y mujeres” y Fraternidad entre los pueblos.

En segundo término, dentro de los principios que se puede deducir o inferir un tratamiento vinculante para con los NNA, podemos mencionar:

Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derecho”. Cómo podemos darnos cuenta, en este artículo se denota el principio de igualdad, es decir que todos los niños y niñas deben ser considerados como iguales al momento de su nacimiento. Este asunto, aunque parezca obvio en nuestros días, no lo era en ese entonces, por lo que se convierte en uno de los Derechos Humanos fundamentales para el cambio de paradigma para considerar a los NNA como Sujetos de Derecho.

El Artículo 16 en su primer numeral se señala que “a partir de la edad núbil” todas las personas tienen “derecho casarse y fundar familia”. De este artículo se deduce un derecho en forma negativa, pues se establece una limitación en que los NNA menores a la edad núbil no podrán contraer matrimonio. De hecho, posteriormente este principio toma fuerza en la Convención en que se busca una edad común para todos aquellos países suscritos a ella.

Además, es posible agregar que en el artículo 16, en el tercer numeral, garantiza “el derecho a la protección de la sociedad y del Estado” a las familias. Que en conjunto al Artículo 25 numeral 2 que establece que “la infancia tiene derecho a cuidado y asistencia especiales”, y para finalizar termina con las diferencias arbitrarias respecto a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, normas relevantes pues establecen el deber de los Estados, sus instituciones y operadores jurídicos de proteger de forma especializada la infancia, asunto que es un germen de derechos a los que más adelante trata la Convención de los Derechos del Niño y la responsabilidad de los estados parte.

En el artículo 26, se establece el principio del derecho a la educación elemental, y que esta será obligatoria: “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental”. Esto es, sin perjuicio que una persona tiene el derecho de educarse una vez que ya no es un NNA

por razón de su edad, es que se entiende por un razonamiento lógico que se refiere al derecho de los NNA a la Educación gratuita.

C.- Declaración de los Derechos del Niño de 1959¹⁸

En el año 1959, la Asamblea general de las naciones Unidas, proclama la declaración de los Derechos del Niño, es el segundo instrumento internacional que se refiere específicamente acerca de los NNA. Ésta, consta de un preámbulo y 10 artículos o principios esenciales debido a que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal”¹⁹

Dentro del principal contenido o aporte que tiene esta Declaración, es aquello que se señala en el Preámbulo, esto es, un decálogo de principios consagrados en este texto, con la finalidad de que los NNA “pueda(n) tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncias”²⁰

En relación al Decálogo de principios propiamente tal, todos de importante valor, sin perjuicio de esto, para efectos de este trabajo se destacarán aquellos que influyen significativamente más adelante en la Convención, es así como destacan el primer y el segundo principio, que señalan un mandato directo al legislador para con la modificación o creación de normas referidas con NNA; además, y por sobre todo, que por primera vez se prescribe en un instrumento internacional de nivel global el concepto de “Interés superior del niño”, y, como señala Ana Luisa Prieto, “se fundamenta el concepto de protección integral que abarca todos los aspectos existentes del niño y que en el ámbito jurídico se concreta en el derecho del niño a su desarrollo integral y desde el cual derivan todos sus otros derechos”²¹ por lo que a nuestro criterio podemos deducir que este instrumento es un germen derecho de la Doctrina de la Protección Integral que se consagra luego en la Convención. Además, según continúa la autora, en conjunto con el artículo 7°, “interés

¹⁸ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959. [en línea]. <
<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Rep%C3%BAblica%20Dominicana.pdf>> [consulta: octubre 2023].

¹⁹ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959. Preámbulo.

²⁰ DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959. Preámbulo.

²¹ PRIETO PERALTA, Ana Luisa, De la Declaración de los Derechos del Niño a la Convención de los Derechos del Niño: Nuevas bases para los deberes de la sociedad con respecto de los niños, Revista UNICEF p. 22.

superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”²²

También es importante mencionar, para efectos de este trabajo, el Sexto principio que dice relación con que por primera vez es la comunidad internacional manifiesta la preocupación del contexto afectivo de los NNA, pues el texto señala: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión”. es decir que, es posible deducir que es un germen de derecho de la vida familiar.

Así las cosas, otra de las ideas pioneras de la Declaración de los derechos del niño, se encuentra el artículo sexto del mismo texto. Se señala que existirán situaciones excepcionales para cuándo será legítima la vulneración a este principio de Derecho a Vivir en familia, asunto relevante para efectos de este trabajo, pues como se analizará más adelante, son distintas instituciones de nuestro país las que se encargan de esta materia, y que por lo demás, han existido y siguen existiendo vulneraciones sistemáticas en contra de NNA.

Sin perjuicio del avance de la Declaración de 1959 y ser un paso trascendental acerca de los derechos y garantías en favor de los NNA, existe un conflicto fundamental: este instrumento, al igual que los anteriores, no tienen poder vinculante para poder ser exigidos por algún organismo internacional. Razón principal por lo que nace más adelante la Convención de los derechos del niño.

D.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

Siguiendo los principios fundamentales de la DUDH, este instrumento internacional nace con el fin de garantizar, armonizar y profundizar el objetivo de respeto por los derechos humanos. Si bien, ya se les considera como inherentes e inalienables a la persona humana, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) complementa dichas normas o principios previamente tratados.

Respecto al objeto de este trabajo, se refiere específicamente a los NNA en el artículo 24.1, deduciendo que tienen derecho “a las medidas de protección que su condición

²² PRIETO PERALTA, ANA LUISA, Ob. cit. p. 23.

de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado”, asunto que complementa el artículo 25 de la CUDH sobre la protección estatal que se debe realizar respecto a la infancia.

Ahora bien, con anterioridad al Artículo 24 de la PIDIP, en el artículo 23 se reitera íntegramente lo regulado en el artículo 16 de las DUDU, agregando en el numeral cuarto que “los estados partes tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidad de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. Es decir que, agrega una manifestación del principio de igualdad entre los cónyuges y se traduce en que ambos cónyuges son garantes y responsables por el respeto de los derechos de los NNA, que en este caso son sus hijos.

Asimismo, el mandato de la comunidad internacional a los Estados Parte, en el artículo 2.3, letra “a)”²³ del Pacto en cuestión, es que deben adoptar medidas en sus respectivas instituciones de los poderes del estado, para que garanticen el cumplimiento de los Derechos Humanos consagrados en el PICDP, asunto que a pesar de no explicitar textualmente acerca de los NNA, se subentiende que dicha protección y garantía para con ellos, a través del “recurso” por la vía Judicial.

E.- Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y Culturales de 1966

De la misma forma que el PICCP, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (PICDP) que se dicta en el año 1966, busca la promoción, protección y garantía de los derechos humanos. Para los fines de este trabajo se hará alusión respecto a lo atinente a los NNA.

En el Artículo 10 de este pacto, se vuelve a señalar que la familia es “el elemento natural y fundamental de la sociedad”, solidificando por parte de la comunidad internacional a la familia por su rol de protector y garante de los NNA, y tal como merece, según su numeral tercero, “la más amplia protección y asistencia posibles”. Se puede deducir que de

²³ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966. Artículo 2.3, Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

esta norma se extraen dos principios fundamentales que hacen evolucionar de manera tangible sobre el derecho de la Familia y la Infancia, por un lado, se brinda el derecho a formar familia; y por otro, a que se garantice la protección y asistencia en el cuidado y educación de los hijos. Que como ya se hizo una deducción lógica del asunto, se refiere al cuidado y educación de los NNA a su responsabilidad hasta su emancipación.

Un asunto importante de señalar, es que en el mismo artículo 10.3, sin hacer mención explícita a “Vulneraciones de Derechos”, es que éste instrumento internacional establece distintas formas en que se estarían transgrediendo los derechos de los NNA, y por tanto, se deben aplicar mecanismos de protección, como por ejemplo en contra la “explotación económica y social”, “empleos nocivos para su moral y salud”, mandato a poner límites de edad respecto del trabajo infantil, entre otros que se pueden inferir.

Por último, en lo referente al tratamiento de materias sobre NNA de forma explícita en este pacto, es en el Artículo 12, al parecer reconocería el Derecho o al menos un germen de derecho a Vivir en dignidad, pues señala que “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Más adelante, en el mismo artículo en el numeral segundo se señala que “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:” y para efectos de este trabajo, mencionaré la letra a) “La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.”

Cómo podemos darnos cuenta, hubo un avance significativo en cada uno de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente. Ahora bien podemos entender de mejor forma la evolución de la perspectiva de cómo es que se entiende jurídicamente a los NNA durante el paso del tiempo, y el cambio paulatino que se mencionaba con anterioridad de la Doctrina de la Situación Irregular que, como ya vimos, se consideraban como “Objetos de protección”, a un entendimiento de los NNA como sujetos de derechos en la doctrina de la protección integral y su consagración a través del Instrumento internacional que podríamos decir que es el más relevante: Convención sobre los Derechos del Niño.

F. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Sin duda el cuerpo normativo internacional que ha tenido más relevancia en materia de protección de NNA es la Convención sobre los Derechos del Niño. Como se ha comentado con anterioridad, a partir de esta se les considera a las personas menores de 18 años como sujetos de derechos, ya no como objeto de compasión- represión, y mandata a los estados que la ratifican a que cumpla con los propósitos de protección, prevención y reparación para con los NNA en relación a sus derechos, o más bien, que cuanto a su vulneración.

Para efectos de este trabajo, la Convención es la base de la investigación en cuanto a la situación particular que tiene Chile. Por lo cual, a continuación, se le tratará en un apartado diferenciado.

1.2 2. Profundización de la Convención de los Derechos del Niño.

La convención de los derechos del niño es un tratado que fue aprobado por la asamblea General de las Naciones unidas en el año 1989, que fue aprobado y ratificado por Chile en el año 1990. Sin duda es tratado internacional que ha tenido mayor relevancia en favor de los NNA, pues no solo recoge los instrumentos internacionales que venían con anterioridad, si no que explicita la idea de que los NNA son sujetos de derecho, dejando definitivamente la doctrina de la situación irregular atrás, pasando a una protección integral, como dice O'Donnell, "Transforma al niño de ser objeto de derechos a recibir una protección especial, en sujeto de una amplia gama de libertades y derechos"²⁴ Por otro lado, cabe mencionar que la Convención tiene un carácter de "Obligatoria", pues este cuerpo legislativo, entrega herramientas para hacer exigible los derechos de los NNA, es decir, que sus normas y principios pueden ser exigidos jurídicamente en los países donde se encuentra vigente, constituyendo un instrumento de validez universal. Además, entrega un mandato a todos los estados partes, "obligando" a que los niños que estén sujetos a su jurisdicción se les asegure el respeto y observancia, y, por ende, el cumplimiento de los derechos que se menciona dentro de este documento.

²⁴ O'DONNELL, DANIEL, "La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido". En Infancia Boletín Instituto Interamericano del Niño. OEA. N° 230. Tomo 63, Julio de 1990 p. 1. Traducción disponible en el banco de datos jurídicos del IIN (www.iin.oea.org/badaj/docs)

De aquí en adelante en este apartado, se analizará el cuerpo y cierto contenido de la convención.

Ésta se compone, en primer lugar, con un "Preámbulo" y tres partes que se dividen de acuerdo señala el mismo texto de la Convención, así también se ha tratado doctrinariamente para un mejor y mayor entendimiento:

- Preámbulo.
- Parte I: Establecimiento del Marco teórico del contenido del texto.
- Parte II: Establecimiento de las obligaciones de los Estados Partes, o sea, aquellos estaos que suscriben la Convención.
- Parte III: Forma de ratificación de la Convención y mecanismos para hacer valer su contenido.

-Preámbulo

Esta parte del texto, lo podríamos identificar como el "mensaje" o visión que nos entrega la Convención. Nos señala la importancia de las declaraciones que se han dictado previamente a ella, es una especie de declaración y/o reconocimiento de todo un camino a través de todas las declaraciones e instrumentos internacionales que se han dictado, destacando la particularidad, que podríamos decir que a juicio de los autores de la convención, los mejores y más significativos avances que tuvieron los instrumentos que se mencionaron en este trabajo con anterioridad, me refiero a la Declaración de Ginebra, Declaración de los derechos humanos y luego los del niño, y también dándole importancia a los pactos, de 1966: PICDP y PICCP.

Se le reconoce de gran importancia esta parte de la convención, pues en él se reconocen una serie de principios que han sido acogidos para la interpretación de las disposiciones de esta misma. Es así como se reconocen el valor de la persona humana, la libertad, la igualdad, y para efectos de este trabajo de mayor relevancia, que los países partes tienen la voluntad de obligarse respecto de los principios y normas emanados de esta convención, así también con el carácter de la protección integral de las garantías para con los NNA.

-Primera Parte

Es una especie de marco teórico el cual consta de 41 artículos, donde es posible identificar o clasificar tres grandes áreas en que se abordan en esta primera parte:

a) Definición del concepto de “Niño”; c) Principios y Derechos rectores; c) Derecho a la Protección de la niñez.

Ahora bien, en adelante se analizarán los puntos antes mencionados de manera sistemática para un mayor entendimiento:

1.-Concepto de “niño”: La convención en el Artículo primero define explícitamente lo que se entenderá de aquí en adelante como niño: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

2.-Principios y Derechos rectores de la Convención:

Respecto a los principios y derechos rectores de la CDN podemos decir que los principales son mencionados dentro del articulado por 40 artículos, en que se destacan: El Principio de Igualdad y No discriminación, el de Interés Superior del Niño, Derecho a la Vida, Derecho a la participación y a ser oído.

2.1. Principios de Igualdad y No Discriminación.

La Convención, en el artículo 2° explicita los principios de Igualdad y No Discriminación, entiende ambos, como la igualdad entre los NNA de disfrutar la igualdad de derechos y de oportunidades, sin importar o distinguir por “raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica...”²⁵ y cómo dice el profesor Federico Castillo, principalmente sobre quienes “se

²⁵ Artículo 2°: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

hallan con discapacidades, en situación de calle y quienes pertenecer a grupos minoritarios”²⁶

2.2. Principio de Interés Superior del Niño.

Es señalado explícitamente en el Artículo 3 de la CDN, sin perjuicio de esto, tiene un carácter particular ya que se entiende que debe ser considerado de forma transversal a lo largo del texto y que éste mismo debe ser considerado en todas las medidas que tomen los estados e instituciones para con los niños, así como las resoluciones judiciales tendientes al tratamiento de protección de los NNA ante vulneración de derechos.

2.3. Derecho a la vida.

La convención entiende este derecho de una forma particular, además de explicitar en el artículo 6° número 1, le agrega en el numeral segundo que “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Esto a todas luces se refiere a que los estados que ratifiquen y tengan vigente este tratado deben cumplir con las obligaciones que les mandata la Convención, asegurando a los niños la supervivencia y un desarrollo saludable.²⁷

2.4. Derecho a la participación y a ser oído.

Señalado en el Artículo 12, el cual señala la importancia de que los NNA puedan expresar su opinión o pensamiento, que esta sea considerada y puedan pertenecer a grupos sociales o de representación conformes a la ley. Todo esto en relación al Principio de la autonomía progresiva que nos señala el artículo 5° de la CDN, atendiendo la idea de respeto a las ideas, ejercicio de sus derechos y deberes de los NNA, “en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

²⁶ CASTILLO, Federico. 2010. La Promoción y Protección de los Derechos Humanos del niño en el Sistema Internacional e Interamericano. p.23

²⁷ UNICEF. 2009. THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD Guiding principles: general requirements for all rights. [en línea] [consulta: 26 agosto 2014]

Además, en el mismo Artículo 12, esta vez en el numeral segundo de la CDN, se le concede a los NNA el derecho a ser escuchado en los procedimientos judiciales y que, según la autonomía progresiva de éste y acorde a la madurez física y psíquica de niño sean tomadas en cuenta.

2.4.- Derecho a la Protección de la niñez:

La convención consagra el derecho a la protección de la niñez en el artículo 19²⁸, en éste se establece el deber de los Estados Partes a que se adopten medidas de distinta índole para prever, proteger y, si se da el caso, reparar o reestablecer los derechos que han sido vulnerados en contra de NNA. Así las cosas, es que este artículo se compone de dos numerales, el primero mandata a los estados partes que se adopten distintos tipos de medidas, sean del índole “legislativo, administrativo, sociales y educativos” frente a supuestos que menciona sobre vulneración de derechos en contra de NNA; y en segundo término, en el numeral segundo, explicita el término de la adopción de “medidas de protección” a través de procedimientos especiales y eficaces según corresponda, terminando con la idea de que debe existir procedimientos judiciales si así lo amerita, para una eficaz intervención y reparación de la integridad tanto física como psicológica de los NNA frente a vulneraciones de derechos.

Para efectos de este trabajo, se entenderá que deben existir procedimientos en sede administrativa y sede judicial, ambos en post de que los Estados Parte deben promover y tomar medidas tendientes a proteger los derechos a los NNA que han sido vulnerados. La Convención reitera la misma idea en los artículos 18.2 y 27, como dice O'Donnell²⁹, “frente al incumplimiento del deber de cuidado que se entrega a los padres, se legitima que el Estado intervenga para la protección al NNA cuyos derechos han sido amenazados o

²⁸ Artículo 19°: 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

²⁹ O'DONNELL, D. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. México. 2° edición. 837p. [en línea] [consulta: 09 octubre 2017]

violentado, conforme a su rol garante de los derechos consagrados en la Convención”, todo esto basado en los principios y derechos rectores que se mencionaron anteriormente, principalmente persiguiendo el Interés superior del niño.

A su vez, además de mencionar las medidas de protección a través de mecanismos y/o procedimientos de índole administrativo y judicial mencionados en el artículo 19, frente abusos en general, la Convención señala otro tipos de abuso en específico que son de preocupación especial para la comunidad internacional, estos son: el Tráfico y trata de niños (Art. 11), la violencia sexual (art.19), la explotación económica y laboral (art.32), el tráfico de estupefacientes (art33), el derecho de protección especial en tiempos de guerra, protección contra los abusos del sistema de justicia criminal entre otros.

-Segunda Parte:

La segunda parte de la Convención está contenida a partir de los artículos 42 al 45, en los cuales se señalan las obligaciones que adquieren los Estados partes que ratifiquen la misma y por ende, al aceptar su contenido, el deber de aplicar los principios y derechos en toda índole a todo nivel, como ya se ha visto, a nivel legislativo, institucional y de interpretación de las normas. Así también en el artículo 42, la divulgación de las disposiciones de la misma, “por medios eficaces y apropiados, tanto como a los adultos y a los niños”.

Además, se establece un Comité de Derechos del Niño (en adelante, el Comité), con el fin de examinar los progresos de las obligaciones contraídas en esta Convención. Se determinan las funciones, competencias y responsabilidades, sistemas de elección y duración en sus cargos de sus miembros. En definitiva, el Comité velará por el cumplimiento de los principios y obligaciones que como estados partes adquieren al tener ratificada y vigente este tratado internacional, así como también elaborar observaciones y seguimiento del estado en cuanto a la legislación, avances normativos en función de la Convención, cambios institucionales, y entre otros que se encuentre cada estado parte.

-Tercera parte:

La tercera y última parte de la Convención, dispone la manera en que los estados deberán ratificarla, su entrada en vigencia, la posibilidad de proponer enmiendas y denuncias ante el Comité de la Convención. Es importante mencionar que el propósito de la convención es que la ratifiquen la mayor cantidad de Estados posibles, así lo explicita en el artículo 46: “La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados”.

En el ámbito nacional, Chile por motivos políticos e institucionales recién el 13 de agosto de 1990 es que ratifica la Convención Sobre los Derechos del Niño. Fue publicada en el diario oficial el día 27 de septiembre del mismo año, y por tanto el Estado adquiere una serie de obligaciones de adoptar medidas administrativas, legislativas y de toda índole para con los NNA y su desarrollo integral. Por tanto, es recién en la década de los 90 que los NNA son considerados como sujetos de derecho y ya no más como objeto de protección del Estado, asunto que tiene variadas repercusiones.

-Implicancias de la Convención sobre los Derechos del Niño en el mundo, Latinoamérica y Chile.

Luego de 30 años de La Convención sobre los derechos del niño, esta ha tenido una gran aceptación a nivel mundial, de hecho, son pocos los países los cuales no la han aprobado y ratificada, esto son: Estados Unidos y Somalia.

En Latinoamérica se da una amplia aprobación y ratificación de la Convención, lo que se traduce en que los países o estados partes han tenido que adaptar sus instituciones y legislación para acercarse a la doctrina de la protección integral que nos ofrece y sigue la Convención. No obstante, no ha sido funcionado todo al unísono, sino que es importante reconocer que hubo una serie de quiebres institucionales o democráticos que dificultaron los avances. De hecho, es posible clasificar en dos etapas la evolución y adaptación a la Convención: La primera se le considera desde el año 1989 hasta el año 1991, esto es desde la aprobación de la Convención hasta la ratificación de los estados partes, y se caracteriza por un proceso de transición entre la finalización de los quiebres democráticos y procesos constitucionales de ratificación. Y la segunda clasificación, es la etapa que se mantiene hasta hoy en día, se le conoce como un proceso de expansión jurídico-cultural de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el ámbito nacional, Chile por motivos políticos e institucionales recién el 13 de agosto de 1990 es que ratifica la Convención Sobre los Derechos del Niño. Fue publicada en el diario oficial el día 27 de septiembre del mismo año, y por tanto el Estado adquiere una serie de obligaciones de adoptar medidas administrativas, legislativas y de toda índole para con los NNA y su desarrollo integral. Por tanto, es recién en la década de los de los 90 que los NNA son considerados como sujetos de derecho y ya no más como objeto de protección del Estado, asunto que tiene variadas repercusiones.

1.3 Principios en la legislación Nacional en Derecho de Familia, breve evolución y su relación con la vulneración de derechos en niños, niñas y adolescentes.

Evolución de principios y derechos en el Derecho de Familia en Chile.

Chile no ha estado exento de cambios en el ámbito de los derechos de la infancia y adolescencia, en adelante se contrastará y revisará la evolución de los principales principios que han sido repensados a través de los años y un mejor entendimiento para con la Familia y, por ende, su repercusión en los niños, niñas y adolescentes. En primer lugar, se verán como un espectro en general y luego se abordarán cómo influyeron respecto de los NNA.

No debemos olvidar que el Derecho de Familia, ha sido considerado tradicionalmente como una rama del Derecho privado, específicamente, en nuestro caso es parte del Código Civil del año 1854, el cual, en su regulación original se construye un derecho de familia siguiendo principios que hoy en día han sido superados, sin perjuicio de esto, es importante mencionar que, con el fin de tener un contexto histórico del avance respecto a la niñez y adolescencia, y por sobre todo, que tengamos una mirada crítica y analítica, pues todos los cambios que se verán a continuación han sido en un corto periodo de tiempo. Sin embargo, a mi juicio debemos tener en cuenta la importancia del porqué de los cambios a modo de que no exista un retroceso.

El Código civil escrito por Andrés Bello, construye el derecho de Familia con una base de principios como: a) Matrimonio Indisoluble y religioso; b) Incapacidad relativa de la mujer casada; c) Administración unitaria por parte del marido; d) Patria potestad exclusiva del padre; e) Filiación legítima e ilegítima; otros agregado por la doctrina moderna a partir

de los instrumentos internacionales antes mencionados, como señala o expone “Veloso”³⁰ serían asuntos de: f) no reconocimiento jurídico de las familias de hecho, g) no tratamiento jurídico diferenciado de la violencia intrafamiliar y adulterio como figura tipificada discriminatoriamente contra la mujer.

Según lo que se ha mencionado, todos estos principios han sido modificados hasta hoy en la actualidad, sin perjuicio de esto, es que ha sido una larga “lucha” en que la doctrina tradicional y el conservadurismo más duro se han opuesto en cada uno de estos cambios elementales para lo que hoy en día vemos como mínimos y varios con miras de progreso.

En efecto, respecto al carácter religioso e indisoluble del matrimonio, existen dos normativas que hicieron un cambio significativo: las primeras en 1884 y 1885 las llamadas “Leyes de Matrimonio Civil” y de “Registro Civil” que lo Secularizaron, y la segunda en el año 2004 que establece la “Nueva Ley de Matrimonio Civil”³¹, la cual sustituya la anterior e introduce el Divorcio vincular en el capítulo sexto, con el fin de poner término al matrimonio.

La capacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal fue derogada con la promulgación de la ley 18.801 al establecer su plena capacidad; respecto a la administración unitaria por parte del marido, se vio morigerada con el DL 328 de 1928, Ley 5.521 de 1934 y Ley 10.271 de 1952, en las cuales se vinieron a establecer limitaciones en cuanto a la administración, y disposición de bienes de la Sociedad Conyugal. Si bien este es un tema que aún causa polémica en Chile, es correcto reconocer que hay un avance en la materia. Sin perjuicio de esto, en el Congreso Nacional se han presentado diversos proyectos³² de ley con el objeto de que se realicen cambios a la normativa sobre Sociedad Conyugal, pues a grandes rasgos, existen diferencias arbitrarias entre el “Marido y Mujer” que atentan con el principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, este asunto sin duda que es relevante escapa de este trabajo de investigación.

³⁰ Así lo destaca Veloso, nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa que emana de los tratados de los derechos humanos, en Actas del II Congreso chileno de Derecho privado, revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, vol. XIX, 1998, pp.36.

³¹ Ley-19947 17-MAY-2004 MINISTERIO DE JUSTICIA, Establece nueva ley de Matrimonio Civil. - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128>.

³² Ejemplos de proyecto de ley que pretenden modificar ciertos aspectos del Matrimonio en Sociedad Conyugal: Boletín Número 10421-18, y otros anteriores como: Boletines N° 7727-18, N° 5970 18, N° 9.300-07.

Sobre la patria potestad determinada exclusivamente al padre, ha cambiado considerablemente, pues hoy en día pasa a ser compartida con la madre. Cambios a partir de la modificación del artículo 244 de Código Civil, el cual establece explícitamente que “La patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente”. También es importante mencionar la modificación del artículo 245 del código Civil, pues señala que pasará en caso de que los padres vivan separados, y explicita que en ese caso “será ejercida por aquel que tenga a su cargo personal del hijo, o por ambos, de conformidad del artículo 225.”

La diferenciación de estatus respecto de los hijos, o a mi juicio mal entendido como la “protección especial de la familia legítima”, ha pasado a ser una de las normas icónicas dentro del aspecto de la normativa sobre NNA. Hoy en día, en nuestro país nadie se atreve a plantear que existan un estatus para uno u otro hijo, si no que, al contrario, gracias al continuo de nuevas legislaciones, tanto nacionales como internacionales, y por sobre todo la Convención, que tiene como principio rector la igualdad entre todos los NNA. Específicamente en Chile, acerca de la legislación nacional, recién en el año 1998 con la entrada en vigencia de la Ley 19.585 sobre modificaciones del Código Civil en cuanto a la Filiación, queda virtualmente suprimido el paradigma sobre la diferencia de estatus de los hijos, esto es, que se igualan los derechos de los hijos nacidos de filiación matrimonial con los que nacen fuera del matrimonio, antiguamente considerados como hijos ilegítimos, y con diferencias sustanciales (ahora superadas) sobre derechos y deberes recíprocos, derecho sucesorio, alimentos, entre otros.

Para finalizar, se debe hacer mención acerca de los principios o más bien características que agrega la doctrina, que se mencionaron con anticipación: En primer lugar, el principio de no reconocimiento jurídico de las familias de hecho ha sido un aspecto en que no se ha tenido un avance significativo. Si bien, Chile mantiene ratificada y vigente la Convención de los Derechos del Niño, existen informes en los cuales se critica y sugiere cambios en esta materia, el poder legislativo no ha sido capaz de dar por superado este principio que nos tiene lejos de cumplir cabalmente con la Convención. En segundo lugar, es correcto que separemos el aspecto de la Violencia Intrafamiliar (VIF) del delito de adulterio. La primera, es decir la VIF, tiene una presente regulación especial con la Ley

20.066³³ la que tiene como objeto, según el artículo primero “Esta ley tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”. La misma ley en el artículo 5^o³⁴, define lo que será entendido como violencia y quienes pueden ejercerla y además que conocerán estos asuntos los Juzgados de Familia.

Estos últimos tienen distintos tipos de medidas para frenar los abusos, sin embargo es dable reconocer que no se ha podido frenar con los abusos, por sobre todo, el abuso físico, económico y social en contra de la mujer y la cantidad de femicidios³⁵ consumados y frustrados en los últimos 10 años.³⁶ Al respecto, y para fines de este trabajo, también es importante mencionar los procedimientos sobre medidas de protección, que por lo general van ligados a este tipo de asuntos de violencia cuando es en contra de los NNA o el cónyuge que necesite de alguna medida cautelar. Hago mención aquí, ya que se analizará con

³³ Ley-20066 07-OCT-2005, Establece Ley de Violencia Intrafamiliar. MINISTERIO DE JUSTICIA - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional. [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242648>>.

³⁴ Artículo 5^o.- Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Asimismo, constituyen violencia intrafamiliar las conductas ejercidas en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que tengan como objeto directo la vulneración de la autonomía económica de la mujer, o la vulneración patrimonial, o de la subsistencia económica de la familia o de los hijos, tal como el incumplimiento reiterado del deber de proveer alimentos, que se lleven a cabo con el propósito de ejercer control sobre ella, o sobre sus recursos económicos o patrimoniales, generar dependencia o generar un menoscabo de dicho patrimonio o el de sus hijos e hijas.

³⁵ Femicidio: Según la legislación chilena (Ley 21.212), el femicidio es el asesinato de una mujer ejecutado por quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia.

También se considera femicidio el asesinato de una mujer en razón de su género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.-Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.
- 2.-Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.
- 3.-Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372bis.
- 4.-Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.
- 5.-Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación.

³⁶ MINISTERIO DE LA MUJER Y LA EQUIDAD DE GÉNERO. (2023). https://www.sernameg.gob.cl/?page_id=27084.

posterioridad este procedimiento y el Centro de Medidas Cautelares (CMC) de los Juzgados o Tribunales especiales de Familia.

Por último, acerca el Adulterio, se puede decir que se ha visto por completo superado como delito de ese entonces en que era una figura penal en los artículos 375 a 381 del Código Penal, y que además era discriminatorio en contra de la mujer. Esto fue derogado por la ley 19.335, dejando solo algunas sanciones civiles que sería infringir al “deber de fidelidad” en el matrimonio, y se iguala con una misma aplicación para marido y mujer.

En suma, podemos deducir que los únicos principios propuestos por la doctrina tradicional que siguen vigentes en nuestro país son “la administración de los bienes por parte del marido en la sociedad conyugal” y la falta de reconocimiento jurídico a las familias de hecho. Sin perjuicio de esto, al menos al primero, al día de hoy existe un proyecto de ley que se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional³⁷; y en el segundo, se ha hecho reconocimiento jurídico al menos a uniones que son conocidas como no matrimoniales, las que son llamadas como “Acuerdo de Unión Civil”.³⁸ De este modo se puede observar, que la justificación de esta evolución en los principios tiene como base tres principios rectores, “libertad, igualdad y equidad”, esto es, con el afán de perseguir el cumplimiento de los tratados internacionales que se encuentran vigentes en nuestro país. Sin perder de vista el objeto de este trabajo sobre vulneración de derecho en contra de NNA, es que tiene mérito mencionar aquellas reformas que inciden directamente en su beneficio, ahora bien, lo clasificaré según los principios rectores antes mencionados:

a) Libertad: El principio de autonomía de la voluntad ha estado presente en todo nuestro sistema de derecho privado, no obstante, en el Derecho de Familia se encontraba fuertemente restringido, hoy en día, ha habido un avance significativo en esta materia pues la Autonomía de la voluntad se ha entendido que existe una extensión del mismo en el ámbito de Derecho de Familia. A modo de ejemplo, y refiriéndose a NNA, encontramos el reconocimiento al derecho de Autonomía progresiva según la edad y discernimiento de

³⁷ Proyecto de ley que Modifica Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal, fecha de ingreso: Martes 5 de abril, 2011. Número de Boletín: 7567-07.

³⁸ Ley 20830, Publicada 21 de abril de 2022. Crea el Acuerdo de Unión Civil, del Ministerio Secretaría General de Gobierno. [en línea] < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1075210>

cada NNA, así también como el derecho a ser escuchados aplicado directamente a decisiones en el ámbito judicial.

b) Igualdad: En este ámbito, es quizás donde más se ha notado un cambio sustancial, hoy en día todos los NNA nacen en igualdad de derechos sin importar de sexo, origen, condición, etc. Sin embargo, esto que hoy en día se exige a nivel transversal, no fue un cambio pacífico, hubo una progresiva igualación de los derechos de los hijos e hijas. En primer lugar, podemos mencionar, en virtud de las reformas de los artículos 244 y 245 del Código Civil, la igualación de derechos para padre y madre respecto a la patria potestad y el cuidado personal de sus hijos; y en segundo lugar, sobre el cambio de legislación específicamente sobre derechos de los hijos, esto fue a través de distintas normativas: Primero, las leyes relativas a la filiación³⁹, finalmente con la Ley 19.585 que termina de igualar los efectos de sobre hijos legítimos y naturales, y segundo, las leyes relativas a la adopción⁴⁰, es decir a la igualación entre hijos biológicos y adoptivos, pues con la Ley 19.120 “la adopción crea un estado civil de hijo del o de los adoptantes”. Es importante mencionar que ambos cambios normativos repercuten también en todo lo que son las futuras relaciones de filiación, en derecho sucesorio, derechos y deberes entre padres e hijos, entre otros.

c) Equidad: Como consecuencia de ambos principios rectores anteriormente mencionados, se puede mencionar una tercera línea de reformas que aplican directamente en beneficio de NNA, como por ejemplo la restricción de libertad de testar y que el estatus de legitimarios que tienen los hijos, así también como la autonomía de la voluntad de asignar mejoras (en el cuarto de mejoras) a los legitimarios. Otro ejemplo que es posible mencionar, es la legislación sobre “Alimentos”⁴¹ en favor de los hijos o conocidos comúnmente como “alimentos menores”.

³⁹ Ley N° 7612 y 1613 en octubre de 1943, y luego la Ley 10.271 en abril de 1952, que Mejoran la posición del hijo/a que nace fuera del matrimonio que hubiese sido reconocido por el padre.

⁴⁰ Ley N° 19.620, publicación agosto 1999 y última modificación noviembre 2021 mediante Ley N° 21.389. Ley que Dicta Normas sobre adopción de Menores. [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=140084>

⁴¹ Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 1, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, mayo 2000, última modificación en septiembre 2022 mediante Ley 21.484. [en línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986&idVersion=2023-05-20&idParte=>

CAPÍTULO II: EVOLUCIÓN PARA UNA “MEJOR NIÑEZ Y ADOLESCENCIA” EN CHILE.

Chile del día de hoy, ha pasado por varias transformaciones sociales, políticas y económicas. No está demás decir que se sigue en búsqueda de una paz social, existiendo muchas diferencias y una creciente polarización en el común de las personas. Dicho esto, es importante reconocer que, aún con cambios de administración del Ejecutivo, se ha puesto el foco en materia de la niñez y adolescencia.

Es posible deducir que decir que existe una preocupación de forma transversal a nivel político e institucional respecto a este asunto, no obstante a esto, parece ser en la realidad, que no son más que solo buenas intenciones, pues como se verá de aquí en adelante, nuestra legislación e institucionalidad en la materia aún no alcanza estándares internacionales, esto es, todo lo relativo a la Convención ratificada y vigente en nuestro país, y por consiguiente, la vulneración de derechos en contra de NNA siguen a la “orden del día”.

Como ya se vio, lo que entendemos por vulneración de derechos en contra de NNA, es “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación” (SENAME, 2005), ahora se analizará cómo es que Chile está preparado a nivel Legislativo y Judicial para enfrentar este tipo de situaciones. De forma preliminar, es posible distinguir que existe una protección de derechos a través de una vía jurisdiccional y una vía Administrativa o no jurisdiccional.

Para dar una respuesta a esta interrogante, es necesario que se analice la evolución de la normativa nacional. Esto es, un camino desde las primeras leyes en favor de los menores de edad hasta la actualidad, pasando por la distintos tipos de problemáticas, algunas de ellas que persisten hasta la actualidad, por sobre todo del Servicio Nacional De Menores (SENAME), la Ley 20.032 que Regula el régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados, y la Ley 21.430, conocida como Ley Marco o Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (SPI), ambas del Ministerio de Desarrollo Social y de Familia del año 2022.

2.1 Historia y evolución para una “Mejor Niñez y Adolescencia” en Chile, desde un enfoque de identificación de periodos históricos.

Ya se ha analizado la evolución de la legislación a nivel internacional sobre los NNA, ahora toca analizar el desarrollo histórico de la legislación nacional ha evolucionado a través del tiempo, en las cuales podemos identificar distintas etapas como:

- Periodo de inexistencia de legislación: NNA como sujetos de caridad.
- Primeras Leyes Específicas sobre menores: NNA en situación irregular.
- Ley 16.618: Ley de Menores de 1967: Periodo pre autoritario e influencia de la Dictadura en Infancia y Adolescencia
- Período post autoritario: Ratificación e influencia de la Convención: “Adecuación legislativa” en post de la niñez y adolescencia.

2.2. Periodo de inexistencia de legislación: Los Niños, Niñas y Adolescentes como sujetos de “caridad”.

Situándonos ya en el Chile Republicano, es correcto mencionar que, en esos años aún como país independiente, seguimos rigiéndonos por largo tiempo por las normas de la Colonia Española. Sin darle mayor énfasis por estar fuera del objeto de este trabajo, son posible mencionar el Derecho Indiano, y en forma supletoria el Derecho Castellano y Visigodo: ejemplo de estos son “Las 7 Partidas”, “Leyes de Toro”, “Recopilación de Indias”, entre otras. Es justo en esta época, donde no se registra una legislación específica sobre NNA, sino que es sólo la “caridad privada” que viene desde la época de la colonia, en primer lugar, por parte de congregaciones religiosas, y más tarde, como señala Cortés Beck⁴² grupos aristócratas laicos con enfoque caritativo y benéfico. Ejemplo de los primeros, se sostienen establecimientos con características de asilo, casa de expósitos, ollas infantiles, gotas de leche, entre otras formas de asistencialidad⁴³ o, también mencionar, Las hermanas de la providencia y la Congregación del Buen Pastor; y por los segundos, me refiero a los

⁴² CORTÉS BECK Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas de Atención de la Infancia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. p. 224.

⁴³ FARIAS, Ana María. 2003. El difícil camino hacia la construcción del niño como Sujeto de Derechos. Revista Derechos del Niño Número Dos. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. p. 190

“grupos aristócratas”, La sociedad Protectora de la Infancia, Sociedad San Vicente de Paul, Patronato Nacional de la Infancia, entre otras.

Chile de comienzos del siglo XIX era un país sumamente de raíces Católica apostólica, es así como, luego de varios Ensayos Constitucionales⁴⁴ se logra llegar por parte de los sectores conservadores a la Constitución Política de 1833, la cual, en el Artículo 5º, dispone: “La religión de la República de Chile es la Católica Apostólica Romana; con exclusión del ejercicio público o cualquier otra”. Asunto que caló hondo más adelante, pues durante tres decenios tuvieron una hegemonía política los conservadores, esto es, puntualmente hasta el año 1861, por lo que, durante ese periodo de tiempo aparece el primer Código de la República de Chile el Código Civil en 1855. Por tanto, los ideales conservadores se vieron impresos en este cuerpo normativo, el cual regulará asuntos de Derecho de Familia, específicamente sobre dos asuntos importantes: el Matrimonio y la Filiación.

Por tanto, no fue hasta a la aparición del Código Civil de Andrés Bello de 1855 en que empiezan a aparecer, incipientemente, los primeros tratamientos para con los NNA, que en ese entonces fue un asunto de regular meramente algunas relaciones de familia, como por ejemplo, sobre las dos instituciones mencionadas anteriormente que se interrelacionan, por un lado, en materia de Matrimonio que solo será un asunto religioso⁴⁵ y que además, por el lado de la institución de la Filiación, se le da suma importancia, o más bien una discriminación arbitraria, sobre los hijos nacidos dentro del mismo. Cabe recordar que en ese contexto histórico existían hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, siendo considerados los últimos como frutos del pecado o ilegítimos quienes, quedando en el desamparo absoluto y sin tener Derecho a Suceder.

Otro asunto importante que mencionar sobre este texto, es que se señala la primera definición de niño, esto es en el artículo 26 del texto original de 1855⁴⁶, haciendo una

⁴⁴ La Constitución Política y Permanente del Estado de Chile de 1823; las Leyes Federales de 1826, mal llamadas Constitución de 1826, y la Constitución Política de la República de Chile de 1828.

⁴⁵ Art.103 del Código Civil de 1855: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La lei civil reconoce como impedimentos para el matrimonio los que han sido declarados tales por la Iglesia Católica; i toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre su existencia i conceder dispensa de ellos". (SIC)

⁴⁶ Art. 26. Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, al 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

distinción entre “infante o niño” como todo el que no ha cumplido siete años, “impúber” aquellos que no han cumplido 12 años en el caso de las damas y 14 años para varones, y luego distingue entre mayor y menores de edad.

Luego a finales del siglo XIX, no fue hasta la aparición del Código Penal de 1874, el cual señala en el artículo 10 en sus numerales 2 y 3⁴⁷ disposiciones que vienen a distinguir el tratamiento sancionador con los niños, aquellos que había sido acusados de cometer un delito, y que posteriormente fuera condenado, se le asignaba una pena atenuada en relación con los adultos, así también distinguiendo de aquellos niños que habían actuado con o sin discernimiento. Por tanto, se establecía que el juez podría determinar si el menor de dieciséis años había cometido delito o cuasidelito.⁴⁸ Para ayudar al juez a determinar una pena o sanción en relación al discernimiento que tenían los niños acusados de cometer un delito, existían dos presunciones al respecto: Por un lado, se presumía que los menores de 10 años no lo tenían y, por otro lado, los mayores de 16 años sí lo tenían. Por ende, aquellos que se encontraban dentro del rango etario que no aplica las presunciones, mayores de 10 y menores de 16 años, era el juez el encargado de determinar si tenían o no discernimiento. No obstante, la legislación vigente, tenía una gran deficiencia pues no existía una definición del concepto de discernimiento.

Es posible inferir que la legislación respecto a los niños, niñas y adolescentes se basa meramente en los Códigos Civil y Penal antes mencionados, aún nada se habla sobre Derecho de la Infancia y adolescencia, y por tanto, mucho menos de vulneración de derechos. De hecho, en ese contexto existe como derecho del padre a “corregir a sus hijos”, e incluso la posibilidad de pedir al Juez que sus hijos mayores de 16 años sean internados en un establecimiento correccional hasta por seis meses. La acción jurisdiccional del Estado queda limitada sólo a la aplicación de las penas o a inhibirse a hacerlo, una sociedad donde se veía a “estos niños” como objetos, en el sentido de considerarlos sin futuro.

-Aporte médico Sanitario

simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.

⁴⁷ Código Penal de la República de Chile. Publicación 1874, última modificación septiembre 2023 Ley 21.601. [en línea] > <https://bcn.cl/3fvmt>

⁴⁸ ULRIKSEN, Germán. 2003. Derecho de Menores. Procedimientos y Formularios. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica La Ley Ltda., Segunda Edición. p. 29

Durante la época pre y post de la Constitución Política de la República de 1833 hasta principios del siglo XX, la natalidad y mortalidad infantil se encontraban entre las tasas más elevadas del mundo. Todo esto denota un descuido importante por parte del Estado en relación con los NNA, entendiendo que como tasas elevadas sobre estos parámetros es algo sumamente negativo para la sociedad en general, más aún, en los sectores de más bajos recursos existe una vulnerabilidad aún mayor, pues los niños crecían en medio de la orfandad, el abandono, analfabetismo y muchos de ellos vivían, o más bien, sobrevivían a costa de trabajos forzosos y obligatorios en beneficio del “patrón”, quien por lo general era una persona con recursos económicos de casas aristocráticas. En Chile y sus raíces machistas, muchas mujeres de bajo pueblo se veían imposibilitadas de criar solas a sus hijos, por lo que se veían en una necesidad de entregarlos en casas aristocráticas o los regalaban a un patrón para asegurar un techo y alimentación, creciendo de esta manera al servicio de los patronos a “ración y sin salario”⁴⁹, otras madres preferían llevar a sus hijos a Casas de Expósitos, en las cuales también crecían con carencias enormes, pues “crecían sumidos en la orfandad, el abandono y vagancia”⁵⁰

Siguiendo la línea sobre las elevadas tasas de natalidad y mortalidad, se suman a estos graves problemas sanitarios graves en Chile, una crisis con una epidemia de Cólera en los años 1886 a 1888, que según datos del Registro Civil, 23.432 personas murieron víctimas de esta enfermedad, lo que era bastante para una población de 3 millones⁵¹ y según el doctor Adolfo Murillo, estimó aproximadamente 40.000 el número de fallecidos en todo el país.⁵³ Con todo esto, en respuesta por parte del Estado, los gremios ligados a la salud empezaron a tomar importancia y ser escuchados en la clase política, así fue que en se conformó para combatir la epidemia la Comisión de Higiene y después en el año 1889 la creación del Consejo Superior de Higiene Pública, el cual comienza cada vez a tomar un mayor protagonismo en asuntos médico-sanitarios, influyendo que se realizara la “campaña

⁴⁹ SALAZAR, Gabriel. Ser Niño "Huacho" en la Historia de Chile (siglo XIX). Santiago. LOM Ediciones 2006. cit. pág. 37.

⁵⁰ SCHONHAUT, Luisa. "Profilaxia del abandono: Cien años de protección de la infancia en Chile. Artículo especial Bicentenario. Revista Chilena de pediatría. Versión impresa Rev. Chile. pediatr. v.81 n.4 Santiago ago. 2010. consultado en sitio web https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41062010000400003, con fecha 22 de noviembre de 2018.

⁵¹ Vida y milagros del Cementerio General. El Mercurio de Santiago. 2 de noviembre de 1985.

⁵² Osses D. La historia infausta. Vida Médica 1987; 39; 6.

⁵³ Costa-Casaretto C. La Revista Médica de Chile 100 años atrás. Año XVII, N 4. octubre 1888. Rev. Méd. Chile 1989; 117: 228.

de desinfección unida a la campaña de vacunación masiva, siendo los primeros actos de servicio no asociados a la caridad.

Esta influencia de las instituciones asociadas a la salud adquiere una fuerza importante, es así como el gremio médico ocupa un lugar importante en la creación de la primera Ley de Menores.

2.3.- Periodo sobre las primeras Leyes Específicas sobre menores: Niños, Niñas y Adolescentes en Situación Irregular.

-Antecedentes de la primera Ley de Menores

Sin perjuicio de la Ley de Educación Primaria Obligatoria de 1860, que fue un avance importante para Chile en cuanto se fue avanzando en la alfabetización del país, no se vislumbra alguna normativa tanto civil como penal que promueva una protección ni mucho menos una prevención ni reparación para con los NNA que se encontraban en situación de que sus derechos hayan sido vulnerados, no existe un cuerpo orgánico que defienda a la Infancia o adolescencia. como ya se dijo anteriormente, el Estado de Chile solo se limitaba a condenar aplicando penas por ciertas conductas o dejar de hacerlo, por lo cual, existe una desprotección de los NNA, una infancia desvalida, y por otro lado, los jueces son capaces de resolver asuntos de la vida cotidiana, y que por lo tanto se veía dificultada la posibilidad de protección en su favor.⁵⁴ Por todo esto, es que en el año 1901, se funda oficialmente el Patronato Nacional de la Infancia, grupo proveniente de miembros de la iglesia y medicina que tienen como objeto mejorar las condiciones de vida de los niños en el país. Así las cosas, en 1903 promueven la dictación de la Ley de Protección de la Infancia Desvalida, dicho proyecto de ley propone atender a las lagunas que existen en ese entonces en relación con la infancia y adolescencia.

Es interesante señalar lo que señala el mensaje de la ley presentada al Senado:

⁵⁴ SENADO. Acta de 8ª sesión extraordinaria del 2 de noviembre de 1903, Biblioteca del Congreso Nacional, página 174 y siguientes.

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

Del texto, se deduce que hay una preocupación en cuanto a la realidad del día a día de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, no fue hasta 9 años más tarde en septiembre de 1912, tras varias modificaciones y discusiones sobre el proyecto inicial, que se aprueba por el Congreso Nacional, durante el Gobierno del presidente Ramón Barros Luco, la primera ley de Protección a la Infancia Desvalida o Ley 2675. Esta normativa vino a ser la primera forma de legislación destinada puntualmente a la niñez en situación de abandono y/o depravación de los padres o guardadores. Es la primera ley que señala que el estado debe comenzar a tener un rol activo en la protección de los abusos de menores, sin embargo, como dice Cortes Beck: "esta ley fue innovadora en el papel, pero poco efectiva en la práctica"⁵⁵, pues en la práctica se centró fundamentalmente en la reclusión en "centros de reclusión" de niños vagos y delincuentes.

Además, es importante evidenciar que hubo un reclamos generalizado por los auxiliares de la justicia de ese entonces e instituciones, que dieron cuenta de falta de recursos y disposiciones que permitieran su real aplicación⁵⁶, y según Rojas, "esta ley fue poco efectiva por varios motivos, entre ellos la función de inspección de la Infancia Desvalida, contemplada en el artículo 9° nunca funcionó; nunca se creó un sistema de asistencia que permitiera al Estado hacerse cargo de estos niños desvalidos;..."⁵⁷

⁵⁵ CORTÉS BECK Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas... Óp. cit. p. 225.

⁵⁶ FARÍAS, Ana María. 2003. El difícil camino hacia la construcción del niño como Sujeto de Derechos. Revista Derechos del Niño Número Dos. Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. p. 190

⁵⁷ ROJAS, Jorge. "Historia ...", op. cit. pág. 212

Aun cuando los principios de esta ley iban por un camino, a mi parece correcto como un avance sistemático para con la infancia desvalida, no se logran establecer ninguna medida de amparo o protección a los NNA que se le vulneren los derechos o cuyos derechos se vieran amenazador. Sin perjuicio de esto, es que se debe reconocer que hubo un avance en relación con la preocupación por parte de los distintos actores de la sociedad, pues como se verá más adelante, existen varios cambios gracias a la nueva perspectiva sobre el cuidado de la infancia y adolescencia. De manera que, en la segunda mitad del siglo XX, en el contexto de la Declaración de los Derechos del Niño del año 1924, existe un consenso generalizado de que es necesario un nuevo sistema que diera una tutela efectiva a los niños y adolescentes. Ejemplo de esto, es que ya en 1926 se presentan distintos proyectos de ley, así las cosa, en 1927 el Ejecutivo envía un proyecto de ley deduciendo el mensaje lo siguiente:

“En el orden penal, nuestra legislación es todavía deficiente, alejada de todo principio de economía social y sin base verdaderamente científica, aplica al menor el mismo tratamiento jurídico que al adulto y se preocupa solo de reprimir, de defenderse de ciertos elementos que en determinadas circunstancias podrían transformarse en factores de gran utilidad, mediante un tratamiento científica adecuado”⁵⁸

Es así como en el mismo año se designa una comisión mixta en el Congreso Nacional, que luego de largos debates, se logra promulgar en el año 1928 la Ley 4.447 o la Ley Sobre Protección de menores.

-Primera Ley de menores en Chile: Ley 4.447

La Ley 4.447, denominada Ley de protección Menores, entró en vigencia en 1929, la que trae consigo varios cambios importantes, dentro de estos es que “sentó las bases del primer sistema de protección de menores de edad, al crear la Dirección General de Protección de Menores (DGPM) y los Tribunales Especiales de Menores”.⁵⁹ Es posible afirmar que, con la promulgación de la presente ley, se crean dos instituciones que se hacen cargo de la infancia en el país, se crea un nuevo sistema de protección siguiendo la idea

⁵⁸ CILLERO, Miguel, Ob. Cit. p.94

⁵⁹ Ley 4.447, 1928. Ley de Protección de Menores, Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile. [en línea] <<https://bcn.cl/38vzf>

de que el Estado debe tutelar los derechos de los NNA o más conocido como la Doctrina de la Situación Irregular. En adelante, se desarrollará y analizará las funciones que tienen cada una de estas nuevas instituciones:

1. Dirección General de Protección de Menores

Esta nueva ley de Menores crea una de las nuevas instituciones en su artículo 4°: “Créase la Dirección General de Protección de Menores”. Esta, según el Decreto N°2.531 perteneciente al Ministerio de Justicia, tuvo como misión principal la supervigilancia del cumplimiento de la Ley 4.447, por ende, tenía variadas facultades, como por ejemplo el practicar visitas a establecimientos educacionales públicos como privados, centros de acogido o Casas de Menores. Así como también “vigiló la moralidad de los espectáculos público denunciando aquellos que fomentaban conductas delictuales, violentas o socialmente condenables, porque se consideraba que podían corromper a los menores”⁶⁰, o como señala Samuel Gajardo, Primer Juez de menores: “tiene a su cargo la función de atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores de veinte años que se hallaren en situación irregular, y que dispone que en todo establecimiento educacional, público y privado, deberán enseñarse, como materias fundamentales, la moral y la higiene”.⁶¹

2. Tribunal de Menores

La Ley 4.447, en el artículo 13 señala la creación de los Juzgados Menores: “Créase un juzgado de Menores para el distrito jurisdiccional de la Corte de Apelaciones de Santiago, con residencia en esta ciudad, con su respectiva casa de menores”. Este tenía como función principal la “revisión de causas que involucraban a los niños, niñas y

⁶⁰ Artículo 4° Ley 4.447, 1928. Ley de Protección de Menores, Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile. [en línea] <<https://bcn.cl/38vzf>

⁶¹ Gajardo, Samuel, 1894-. Los derechos del niño y la tiranía del ambiente: divulgación de la ley 4.447 : psicología, educación, derecho penal . Disponible en Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile <https://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9361.html>. Accedido en 12/10/2023.

adolescentes de hasta veinte años.”⁶² De hecho, en el Artículo 3 señala que “Para los efectos de esta ley, se considerará menor a toda persona que tenga menos de veinte años”.

Estos nuevos tribunales, estaban a cargo de jueces letrados que debían resolver los conflictos sometidos a su competencia conforme a derecho, y el superior jerárquico sería la Corte de Apelaciones respectiva. En este modelo se le otorgó un amplísimo poder a la figura del Juez Tutela de Menores, quien tenía un rol protector y educativo, a diferencia del rol represivo del sistema penal para adulto⁶³, por tanto, se pretende que los jueces sean personas especializadas en la materia. Asunto que comienza a tener las primeras dificultades, ya que se implementa un sistema en el cual se señala que se crearán Juzgados de menores en cada lugar de asiento de Corte de Apelaciones, y en aquellos lugares donde no hubiesen juzgados de menores la aplicación de la ley la conocerán los jueces de mayor cuantía. Es decir que, al momento de la implementación de la ley, se le entregaba la competencia y por tanto el conocimiento de causas acerca de NNA a jueces que no tenían un conocimiento especializado. En cuanto al procedimiento no se crea uno especial, de hecho, sólo contuvo disposiciones generales, como la del artículo 26 que señala que: “En los Juzgados de Menores, el procedimiento será verbal y sin forma de juicio”.

-Jueces de Menores

Con la creación de los Juzgados de Menores, se deben nombrar y capacitar a nuevos jueces que fueran aptos para el cargo. Su labor consiste en el estudio caso a caso de los NNA sometidos a su competencia, por tanto, deben conocer de los informes médicos, psicológicos, pedagógicos, sobre el ambiente que se desenvuelven, entre otros. Así el fallo definitivo, debe considerar todos estos conocimientos que se aportan a la causa, de manera que puede tomar las medidas necesarias que estime convenientes o adoptar algunas de las medidas de protección autorizadas por la ley.

Como se puede inferir, no es fácil esta nueva labor que se le encomienda a estos nuevos jueces. Es una tarea delicada la que realizan, por lo que deben ser personas con

⁶² BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "Ley de Protección de Menores, 1928", en: La infancia en el siglo XX. Memoria Chilena. Disponible en <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-631269.html>. Accedido en 12/10/2023.

⁶³ CILLERO, Miguel, Ob. Cit. p. 77

conocimientos especiales en los aspectos de la infancia y adolescencia, a quienes se les denominó Jueces de Menores⁶⁴. Según el reglamento, estos jueces debían tener requisitos en conocimiento de psicología y pedagogía, incluso debían “rendir un examen oral y escrito ante una comisión especial formada por el Director General de Protección de Menores, el Director del Politécnico Elemental de Menores “Alcibíades Vicencio” y el Director del Laboratorio de Psicología Experimental del Instituto Pedagógico”.⁶⁵ Esta exigencia se entiende desde la lógica en que los Jueces de Menores, tratarán casos delicados acerca de NNA, por lo que desde tener un componente humano o como dice señala Gajardo “Debe ser un hombre humano, un verdadero maestro, un psicólogo capaz de ponerse al nivel del alma infantil y comprender los valores efectivos de la personalidad del niño.”

Como se mencionó anteriormente, la Ley 4447 sobre Protección de Menores en el artículo 26, será un procedimiento verbal, por ende, además de las cualidades anteriormente mencionadas, existe una gran diferencia con el procedimiento ordinario. Será “sin forma de juicio; una conversación amable y familiar con el menor, para infundirle confianza y obtener sus confidencias.” Además, es importante mencionar que estos nuevos procedimientos, no existe la Cosa Juzgada, esto significa que los fallos pueden y deben ser cambiados según vayan cambiando las circunstancias del caso a caso.

Es tan relevante la decisión del Juez de menores, que aun cuando haya una apelación sobre la causa en cuestión, se mantienen las medidas otorgadas y se esperará al fallo de la Corte de Apelaciones correspondiente para que confirme o rechace asuntos de mero derecho, pues este “Tribunal de Alzada no puede alterar o modificar las conclusiones de carácter técnico o científico a que el Juez de mejores haya llegado, de acuerdo a los informes periciales que debe obtener para expedir sus fallos”.

Siguiendo la ideología de esta ley, o sea, la de la doctrina de la situación irregular, y por consiguiente, los NNA como objeto de protección por parte del Estado tutelar sus derechos, se estructura una institucionalidad que se encargaría de dar respuesta social a los problemas asociados a la infancia y adolescencia, los cuales se pueden clasificar en

⁶⁴ GAJARDO C, Samuel, Los derechos del niño y la tiranía del ambiente. p 37. En digital: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/339>, p34.

⁶⁵ GAJARDO C, Samuel, Los derechos del niño y la tiranía del ambiente. p 38. En digital: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/339>, p35.

dos grandes áreas: por un lado aquellos menores infractores de ley, y por otro lado, aquellos NNA que estaban siendo víctima de vulneraciones de derechos. Hasta este momento, los NNA que se encontraban en conflicto con la justicia y que ya habían sido condenados, permanecían en cárceles para adultos. A partir de la ley 4.447, en el artículo 6°, específicamente con la creación de los Juzgados de Menores también se crean las Casas de menores: “En el asiento de cada Juzgado de Menores que se crea en virtud de esta ley, habrá un establecimiento que se denominará Casa de Menores, destinado a recibir a éstos cuando sean detenidos o deban comparecer ante el juez”. Esta institución tenía como fin último, ser un espacio de detención, observación y reeducación de los menores, sea por vulneraciones de derechos dentro del seno familiar o que el juez haya determinado que requiera de rehabilitación para reintegrarse a la sociedad.

Este punto fue un avance importante en la legislación nacional en cuanto a los niños, niñas y adolescentes, pues es primera normativa que viene a preocuparse en mejor medida de la infancia y adolescencia. Por primera vez se materializa el cuestionamiento del tratamiento diferenciado que deben tener los “menores”, más específico en el artículo 7 de la misma ley: “Los menores de 20 años no podrán ser detenidos sino en las Casas de Menores o en los establecimientos que en el Reglamento determine el Presidente de la República.”, y en el reglamento de esta Ley en el artículo 12⁶⁶ que donde no existiera casas de menores de habilitará un departamento especial, separado de los adultos en el establecimiento penal o de detención que exista.

Conjunto a la creación de las Casas de Menores en cada lugar de asiento de Corte de apelaciones, según el artículo 10 de la Ley de Menores, se crea un Reformatorio en la ciudad de Santiago el cual se le denominó “Alcibíades Vicencio”. Su finalidad fue de carácter industrial y agrícola, destinado para varones, el cual permitió a los alumnos continuar sus estudios en otros establecimientos educacionales.

-Otros aspectos en que influyó la Ley de Menores

⁶⁶ CHILE. 1929. Ministerio de justicia. Decreto 2.531: Reglamento para la aplicación de la Ley de menores.

Por otro lado, se debe señalar que la Ley 4.447, dispone medidas que tienden a la protección de los niños, esto es, medidas que podría adoptar el juez ante vulneración de derechos en contra de NNA, casos en que los niños se encuentren en situaciones de desmedro o abandono. Por tanto, es el estado quien toma la tutela de los niños que se encuentran en “situación irregular”, por ejemplo, la ley señala en el artículo 20° disposiciones acerca de medidas que puede adoptar el Juez de Menores⁶⁷, pudiendo ser estas medidas de carácter indefinido, prudencialmente a lo que determine el Juez, quién podría modificarlas, alterarlas o revocarlas, según la variación de circunstancias de cada caso. Otra medida según señala esta ley en sus artículos 21 y 22⁶⁸, es acerca de otorgar el cuidado personal de los niños se encuentren en una situación de ausencia de los padres, o estos se encuentren con alguna inhabilidad física o moral (del artículo 225 del Código Civil, hoy en día luego de actualizaciones artículo 226), y a falta de otro ascendiente legítimo. El juez podía otorgar el cuidado personal de estos niños abandonados a una institución de beneficencia o a un establecimiento autorizado con personalidad jurídica.

⁶⁷ Art. 20. En los casos de la presente ley, el Juez de Menores podrá aplicar alguna o algunas de las medidas siguientes:

- 1.o Devolver al menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación;
- 2.o Someterlo a la vigilancia de la Dirección General de Protección de Menores, la que se ejercerá en la forma que determine el Reglamento;
- 3.o Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala, o a algún establecimiento adecuado que el juez determine; y
- 4.o Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

En el caso del número 4.o, el menor quedará sometido al régimen de libertad vigilada establecido en el número 2.o

Estas medidas durarán el tiempo que determine el Juez de Menores, quien podrá revocarlas, alterarlas o modificarlas, si variaren las circunstancias, oyendo a la Dirección General de Protección de Menores.

⁶⁸

Art. 21. En el caso del artículo 225 del Código Civil, a falta de los ascendientes legítimos y de consanguíneos, el juez confiará el cuidado personal de los hijos a un reformatorio, a una institución de beneficencia con personalidad jurídica o a cualquier otro establecimiento autorizado para este efecto por el Presidente de la República.

Art. 22. Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, se entenderá que ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

- 1.o Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;
- 2.o Cuando padecieren de alcoholismo crónico;
- 3.o Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;
- 4.o Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;
- 5.o Cuando hubieren sido condenados por vagancia, secuestro o abandono de menores;
- 6.o Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor, o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;
- 7.o Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Con la entrada en vigencia de esta ley, a partir de 1928, es posible hablar que en Chile surge el “Derecho de Menores”⁶⁹. Ya no solo existen normas del orden civil o penal, si no que existe una legislación especializada en beneficio de la protección de los NNA y se convierte en la piedra angular de la protección a la infancia. De hecho, esta ley tiene como objetivo, cómo señala GAJARDO, que exista una “observación de los menores”, o explícitamente que exista una “Sección Observación”⁷⁰, esto quiere decir que en las casas de menores debería existir una observación individual que “comprende los informes médicos, psicológicos, pedagógicos y social”. Así como preocuparse de asuntos que considera como medio en que el individuo se desarrolla, o sea, el hogar, la escuela y el ambiente social de los NNA.

Sin perjuicio de esto, no estuvo exenta de críticas, no fue posible aplicar prácticamente la Ley. No se hacía cargo de capacitar a personal especializado, había falta de financiamiento para crear establecimientos educacionales o Centros de Menores. De hecho, lo anterior comentado en cuanto a los lugares que no hubiese Centros de Menores se habilitará un departamento especial y separado de la población adulta, pasa a ser la regla general, y, además, que la Ley no propone medios no penales para enfrentar el “problema” con los NNA. Como dice Cillero, “La privación de libertad en recintos penales de adultos, a la espera de construir centros adecuados, fue el recurso más usado”⁷¹

-Materia de Alimentos

La ley 4.447, como ya ha señalado, creó nuevos tribunales que resolverán mediante un procedimiento verbal y sin forma de juicio, sobre todas las materias que pudieran afectar a los NNA. Dentro de las materias que cabe mencionar, fue que el procedimiento también fue aplicable a la solicitud de alimentos, cuestión novedosa pues es un acercamiento a lo que hoy en día se conoce coloquialmente como Demanda por Alimentos Mayores y Menores. En términos generales, se iniciaba con una solicitud, mediante el Tribunal de

⁶⁹ CILLERO B., Miguel. "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile", en Documento III de Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico. Coordinador Francisco Pilotti. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

⁷⁰ GAJARDO C, Samuel, Los derechos del niño y la tiranía del ambiente. p 89. En digital: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/339>, p85.

⁷¹ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de... Op. cit. p. 101.

Menores, de Alimentos al progenitor, quien sería notificado y citado a Comparendo. Si asistía, podían llegar a un acuerdo amistoso, o en caso contrario el Juez era el encargado de dictar sentencia acerca del monto de los alimentos. Claramente no fue una solución definitiva, sin embargo, es otro asunto que fue de gran aporte la Primera Ley de Menores.

Como se verá más adelante, también fue un antecedente de la futura Ley N° 5.750 sobre El Abandono de Familia y el Pago de Pensiones Alimenticias, y posteriormente a la ley 9.450 que otorga mayores atribuciones al Juez y les asigna mayor importancia a los alimentos.

-Modificaciones de la Ley 4.447 o Primera Ley de Menores

A raíz de las críticas, nuevas necesidades y un cambio de paradigma mundial en favor de la niñez, se fueron realizando modificaciones a esta ley lo cual derivó en una nueva Ley de Menores en el año 1967, la Ley 16.618. Estas Modificaciones, están ligadas a lo procedimental, administrativo y penal, así entonces se va marcando una evolución y poco a poco un abandono a la doctrina de la situación irregular.

Dentro de las principales modificaciones que se le fueron realizando a la Ley de menores, es posible mencionar:

- a.- Ley 5.750 de 1935 sobre Abandono de Familia y pago de pensiones alimenticias y su futura modificación con la Ley 9.293 de 1949;
- b.- Ley 11.183 de 1953;
- c.- Ley 14.550 de 1961; y por último la Ley 16.618.

a.1.- Ley sobre el Abandono de Familia y Pago de pensiones alimenticias de 1935: Como dice su nombre, se crea esta ley con el fin de sistematizar la solicitud y cobro de las “pensiones alimenticias”. Como principales características y/o aportes, fue que efectivamente se señala que existe un procedimiento sobre “Alimentos” y su forma de tramitación. Elimina costos de los Juicios Ordinarios propiamente tales del mundo civil de ese entonces, como era un papel especial y consignaciones que se exigían, en el artículo 11° se crea una sanción para los progenitores incumplidores de esta ley: “Será penado con

reclusión menor en su grado mínimo...”, además de otros cambios que se introdujeron al Código Civil.

Posteriormente en el año 1949 se dicta la ley 9.293 que viene a modificar la ley anterior y la Ley 4.447, otorgando mayores facultades y atribuciones al Juez de Menores. Como ejemplo a estas modificaciones es posible mencionar las de los artículos 4, 8, 11, 12 13 a la primera y los artículos 24, 26 y 27° de la segunda:

Artículo 4°: Señala las medidas precautorias que puede tomar el Juez de Menores. Antes de la modificación, el juez no podía decretar medidas precautorias antes de que se deba una cuantía mayor a seis pensiones; luego de la modificación, el Juez de Menores pasa a tener un mayor poder de acción, pues podrá “decretarse por el monto y en la forma que el tribunal determine”⁷²

Artículo 11° Señala la sanción y forma de ejercer la acción ante el incumplimiento del pago de Alimentos. En el texto original, debía ejercer la acción la mujer en contra del marido. Si bien no lo dice explícitamente, lo hace deducible pues en la parte final señala que “No podrá ejercitar la acción que concede este artículo, respecto de su marido, la mujer que hubiere sido condenada por adulterio”⁷³. La nueva ley modifica y derechamente reemplaza el artículo, entregando esta facultad a actuar de oficio el Jueces de Menores y elimina la excepción respecto al adulterio.⁷⁴

⁷² Artículo 4. Las medidas precautorias en estos juicios no podrán decretarse por una cuantía mayor que la que corresponda al monto de seis pensiones.

Artículo 4. ° Reemplázase por el siguiente:

"Las medidas precautorias en estos juicios podrán decretarse por el monto y en la forma que el Tribunal determine de acuerdo con las circunstancias del caso"

⁷³ Artículo 11. Será penado con reclusión menor en su grado mínimo, el que estando obligado por resolución judicial ejecutoriada, a prestar alimentos a su cónyuge, a sus padres e hijos legítimos o naturales, a su madre ilegítima o a los hijos ilegítimos indicados en el artículo 280 del Código Civil, y teniendo los medios necesarios para hacerlo, dejare transcurrir tres meses para el pago de una cuota de la obligación alimenticia, sin efectuarla. No podrá ejercitar la acción que concede este artículo, respecto de su marido, la mujer que hubiere sido condenada por adulterio.

⁷⁴ Artículo 11. ° Reemplázase por el siguiente:

"Si, decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria, en favor del cónyuge, de los padres o hijos legítimos o naturales, del adoptado, de la madre ilegítima o de los hijos ilegítimos en los casos señalados en el artículo 280.° del Código Civil, el alimentante hubiere dejado de efectuar el pago de una cuota, podrá el Tribunal que dictó la resolución, a petición de parte o de oficio, sin forma de juicio, apremiar al deudor del modo establecido en el inciso primero del artículo 543.° del Código de Procedimiento Civil.

Si el alimentante justificare ante el Tribunal que carece de los medios necesarios para el pago de una obligación alimenticia, podrá suspenderse el apremio personal".

Artículo 12°: Competencia del Tribunal acerca de la Acción penal. En el texto original el juez competente para conocer de esta acción es el de lo "Criminal"⁷⁵; una vez que se dicta la nueva ley, cambia sustancialmente este asunto. Se entrega la competencia a los Juzgados de Menores, quienes conocerán en "conciencia y sin forma de juicio".⁷⁶

Artículo 13°: El texto original señala la posibilidad de sobreseimiento por medio de la reconciliación⁷⁷, asunto que es sustituido por la "forma para llevar a efecto el apremio".⁷⁸

a.2.- Modificaciones de la Ley 9.293 a la Ley 4.447

Las principales modificaciones introducidas por la ley 9.293 a la Ley sobre Protección de Menores, son específicamente:

-Artículo 24°. Se le entrega la potestad al Juez de Menores para que pueda "ordenar las diligencias e investigaciones que estime conducentes".⁷⁹

-Artículo 26°, Originalmente en este artículo, el Juez del Juzgado de Menores no tenía la potestad de buscar otros mecanismos probatorios para llegar a una acertada resolución.⁸⁰ Mientras que con la modificación, se otorga la facultad para que el juez pueda utilizar mayores medios para el conocimiento de causa: "podrá oír a los funcionarios respectivos o utilizar los medios de información que estime convenientes".⁸¹

⁷⁵ Artículo 12. La acción penal se sujetará a las disposiciones del Título II del Libro III del Código de Procedimiento Penal, y sólo podrá ser ejercida por el respectivo alimentario; su representante legal, la persona a cuyo cuidado esté o la Dirección General de Protección de Menores. Será juez competente el que ejerza jurisdicción en lo criminal en el lugar donde se dictó la sentencia cuyo cumplimiento se persigue.

⁷⁶ Artículo 12. ° Reemplázase por el siguiente:

"Las facultades económicas del alimentante, como también los hechos o circunstancias que aconsejen suspender el apremio, serán apreciados en conciencia y sin forma de juicio por el Tribunal".

⁷⁷ Artículo 13. En los procesos por los delitos de que trata esta ley se sobreseerá definitivamente siempre que mediare reconciliación entre los interesados o que el inculcado satisfaga su obligación alimenticia. Las penas serán remitidas en cualquier momento en que el condenado u otra persona cumpliera la obligación.

⁷⁸ Artículo 13. ° Substitúyese por el siguiente:

"Para llevar a efecto el apremio, el Tribunal que dictó la resolución sobre alimentos ordenará directamente al Cuerpo de Carabineros o a la Dirección de Investigaciones la detención del alimentante".

⁷⁹ Artículo 24. ° Agrégase, a continuación del inciso primero, la siguiente frase: "En el ejercicio de estas facultades podrá el Juez ordenar las diligencias e investigaciones que estime conducentes".

⁸⁰ Art. 26. En los Juzgados de Menores, el procedimiento será verbal y sin forma de juicio. El juez, en todo caso, adoptará sus resoluciones con conocimiento de causa y oyendo a los funcionarios respectivos.

⁸¹ Artículo 26. ° Substitúyese por el siguiente:

"En los Juzgados de Menores, el procedimiento será verbal y sin forma de juicio. El juez apreciará la prueba en conciencia, dictará sus resoluciones con conocimiento de causa y podrá oír a los funcionarios respectivos o utilizar los medios de información que estime convenientes".

-Artículo 27°, sustituye, luego del primer inciso, esto es, la facultad del juez para ordenar la comparecencia de las partes, así como también con medidas de arresto en caso de rebeldía.⁸²

b.- La Ley 11.183 de 1953⁸³, que introduce modificaciones que indica en el Código de Procedimiento Civil. Esta normativa introdujo cambios respecto a las edades sobre la imputabilidad de un menor, se cambia la inimputabilidad o exención de responsabilidad penal de 20 a 18 años, y por tanto, que estarán exentos de responsabilidad criminal los menores de dieciséis y entre dieciséis y 18 años que actúen sin discernimiento. También se agrega que “al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento, se le impondrá la pena inferior en grado mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sea responsable”

c.- La Ley 14.550 de 1961⁸⁴, que Crea los Juzgados de letras de Menores y Modifica leyes que señala. Esta nueva normativa vino a modificar de una forma significativa la relación entre los Juzgados relacionados con la niñez con normas orgánicas y procedimentales. Cómo se verá a continuación, esta ley a tuvo como preocupación central temas de delincuencia juvenil, sin embargo, no se dio del todo en su finalidad cómo se buscaba en el mensaje presidencial de esta ley. No obstante, a las dificultades que se presentaron, fue un esfuerzo importante en cuanto se unifica en una sola ley las leyes anteriores, en cuanto a temas relacionados con los NNA, es decir, que unifica en una sola ley y conocimiento del mismo tribunal materias de Ley de Menores, Ley de Abandono de familia, y el tema del pago de Alimentos.

En primer lugar, como dice su nombre, en el Artículo primero crea los Juzgados de Letras de Menores. La forma en que dispone la Ley 14.550, es la siguiente: Artículo 1°: “los actuales Juzgados Especiales de Menores y los que se creen en el futuro se les denominarán Juzgados de Letras de Menores”. Orgánicamente estos nuevos tribunales conformarían parte del Poder Judicial y dependerán del Código Orgánico de Tribunales

⁸² Agrégase a continuación del inciso cuarto el siguiente:

"El Juez podrá ordenar la comparecencia personal de las partes o de terceros bajo apercibimiento de arresto. En caso de rebeldía, el mismo Tribunal decretará el arresto y lo hará efectivo por medio de la fuerza pública".

⁸³ Ley-11183 10-JUN-1953 MINISTERIO DE JUSTICIA - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional (bcn.cl)

⁸⁴ Ley-14550, Marzo 1961. Ley que Crea Los Juzgados de Letras de Menores y Leyes que señala, Ministerio de Justicia. [en línea] < <https://bcn.cl/2powv>

(COT), y por supuesto, que a las leyes anteriores que no se opongan a este cuerpo normativo. En segundo término, sobre asuntos procedimentales, esta ley modifica el artículo 3 de la Ley 4.447, la cual señalaba hasta entonces que “para efectos de esta ley, se considerará menor a toda persona que tenga menos de veinte años”. Este asunto es controversial, ya que civilmente la mayoría de edad en términos civiles era cumplido los 21 años de edad. La modificación en cuestión se hace en virtud del artículo 19° letra a), sustituyendo el artículo mencionado anteriormente a “La presente ley se aplicará a los menores de veintiún años de edad”. Por tanto, esta ley viene a unificar el criterio y concordar con la minoría de edad entre las normas civiles y de menores.

Por último, también como asunto procedimental y siguiendo el artículo 19 de la ley 14.550, que cambia o agrega contenido a la ley 4.447, en la letra “K”, señala que, en virtud de la letra j), que se agregan artículos nuevos, y para efectos de este trabajo, es importante mencionar el segundo artículo que se agrega, esto es, el Derecho y Garantía de los menores acusados a “ser oídos” antes de aplicar una medida de protección.⁸⁵

d.- Ley 16.618 de 1967, Original⁸⁶

Finalmente, luego de una serie de modificaciones y agregación de otras normativas, esta ley viene a reemplazar la primera Ley de Menores del país y es preciso mencionar, a pesar de los cambios, que se mantiene en cierta parte vigente en Chile.

Se caracteriza por mantener las ideas doctrinarias que se venían dando hasta esa época, como es la condición de situación irregular de los NNA y la labor que tiene el estado de tutelar a “estos menores objetos de protección”.

Se establecieron nuevas instituciones estatales que se encargaron de la protección de la infancia y adolescencia, que se analizarán en el siguiente apartado por ser un periodo

⁸⁵ Ley N. ° 14.550, artículo 19 letra j), inciso cuarto al sexto: "Artículo... El Juez de Letras de Menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además, de los informes que solicite a los Asistentes Sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios.

Podrá también utilizar todos los medios de información que considere adecuados, quedando obligados los funcionarios fiscales, semifiscales, de empresas del Estado o establecimientos particulares subvencionados por éste, a proporcionarlos cuando les sean solicitados para los efectos de la presente ley.

Los menores no necesitarán de representante legal para concurrir ante el Juez de Letras de Menores."

⁸⁶ Ley 16.618, Marzo 1967. Fija texto definitivo de la Ley de Protección de Menores, Ministerio de Justicia. [en línea] < <https://bcn.cl/2fb25>

complejo dentro de nuestra historia nacional y que por tal requiere de una atención especial.

2.4.- Ley 16.618: Ley de Menores de 1967: Periodo pre autoritario e influencia de la Dictadura en Infancia y Adolescencia.

-Periodo pre autoritario. Antecedentes de la dictación de la Ley 16.618

Contextualizando la época de la dictación de esta ley, se debe mencionar algunos asuntos relevantes. A nivel internacional nos encontramos en un periodo post Segunda guerra mundial, es decir que, el mundo estaba polarizado y en pleno periodo histórico conocido como Guerra fría. No obstante, la comunidad internacional, ya estaba dando grandes pasos para la protección de la infancia y adolescencia, pues como vimos con anterioridad a la fecha se había hecho ya la “Declaración de los derechos del Niños” de 1924. Sin embargo, aún no se supera del todo la doctrina de la situación irregular por lo que sigue operando el Estado como protector de los niños, niñas y adolescentes en situación irregular o encargado de tutelar sus derechos.

Por otro lado, en el ámbito nacional, nos encontrábamos en una situación en la que el Derecho de la Infancia y Adolescencia ha avanzado de buena forma, “el patrón constante a lo largo de su historia ha sido dar un tratamiento cada vez más especializado a los problemas de la infancia”.⁸⁷ Con anterioridad a la dictación de esta ley, el Ejecutivo hace varias modificaciones administrativas. Así las cosas, durante los Gobiernos Radicales que dirigió la República de Chile⁸⁸ se impulsó un modelo conocido como “Estado de Bienestar”, que como concepto general, es el Estado es quien asume un rol importante en las políticas económicas y se promulgaron varias leyes sociales. A modo de ejemplo, para efectos de este trabajo, en el año 1942 bajo el Gobierno del Presidente Juan Antonio Ríos se crea la

⁸⁷ Palomer, R. Nalda, año 2016. Título de la tesis: La eficacia del procedimiento de medidas de protección del niño, niña o adolescente Memoria. Página 50. [En línea]<<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139341/La-eficacia-del-procedimiento-de-medidas-de-protecci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-ni%C3%B1a-o-adolescente.pdf?sequence=1>

⁸⁸ Se entiende por Gobiernos radicales, a un periodo histórico entre los años 1938 y 1952, en el cual el Partido Radical (PR) sostuvo el gobierno de Chile. El PR ganó tres elecciones consecutivas: a. Pedro Aguirre Cerda entre 1938-1941; b. Juan Antonio Ríos entre 1942-1946; y Gabriel González Videla entre 1946-1952.

Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia (PROTINFA), a través de una fusión, mediante Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social⁸⁹, de la Dirección General de Protección de Menores con otros servicios médicos asistenciales. Así dispone en su artículo quinto del cuerpo normativo aludido anteriormente, por primera vez de forma explícita el término de niños en “situación irregular”, dispone en su artículo quinto que: “Para los fines de protección y auxilio que establece el presente decreto orgánico se entenderá que un menor se encuentra en situación irregular cuando su adaptación social sugiere alteraciones, se encuentre material o moralmente el abandono o en peligro de estarlo, o hubiere delinquido cualquiera sea su estado civil”. Cabe destacar que con la fusión o creación de esta institución “el campo especializado de atención a la infancia se desplazó primero del ámbito jurídico al ámbito médico”.⁹⁰

A pesar de las buenas intenciones, la PROTINFA tuvo una duración efímera, pues hubo una pugna por la competencia entre los ministerios⁹¹ que trataban NNA, y por supuesto por la falta de medios que permitieran al otrora Ministerio de Salud de implementar políticas públicas para solucionar los problemas de la infancia y adolescencia. Entre otras razones y todo en beneficio de los NNA, el mismo Ministerio de Salud solicita en el año 1960 la creación de una Comisión Interministerial, conformada por los ministerios de Interior, de Educación, de Justicia, de Salud, de Trabajo y Previsión social, además de expertos en la materia, para darle un enfoque multidisciplinario para la protección de los Menores en Situación irregular.⁹² La principal importancia de esta Comisión fue el restablecimiento de un organismo especializado, la cual es el antecedente directo del Consejo Nacional de Menores.

-Dictación ley 16.618 de 1967

⁸⁹ Decreto con fuerza de Ley N°7 del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, 1942. DFL que Crea la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia.

⁹⁰. Servicio Nacional de Menores (SENAME), El Observador, p. 83. [en línea] <https://www.sename.cl/wsename/images/el_observador_1.pdf> [consulta: octubre, 2023].

⁹¹ C. Urrutia, Niños de Chile. Colección Nosotros los Chilenos, Editorial Quimantú, junio de 1972. Editorial del diario La Nación, del 5 de agosto de 1957: “constituyó un grave error haber ubicado los servicios de reeducación de menores en la compleja y pesada estructura del Servicio Nacional de Salud. Al parecer, influyó en la determinación aludida un criterio eminentemente médico en el enfoque de los problemas de la minoría de edad desamparada. No se explica de otra manera que los establecimientos y organismos que antiguamente corresponden al Departamento de Menores en situación irregular de PROTINFA aparezcan en la actualidad diluidos en unidades de tipo sanitario”

⁹² Fuenzalida, Daniela. “Protección jurídica y social de la infancia: Situación actual en Chile desde la perspectiva del Derecho Público”. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2014. Página 72-73

Con la dictación de la Ley 16.618 de 1967, la segunda ley de menores en el país aquella que se encuentra vigente, sin perjuicio de sus modificaciones sustanciales, en sus inicios viene a plasmar la doctrina de la situación irregular. O sea, un sistema tutelar que se acercaba a un sistema de autoridad, sancionatorio o correccional. Lejos de ser un sistema que fuera significativo para la protección de los infantes y adolescentes, pasó a ser uno en el cual se ven abusos de autoridad, además de mantener las mismas medidas o soluciones a los niños infractores de ley y aquellos que se les consideraba una “infancia desvalida”.

Esta ley crea dos instituciones:

a) Título I: Del Consejo Nacional de Menores.

La ley 16.618 dentro de los artículos 2 al 14, dispone la creación, funcionamiento y orgánica del Consejo Nacional de Menores (en adelante CONAME), corresponde a un servicio público dependiente del ministerio de Justicia, al cual le asigna la tarea de propiciar y coordinar medidas para brindar asistencia, protección y rehabilitación para con los NNA.

La CONAME, 1967, también viene a definir lo que sería considerado quienes se entenderán en estar en situación irregular: “Menores que presenten graves problemas derivados del ambiente y leves problemas conductuales. Menores que sufren alguna irregularidad física o psíquica que les van a producir una inadaptación social. Menores en conflicto con la justicia. Menores cuya irregularidad está condicionada por problemas económicos. Menores en peligro moral.”

b) Título II: De la Policía de Menores

Más adelante en la misma Ley, entre los artículos 15 al 17, dispone la Creación de la “Policía de menores”. Así dispone en el artículo 15 que: “Créase en la Dirección General de Carabineros un Departamento denominado “Policía de Menores”, con personal especializado en el trabajo con menores.”

Este departamento nace con fines de prevenir la delincuencia juvenil, recoger a menores en situación irregular y llevar a cabo las órdenes judiciales emanadas de los tribunales.

En consecuencia, la ley 16.618 viene a fijar un texto definitivo de la Ley N° 4.447, ambas herederas de la tradición legislativa que sigue un modelo tutelar del Estado, o sea, la doctrina de la situación irregular. Esta legislación lejos de llegar a un óptimo, en materias acerca la protección de la vulneración de derechos en contra de la infancia y adolescencia pasó a ser medios arbitrarios y abusivos que tuvo la administración y tribunales. “La pobreza y el desamparo se castigaban mediante procesos que no guardaban el mínimo de respeto de los derechos humanos. Se exoneró a la sociedad y a la familia de cualquier responsabilidad con respecto a las condiciones de niñas, niños y adolescentes y el Estado asume la tutela”⁹³. Sin perjuicio de esto, y lo crítico que se es en este trabajo con la doctrina en cuestión, podemos decir que fue el primer eslabón en orden legislativo para darle un tratamiento adecuado en los procedimental y de conocimiento especializados en la materia.

-Influencia de la dictadura e implantación del modelo Neoliberal en materia de Infancia y Adolescencia

Para contextualizar, este periodo se sostiene desde el año 1973 hasta el año 1990. Sin ánimos de polemizar sobre este periodo de oscuridad en Chile, sea como dicen algunos sobre un “Régimen” y otros, como una Dictadura militar. Hay asuntos que son objetivos, esto es, sobre cuál fue la política pública en cuanto a la infancia y adolescencia. No es nada nuevo comentar que la Junta militar de Gobierno viene a imponer una ideología radicalmente distinta a la que se venía gestando durante esos años, me refiero a la idea de implantar a la fuerza un sistema económico Neoliberal, esto “En lo central, esta perspectiva sostiene que el libre mercado es el mejor espacio para la asignación e intercambio de los recursos económicos y, por lo mismo, su aplicación fue presentada a mediados del siglo

⁹³ FREITES, Luisa. 2008. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Apuntes Básicos. [En línea] Revista Educere 2008 12 (42)

XX como una alternativa ante la ineficiencia de la intervención del aparato público estatal en la coordinación económica.”⁹⁴ Para efectos de este trabajo, se reduce a que el estado asume un rol subsidiario ante la iniciativa privada, “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)”.⁹⁵ El efecto directo de este nuevo modelo fue que el Estado disminuye su aporte e influencia en políticas públicas, como ya se mencionó asume un rol subsidiario, esto es que a falta de particulares o el sector privado le sea atractivo un área para comerciar, el estado podrá recién entrometerse. En definitiva, el modelo desencadenó grandes cambios producto de la privatización de las prestaciones sociales, como por ejemplo en la educación, salud, previsión social, y como tal, el Estado deja de administrar los centros e instituciones de residencia que trabajan con la infancia y adolescencia, y las coloca en manos de privados, todo esto a través de un financiamiento estatal vía subvenciones a aquellos particulares. Como dice CILLERO, “más que una preocupación por la infancia se busca la eficiencia administrativa y económica y se olvidan algunas características propias del sistema de menores”⁹⁶.

Situación especial es la que tiene lugar el SENAME, pues se transforma en una institución en la cual se han documentado una serie de vulneraciones de derechos a NNA. Sean estos de forma particular, o como se presenta en este trabajo, como un sistema en sí mismo vulnerador de derechos. Por su relevancia, más adelante se le dará un apartado especial abordando sus reformas y qué es lo que es hoy en la actualidad.

Otro asunto importante que no se puede dejar sin señalar, son las violaciones a los derechos humanos que se vivió en la época de la dictadura. Deduciendo datos objetivos sin adentrarnos en casos concretos, es que durante esa época existe, entre otras: una

⁹⁴ BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. Conformación de la ideología neoliberal en Chile (1955-1978). Memoria Chilena. Disponible en <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-31415.html>. Accedido en 13/10/2023.

⁹⁵ GONZÁLEZ URRUTIA I.P. Y CASTELLANO VELMAR A.V. El principio del interés superior del niño: análisis desde la mirada del derecho internacional en su evolución y aplicación al derecho chileno. (2020). <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176583/El-principio-del-interes-superior-del-ni%C3%B1o-analisis-desde-la-mirada-del-derecho-internacional-en-su-evolucion-y-aplicacion-al-derecho-chileno.pdf>

⁹⁶ CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. p. 115

ausencia de democracia, violencia política y ausencia del respeto de los derechos humanos, que también fueron víctimas NNA. En ese contexto, es posible imaginar cómo la situación de violencia generalizada afectó la vida cotidiana de los niños y jóvenes chilenos, no solamente aquellos provenientes de familias afectadas directamente por la represión política, sino también por la atmósfera represiva ineludible que impregnó la convivencia nacional, marcada por allanamientos masivos, enfrentamientos, balacera nocturnas, patrullaje, ostentación intimidante de fuerzas militares en las ciudades, ostentación de armamentos pesados, entre otros.⁹⁷

Finalmente, la particularidad de la época y tendencias a la privatización de sectores de la economía que hasta entonces se hacía cargo el estado, no se destacan mayores acciones en el campo legislativo ni de políticas públicas dirigidas a la infancia y adolescencia. Es más, a principios de los años 90 las condiciones de pobreza de los NNA son sumamente crítica, según datos de la UNICEF: “extremadamente negativa era la situación de niños y adolescentes, ya que el 50,7% de ellos vivía en condiciones de pobreza al inicio de los años 90”⁹⁸

2.5.- Período post autoritario: Ratificación e influencia de la Convención: “Adecuación legislativa” en post de la niñez y adolescencia.

Con la vuelta a la democracia en el año 1990, luego del referéndum chileno de 1988 y las elecciones parlamentarias y presidenciales en 1989, bajo el Gobierno del presidente de la República Patricio Aylwin se dan los primeros pasos en miras de un nuevo modelo o sistema en que debe avanzar Chile, en el que la comunidad internacional ya estaba bastante avanzado y por el que presionó durante los años de dictadura. Como primer paso, me refiero a la aprobación y ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos

⁹⁷ TODELO Q., Ida, y ZÚÑIGA C., Lina. La defensa de los derechos del niño: antecedentes históricos desde la perspectiva de Chile. Capítulo III. La situación del niño durante la dictadura militar (1973-1990). Serie Estudios y Experiencias. Fundación PIDEA. Santiago, Chile. Mayo 1991.

⁹⁸ TELLO Cristóbal. 2003. Niños, adolescentes y el sistema Chile Solidario: ¿una oportunidad para constituir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile? [En línea] Revista de Derechos del Niño, UNICEF N° 2. pp. 9-52. http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf. p. 16. [Consulta: 04 junio 2014]. p. 16

del Niño, con lo que Chile se compromete a efectuar cambios en su legislación en función de adecuarla a lo señalado en el artículo 4° de la Convención.⁹⁹

Como se señaló anteriormente la aprobación internacional de la Convención hay un cambio de paradigma de una doctrina de la situación Irregular a una doctrina de Protección integral de los NNA, asunto que se da por reproducido en este apartado. Por ende, y como también se vio con anterioridad, Chile hasta aquella época mantenía una regulación que miraba muy de cerca la “situación irregular” por lo que se deben hacer varios cambios en su legislación.

Dichos cambios se caracterizaron por algunos pilares claves que exige este nuevo paradigma, estos son: a) Nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, b) Establecimiento de una Política Nacional de Infancia y la Adolescencia, c) Adecuación normativa, d) Readecuación Institucional: Reforma del SENAME.

El primer punto se da por reproducido en el subcapítulo de la Convención. El segundo, sobre una Política nacional de la Infancia y Adolescencia tiene como objeto desarrollar una visión de futuro del tratamiento para con los NNA. Trazando objetivos, necesidades y adopción de medidas progresivas para un mejor cumplimiento de la Convención, así como satisfacer sus necesidades. En síntesis, es un instrumento de planificación intersectorial en la gestión pública, que constituye las bases sobre las cuales deben transitar en el corto y mediano plazo las políticas públicas hacia la infancia y la adolescencia¹⁰⁰.

Sobre el punto c) y d), sobre la “Adecuación normativa” y “Readecuación Institucional”, debemos darle un tratamiento particular, el cual se hará un análisis sobre las últimas legislaciones y cambios institucionales en el capítulo siguiente.

⁹⁹ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 830, que promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Versión de 27 septiembre de 1990. Artículo 4.

¹⁰⁰ SERVICIO NACIONAL DE MENORES, informe Nacional de los Representantes Gubernamentales, Chile, 78° Reunión del Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño, Santiago de Chile, 4-6 de junio de 2003, p. 24

Ahora bien, respecto a la adecuación normativa, con la promulgación y ratificación en Chile de la convención, existen varios cambios a nivel legislativo, todos en post del principio de Interés Superior del Niño. Como se ha mencionado, nuestra legislación seguía la corriente de los NNA como objeto de protección, por ende, se hacen paulatinamente y con bastante recelo del mundo conservador, reformas a la Ley 16.618 de 1967 o Ley de menores, así como también al Código Civil y leyes complementarias de filiación¹⁰¹ que termina con la discriminación arbitraria que se hacía los NNA respecto a su origen familiar; también en virtud de la Ley N° 19.617, que modifica el Código Penal, el de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales sobre Delitos Sexuales; la Ley 19.620 del año 1999 sobre adopción de menores, entre otras. Todas aquellas, cambios específicos o particulares en distintas materias, sin embargo, aún existía un vacío y contradicción entre el avance del derecho sustantivo y el ámbito procedimental. Por lo anterior, luego de varios años de debate, desde el año 1993 en el cual la Comisión Nacional de Familia ya acusaba estos conflictos, debieron pasar cinco años más tarde ingresa el primer proyecto de ley presentado por el Ejecutivo¹⁰². Este proyecto, tenía como objeto presentar un nuevo sistema procesal para regular materias de familia, un sistema que favoreciera soluciones pacíficas, cooperativas y alternativas, favoreciendo la intermediación, acrecentara el acceso a la justicia, una jurisdicción con carácter interdisciplinario, modernización, entre otros. En torno a esos objetivos, se tuvo que esperar hasta la promulgación de la Ley 19.968 en el año 2004 que crea los Tribunales de Familia.

La dictación de esta nueva ley significó el abandono del paradigma de la situación irregular, se había adecuado el sistema procesal a los estándares internacionales que exige la Convención, no obstante, faltan elementos para un sistema verdaderamente eficaz: “la readecuación Institucional”, esto es, netamente una reforma al interior del SENAME, creación de nuevos organismos y Centros de protección especializada, hasta llegar a las Leyes de la Mejor niñez y luego la que crea un Sistema de Garantías y Protección integral de derechos.

¹⁰¹ Ley N° 19.585, de 1990. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación. [en línea] <<https://bcn.cl/2fcv6> > [consulta octubre de 2023].

¹⁰² TURNER SAELZER, Susan. 2002. Los Tribunales de Familia. *Ius et Praxis* [en línea]. ISSN 0718-0012. > https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-0012200200013&script=sci_abstract [consulta octubre de 2023]. p. 1

Así las cosas, con en el año 2005 se dicta la Ley 20.032 que regula el Régimen de aportes financieros del Estado a los colaboradores acreditados. En términos generales, en el artículo 1° del texto original, dispone que: “esta ley tiene como objeto establecer la forma y condiciones en que el Servicio Nacional de Menores, en adelante SENAME, subvencionará a sus colaboradores acreditados. En segundo término, con la entrada en vigencia de esta ley, durante el año siguiente, en el año 2006 se implementan 102 Oficinas de Protección de Derechos (OPD)¹⁰³ del Niño, niña y adolescente, cuya definición la señala en el artículo 4°: “Instancias de atención ambulatoria de carácter local, destinadas a realizar acciones encaminadas a brindar protección integral a los derechos de niños niñas y adolescentes, a contribuir a la generación de condiciones que favorezcan una cultura de reconocimiento y respeto de los derechos de la infancia”.

Las OPD nacen en virtud de la nueva normativa que mira como objetivo a seguir los lineamientos que exige la Convención luego de haberla ratificado y mantenerla vigente. Desde los años noventa, desde la aprobación de la Convención fue posible darse cuenta de una falta de mecanismos de acción para la protección de la niñez, pues el SENAME no era capaz de darle solución a la infancia y adolescencia.

Entre los años 2006 y 2009¹⁰⁴, se realiza un proceso de evaluación por parte del SENAME, resultado del cual se toman decisiones para el siguiente trienio entre el 2009 y 2012 en que, “si bien existían procesos de avance en torno a los sistemas locales de protección de derechos, era necesario seguir fortaleciéndose”¹⁰⁵. En el Año 2015, luego de las evaluaciones, se decide fortalecer la OPD con la mira puesta en la desjudicialización del sistema, es decir que, exista un sistema administrativo más robusto y especializado en

¹⁰³ Servicio Nacional de Menores. (2019). *BASES Y ORIENTACIONES TÉCNICAS LÍNEA DE ACCIÓN OFICINAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES* Correspondiente a la Ley 20.032 y su Reglamento. P. 3. [en línea]. <https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2019/05/Orientaciones-Tecnicas-OPD.pdf> [consulta: octubre 2023].

¹⁰⁴ Durante el trienio 2006- 2009 de implementación de las OPD, se realizaron investigaciones encargadas por SENAME a diversas consultoras. Así fue realizado el estudio “Modelo de Gestión para el Desarrollo de un Sistema Local de Protección de la Infancia-Adolescencia”, socializado en el Encuentro Nacional OPD (2008) y cuyos resultados se materializaron en el libro: *Enfoque de Derechos o enfoque de Necesidades*, Sename--CIDPA (2008).

¹⁰⁵ Servicio Nacional de Menores. (2019). *BASES Y ORIENTACIONES TÉCNICAS LÍNEA DE ACCIÓN OFICINAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES* Correspondiente a la Ley 20.032 y su Reglamento. P. 6. [en línea]. <https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2019/05/Orientaciones-Tecnicas-OPD.pdf> [consulta: octubre 2023].

lugar de someter a los NNA a un sistema judicial. Esto es, promover habilidades parentales, promoción de derechos, participación sustantiva de NNA, así también la rearticulación de instituciones y la red para llegar a más comunas del país.

En el año 2021 con la ley 21.302 se crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y adolescencia, cuya misión se señala en el artículo segundo: “tendrá como objeto garantizar la protección especializada de niños, niñas y adolescentes gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, entendida como el diagnóstico especializado, la restitución de derechos, la reparación del daño producido y la prevención de nuevas vulneraciones”. Luego en el año 2022 se dicta la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección integral de los derechos de la Niñez y adolescencia, que según el artículo primero señala que: “tiene por objeto la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos por la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y se encuentren vigentes y en las leyes”.

En los capítulos siguientes, se abordará el Sistema de Protección de derechos de los NNA frente a vulneraciones de derechos. Se podrá evidenciar un entramado de legislaciones e instituciones que han aportado a diversas soluciones, así como los desafíos que se han presentado y cómo el Estado de Chile ha sido señalado por la Comisión de los derechos de los NNA como un país con una problemática grave y sistemática. Por ende, se expondrá un acercamiento y evolución acerca de lo que le llamo: “Un largo camino para una Mejor Niñez”.

CAPÍTULO III: ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN ANTE VULNERACIÓN DE DERECHOS: PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA Y JURISDICCIONAL. UN LARGO CAMINO PARA LA “MEJOR NIÑEZ” COMO ANTECEDENTE DE LA LEY 21.430

El sistema de protección de la infancia y adolescencia en Chile se constituye de variadas normativas y una orgánica de instituciones que buscan dar el soporte necesario para cumplir con los estándares internacionales y por sobre todo para “una mejor niñez”. A la luz de lo dicho anteriormente, existen dos poderes del estado que intervienen directamente en el tratamiento de las vulneraciones de derechos en contra de NNA, estos son, el poder judicial a través de los Tribunales de Familia, y el poder ejecutivo o administrativo a través del Servicio Nacional de Menores, sus Organismos Colaboradores Acreditados y, a partir del año 2021, del Servicio Nacional de Protección especializada a la Niñez y Adolescencia. Ley que, al igual de las venideras en el futuro, aporta y mejora nuevas instituciones para un mayor y mejor protección a la infancia y niñez.

3.1 Derechos jurídicamente protegidos en Chile: Instrumentos internacionales y Legislación Nacional.

3.1.1. Instrumentos Internacionales.

Como ha sido mencionado anteriormente en el apartado de la Convención, Chile ha ratificado y mantiene vigente este tratado internacional. Es decir que, a partir de lo señalado del artículo quinto inciso segundo de la Constitución Política de la República de 1980, “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos. garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Así también lo reconoce en las leyes 21.302 y 21.430, ambas lo señalan explícitamente a partir del objeto que tiene cada ley en cuanto a la institución creada y la protección integral para con los derechos

humanos de los NNA, la primera en el artículo segundo inciso dos¹⁰⁶; y la segunda, en el artículo primero en su primer inciso¹⁰⁷. Dicho esto, es posible mantener la idea de que los tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y para efectos de este trabajo, la Convención de Derechos del Niño, deben ser considerados como ley en nuestro país.

Mirando la fuente de estos instrumentos anteriormente mencionados, son relativos al respeto de los derechos humanos. Los 3 primeros siguen principios fundamentales como el de la Universalidad, Rendición de Cuentas, Indivisibilidad y Participación, y el último se entiende que son derechos humanos aplicados a los NNA por razones ya explicadas, como la condición de vulnerabilidad de los niños, entre otros.

De forma específica, Chile al haber ratificado estos tratados internacionales y mantenerlos vigentes se obliga a lo siguiente:

- a. Universalidad: Los derechos no se aplican de manera diferente a los miembros de las distintas culturas o tradiciones.¹⁰⁸ La universalidad persigue la idea central del principio de la “no-discriminación” que es el corazón del concepto de derechos humanos. Importante asunto, pues todos los niños y niñas deben ser considerados como iguales, es decir, que tienen los mismos derechos. Así como los NNA por edad, condición, religión, etc.

¹⁰⁶ Ley 21.320 Artículo 2°: Objeto. El Servicio tendrá por objeto garantizar la protección especializada de niños, niñas y adolescentes gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, entendida como el diagnóstico especializado, la restitución de los derechos, la reparación del daño producido y la prevención de nuevas vulneraciones.

Lo anterior, se realizará asegurando la provisión y ejecución de programas especializados para abordar casos de mediana y alta complejidad.

¹⁰⁷ Ley 21.430 Artículo 1°, inciso 1: Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Save the Children (2002). Programación de los Derechos del Niño. P.14. [En línea] <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/29378.pdf>> [consulta enero de 2024].

- b. Rendición de cuentas: En cuanto los estados ratifican los instrumentos antes mencionados, se hacen responsables ante todos los ciudadanos, NNA y la comunidad internacional. Se les reconoce a los NNA como sujeto de derechos, y es el Estado el que debe garantizar aquellos que habiten el país. En definitiva “el Estado deberá respetar los derechos del niño introduciendo una legislación adecuada, proteger los derechos de los niños frente a cualquier violación por un tercero, hacer cumplir los derechos de niño tomando medidas efectivas y apropiadas”¹⁰⁹.
- c. Indivisibilidad: “Los derechos humanos son indivisibles, interdependientes y se encuentran interrelacionados”¹¹⁰. Se debe aplicar un enfoque integral para con los NNA, sin dejar de lado que las necesidades son ilimitadas y los recursos limitados, por lo tanto, de todas formas se deben establecer prioridades.
- d. Participación: Todos los seres humanos tienen derecho a participar en la vida social, política y cultural de una sociedad. El estado está obligado a promover la participación de las personas en todas las esferas de la vida, entendiendo que la participación de los niños es una meta en sí misma. Se les reconoce a los niños como actores sociales tanto al nivel de sus propias vidas como a escala social.¹¹¹
- e. Monitoreo: La Convención ha realizado un avance importante en este aspecto, pues “el uso de mecanismos de monitoreo y la elaboración de informes de la CDN es un medio clave para promover y hacer cumplir las obligaciones por parte del Estado” (cita p18). Para esta labor se creó el Comité de los derechos del niño, el cual trabaja de forma independiente con 10 expertos en la materia. Se materializa en que una vez que un Estado ratifica la CDN, este debe elaborar dentro de dos años un informe y reportarlo al Comité, para luego continuar haciéndolo cada cinco años. Asimismo el comité elabora guías y recomendaciones de los datos que deben contener esos informes.

Siguiendo la línea o propuesta de la Convención, la bajada de la estructura normativa a los Estados partes que mantienen vigente la convención viene dada por medio de distintas organizaciones que trabajan de la mano con la Organización de Derechos Humanos bajo el concepto de aplicar un “Enfoque de Derechos”, ejemplo de esto, podemos nombrar el

¹⁰⁹ Idem

¹¹⁰ Idem

¹¹¹ Idem

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, conocido internacionalmente como UNICEF, el cual tiene como objetivo trabajar para con los derechos de los NNA y cuidar de los más pequeños de todo el mundo. Otro ejemplo, es “Save the Children”, organización no gubernamental que nace con su fundadora Eglantyne Jebb,¹¹² luego de la primera guerra mundial, con la finalidad de llegar a millones de niños hambrientos, huérfanos y refugiados por todo Europa.

-Enfoque Basado en los Derechos de la Niñez

El enfoque basado en los Derechos de la niñez, o como se entenderá de aquí en adelante, un enfoque de derechos, “es un marco teórico que busca orientar las acciones necesarias para dar cumplimiento a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes”.¹¹³ Desde un punto normativo el enfoque de derechos se basa en que los Estados partes deben adecuar sus disposiciones, legislación e instituciones a los lineamientos que exige la Convención. Los Estados partes tienen la obligación de reconocer a los NNA como sujetos de derechos, tienen la responsabilidad de ser garante de sus derechos, y asimismo, los mismos NNA deben tener las instancias para exigir el cumplimiento de los mismos. Así es como en el año 2021 en primer lugar la Ley 21.302 que Crea el Servicio Nacional de Protección especializada a la niñez y Adolescencia y un año más tarde la Ley 21.430 sobre Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, siguiendo los parámetros y exigencias de la Convención, modifican sustancialmente el modelo ajustando el sistema, en general a uno mucho más cercano a una doctrina de la protección integral, al menos en lo doctrinario y lo que se plasma en la ley, sin perjuicio del funcionamiento en la realidad que es lo que se pretende analizar.

Ahora bien, para explicar el funcionamiento del sistema se verá la institucionalidad que existe en la actualidad acerca de los NNA, esto a partir de la legislación que existe

¹¹² Save the Children. Eglantyne Jebb: La Mujer que salvó a los niños. <https://www.savethechildren.es/centenario/100-anos-de-historia>

¹¹³ UNICEF (2022). El Enfoque Basado en los Derechos de la Niñez. P.5. [En línea] <<https://www.unicef.org/chile/media/7021/file/mod%201%20enfoque%20de%20derechos.pdf>> [consulta enero de 2024].

antes y después de las leyes 21.302 y 21.430, cuáles son los cambios o adaptaciones, objetivos, finalidad y sus características.

3.1.2. Legislación Nacional acerca de la niñez y adolescencia.

3.1.2.1 Antecedentes Sobre el actual Sistema de protección ante Vulneraciones de Derechos

Luego de 25 años de la aprobación y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en Chile, en el año 2015 mediante mensaje presidencial¹¹⁴ con el que Inicia un proyecto de Ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. Dentro de los fundamentos del entonces proyecto de ley es justamente que la misma Convención al adherirnos a ella, el país como Estado asume la obligación de adoptar medidas administrativas, legislativas y de cualquier índole que sean necesarias para cumplir con la misma.

Siguiendo esta línea, algunas ya mencionados con anticipación, hasta antes de la Ley 21.430 se hicieron avances significativos para acercarnos a lo que exige la convención, por ejemplo: Ley 19.585 de 1998 que consagra la igualdad filiativa de los hijos, reformas que establecen la obligatoriedad en la educación media y del segundo nivel de transición, se ratifican protocolos facultativos de la Convención relativos a participación de niños en conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía en el año 2003; Ley 19.968 sobre la implementación de una justicia especializada en materias de Familia, Ley 20.536 sobre la creación del Sub Sistema de Protección integral a la Infancia Chile Crece Contigo, entre otras. Sin embargo, estos avances no fueron suficientes para garantizar efectivamente los derechos de los niños.¹¹⁵

¹¹⁴ Mensaje presidencial, Sesión 72. Legislatura 363. De fecha 21 de septiembre de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

¹¹⁵ Historia de la Ley N° 21.430 de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, Mensaje Presidencial. P.5. Publicada el 15 de marzo de 2022, según la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

-Contenido e ideas Matrices del Proyecto.

Considerando la Historia de la Ley 21.430, en el primer mensaje Presidencial ya se “establece un sistema de políticas públicas, instituciones y normas destinadas a velar por el pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños denominado “Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez”. Este cuerpo normativo se dividiría en cinco títulos: I. Cuestiones preliminares; II. Principios, Derechos y Garantías; III. Sistema de Protección Administrativa y Judicial; IV. Institucionalidad; y V. De la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción.

En definitiva, esta ley esperaba crear un Sistema de Garantías para con los NNA, con el fin de su protección integral, respetando los tratados internacionales que se encuentran vigentes. Se trata de un cambio que requiere una intervención del estado en distintos niveles de acción, esto es, un enfoque en que se reconocen derechos y garantías a la infancia y adolescencia, la necesidad de contar una Ley Marco como base general es un sistema Integral de garantías, una conducción y tratamiento sobre materias de infancia y adolescencia de forma conjunta con otros Ministerios o Interministeriales, creación de nuevas Instituciones, desjudicialización y medidas de protección por la vía administrativa, entre otros.

No está demás decir que esta nueva ley tiene como objeto perseguir un abandono definitivo de la concepción tutelar del estado, por ende una derogación definitiva de la Ley 16.618 sobre Ley de Menores. Así las cosas, pasar de una vez por todas luego de 25 años a una concepción de una Protección integral para con los NNA. No obstante a esta necesidad imperiosa de cambio y propuesta a través del mensaje presidencial, no fue hasta el año 2022 que se promulgó finalmente como Ley 21.430.

Sin perjuicio de la demora en la promulgación de la Ley de Sistema de Garantías y Protección integral de los Derechos de la niñez y adolescencia, hubo varios avances legislativos en materia de Derecho de Familia y específicamente en asuntos relacionados con la infancia y adolescencia:

a) Ministerio a cargo: Para contextualizar, es necesario señalar que, cronológicamente, en octubre del año 2011 se crea mediante la Ley 20.530 el Ministerio de Desarrollo Social. Cartera ministerial que viene a reemplazar el Ministerio de Planificación y Cooperación, de manera que se amplían sus facultades y roles, “posicionándose como el ente coordinador de todas las políticas sociales de nuestro país, articulando iniciativas interministeriales y fiscalizando su funcionamiento”.¹¹⁶ Pasando al punto, en abril del año 2019 se promulga la Ley 21.150 que viene a modificar la Ley 20.530 y crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el cual “velará por la coordinación, consistencia y coherencia de las políticas, planes y programas en materia de equidad o desarrollo social, a nivel nacional y regional, desde un enfoque familiar y de integración social. Por enfoque familiar se entiende la implementación de políticas sociales que pongan foco en las familias y en su entorno territorial, social y sociocultural.”¹¹⁷ En estos planes y programas, el Ministerio deberá velar por que se implementen en forma descentralizada, o desconcentrada en su caso, preservando la coordinación con otros servicios.

Además viene a aportar con una definición que hasta el momento no se disponía en nuestra legislación: “3. Modifícase el artículo 2 de la siguiente forma: a) agréguese el siguiente numeral 1), nuevo, pasando los actuales 1), 2) y 3) a ser numerales 2), 3) y 4), respectivamente:

"1) Familia: núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos."

b) Creación de nuevas Instituciones. Durante el transcurso de la estancia en el Congreso Nacional del entonces proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías para la protección integral de NNA, existen urgencias que no pueden esperar relacionadas a la

¹¹⁶ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (s.f.). Historia. Recuperado el 15 de octubre de 2021, de <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/historia>

¹¹⁷ Ley 211.150 que Modifica la Ley 20.530 y Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2019). Resumen de la Ley. [En línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1130640>>. [consulta enero de 2024].

niñez y adolescencia, asimismo UNICEF señala que Chile es el único país de América Latina que no cuenta con una ley o un código de protección integral para niñez.¹¹⁸ Bajo esta premisa, en la necesidad de modernizar el sistema de protección, prevención y garantía en caso de la vulneración de derechos, en el año 2018 se dicta la Ley 21.067 que crea la Defensoría de la Niñez¹¹⁹ y la Ley 21.090 que crea la Subsecretaría de la Niñez.¹²⁰ Ambas instituciones con la mira puesta en el Sistema de protección integral de la niñez y adolescencia, si bien aún no se terminaba de discutir y ser promulgada la ley, ya estaban sentadas las bases y la dirección que deben ir estas nuevas instituciones. En el siguiente apartado se verá en más detalle la Ley y su funcionamiento, por el momento me remito a señalar que la Defensoría de la Niñez tiene por objeto principal la difusión, promoción y protección de derechos del niño; y por otro lado, la Subsecretaría de la Niñez tiene como función principal es colaborar con el Ministerio de Desarrollo Social y Familia en la promoción y protección de los derechos de los NNA.

En mes de enero del año 2021 se publica la Ley 21.302 que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de la Niñez y adolescencia, que en el ámbito de sus atribuciones y funcionamiento es el sucesor y continuador legal del SENAME.

c) Financiamiento, durante el año 2019 se publica la Ley 21.140 que establece un Sistema de atención a la Niñez y Adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y el régimen de subvenciones establecidas en el Decreto ley que lo crea N°2.565 y las pertinentes modificaciones que se hicieron mediante la ley 20.032.

Ahora en adelante, pasaré a analizar el funcionamiento actual del Sistema de garantías y protección integral de los Derechos de la niñez y adolescencia que propone la Ley 21.430, su funcionamiento, las instituciones que intervienen y/o están ligadas a los NNA. Este trabajo se centrará en algunas instituciones que son de especial relevancia, pues se han visto relacionadas en asuntos graves de vulneración de Derechos, como es el caso del

¹¹⁸ UNICEF Chile. (2019). UNICEF pide aprobar Proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías para la protección integral de niños, niñas y adolescentes. [En línea] <<https://www.unicef.org/chile/comunicados-prensa/unicef-pide-aprobar-proyecto-de-ley-que-crea-el-sistema-de-garant%C3%ADas-para-la>> [consulta enero de 2024].

¹¹⁹ Ley N° 21.067. CHILE. Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Publicada el 29 de enero de 2018, con entrada en vigencia diferida contemplada para el 30 de junio de 2018.

¹²⁰ Ley N° 21.090. CHILE. Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la Ley N°20.530, sobre ministerio de Desarrollo Social y modifica cuerpos legales que indica. Santiago, abril de 2018).

SENAME, pues como verá es un foco importante del conflicto a trabajar, y otras instituciones que se relacionan directamente con el cambio normativo que se ha avanzado hasta hoy en día en busca de una concepción de protección integral de los NNA. Para aquello, se hará una clasificación entre aquellas instituciones que son creadas antes y después de la promulgación de la Ley 21.430, o Ley que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos.

3.1.2.2. Institucionalidad del Sistema de protección de Vulneración de Derechos en contra NNA antes de la promulgación de la Ley 21.430.

El sistema de protección de derechos ante vulneración de derechos en Chile consta de varias instituciones que tienen distinta naturaleza en cuanto a su fuente u origen, sea sede a cargo del poder ejecutivo o “La Administración”, y otras que son parte del Poder Judicial; no obstante, se busca que estas funcionen en paralelo y todas convergen en un punto común, esto es: Prevención, protección y restitución de los derechos de infantes y adolescentes.

-Tribunales de Familia y Medidas de protección ante una vulneración de derechos

Luego de la ratificación por parte del Estado parte de Chile de la Convención en 1990, el país entra en una lógica de modificar la legislación y adaptar el sistema de protección para con los NNA a los términos de la Convención. La creación de Los Tribunales de Familia no estuvo exenta de discusiones en el Congreso Nacional, pues no fue sino después de siete años desde el proyecto de ley presentado por el Presidente de la República de la época, esto es la promulgación de la ley 19.968 el 25 de agosto de 2004 y publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

Son una judicatura especializada parte del Poder Judicial que ejercen sus funciones unipersonalmente. Las materias que conocen estos tribunales se menciona en el artículo 8º(cita), que a grandes rasgos son asuntos de Derechos de familia y asuntos penales de

adolescentes, que para nuestros efectos se analizará lo relativo a la vulneración de derechos, o sea, el artículo 8° numeral 7:

“Artículo 8°. - Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias:

7) Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas, y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto a los cuales se requiere adoptar una medida de protección conforme al artículo 10 de la Ley de Menores”

Si bien es cierto, el numeral anteriormente mencionado se relaciona directamente con la vulneración de derechos en contra de NNA, es correcta también mencionar que en otros numerales también se establecen materias vinculadas a la infancia, materias relativas al cuidado personal, derecho de alimentos, guardas o tutorías, acciones de filiación, ,maltrato de NNA, adopción, entre otros; y por otro lado, procesalmente existen vicios del sistema que también podríamos deducir que existe vulneración de derechos, ejemplo de aquello, casos que no se respeta el “debido proceso” en cuanto a las garantías indispensables para asegurar el derecho de los NNA a ser oídos y tomar en cuenta sus opiniones, o casos en que tampoco existen aquellas garantías en el derecho nacional, en los cuales se trata de adolescentes que son considerados que obraron con discernimiento según el Juez de Garantía competente. Sin perjuicio de la relevancia que tienen, me abocaré al tratamiento directo de vulneración de derechos.

Siguiendo la línea del artículo 8° numeral séptimo acerca de los NNA a quienes se les ven vulnerados sus derechos, la misma ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, en el Título IV párrafo primero, entre los artículos 68 al 80 bis se señala un procedimiento especial para “la aplicación judicial de las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

3.1.2.2.1. Procedimiento especial de aplicación judicial de las medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El procedimiento especial de aplicación de las medidas judiciales de los NNA es uno de los procedimientos establecidos por la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, su principal objetivo radica en conocer las causas en las cuales pueden verse vulnerados los derechos, o derechamente a “la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados”.¹²¹

Entre las principales características de este procedimiento, es que tiene carácter de extraordinario, especial, breve; y que se deduce, como todo procedimiento que se conoce y resuelve en los Tribunales de Familia, deberán fundarse según el artículo 9° y siguientes de la ley 19.968, o sea que, debe seguir los principios de: Oralidad, Concentración, Inmediación, Actuación de oficio, Colaboración, Desformalización, Interés superior del niño, entre otros. Sin duda alguna, una de las características que se le debe dar relevancia, es la que señala el artículo 69 inciso primero, el cual explicita el derecho de los NNA a ser oídos y que sean tomadas en cuenta sus opiniones: “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez”. y sigue en el inciso siguiente, “Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”, esto se refiere a las etapas procesales de audiencia preparatoria y audiencia de Juicio, así también como casos en que a petición de los NNA, defensor u otro, solicite una audiencia con el juez¹²² o respecto a las visitas que deben realizar en virtud del artículo 78 de la misma Ley a los centros residenciales: “Los jueces de familia deberán visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección.

¹²¹ Ley 19. 968 que crea los Tribunales de Familia. (2004). Artículo 68° inciso primero.

¹²² Ley 19. 968 que crea los Tribunales de Familia. (2004). Artículo 79: Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.

En relación a la Comparecencia del niño, niña o adolescente, basta con que éstos mismos sean quienes pueden ejercer su derecho de solicitar o requerir que se inicie el procedimiento, así como la posibilidad de la actuación de oficio, alguno de sus progenitores, cuidadores, profesores, director de establecimiento, profesionales de salud o “cualquier persona que tenga interés en ello.”¹²³ Ahora bien, ya iniciado el procedimiento, para que se respeten los principios de la Convención, las garantías procesales, principalmente el derecho a ser oído y el interés superior del niño, se designa a un abogado al cual se le conoce como “Curador ad Litem”.

El curador ad litem podrá ser designado por el juez de Familia en el contexto de un procedimiento judicial, en el cual determine que el o los NNA necesiten una representación legal independiente para la protección de sus propios intereses en el proceso. Pudiendo realizarse al comienzo o en cualquier momento del procedimiento en que se considere necesario para garantizar las garantías procesales y la protección de derechos de los NNA.

-Ministerio de Desarrollo social y familia.

El Ministerio de Desarrollo social y familia es una de las Secretarías de la administración, encargada de la colaboración y coordinación con el Presidente de la República. Su origen se remonta, tal como se explicita en la Historia de la Ley¹²⁴ con fecha 18 de agosto de 2010 que envía mediante mensaje el Presidente de la República, “El crecimiento económico y la estabilidad política que Chile ha experimentado en las últimas décadas han permitido que nuestro país, en los albores del siglo XXI, se encuentre ante la oportunidad histórica y la posibilidad cierta de convertirse en el primer país de América Latina en alcanzar el desarrollo y superar la pobreza”¹²⁵. Dicho texto, es el primer párrafo de la fundamentación del proyecto y que mira a Chile como un país vanguardista con miras de superar varias dificultades que vienen arrastradas por el modelo del sistema económico-

¹²³ Ley 19. 968 que crea los Tribunales de Familia. (2004). Artículo 70.- Inicio del procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello.

¹²⁴ Historia de la Ley N° 20.530.(2010) Mensaje en Sesión 55. Legislatura 358.

¹²⁵. Historia de la Ley N° 20.530 que Crea el Ministerio de Desarrollo Social (2010). P1.

social, sobre todo en cuanto éste se ajusta a la realidad del sistema de la protección y garantía de derechos para con los NNA. Más adelante en el mensaje del Presidente de la República, se explica la idea de que siga la continuidad de las instituciones existentes: “La creación del Ministerio de desarrollo social que reemplazará al actual Ministerio de Planificación y cuyo eje serpa abordar los diversos desafíos sociales- busca asegurar la consistencia de las prestaciones y beneficios sociales mediante la recolección y consolidación de la información social”.

Expongo el párrafo anterior, pues nos permite aseverar que en su creación, aún no tiene el nombre completo enfocado mencionando “y familia”. Pues bien, es hasta el año 2019 mediante la promulgación de la Ley 21.150 que Modifica ley N° 20.530 y Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, el cual tiene por objeto velar por “la coordinación, consistencia y coherencia de las políticas, planes y programas en materias de equidad o desarrollo social, a nivel nacional y regional, desde un enfoque familiar y de integración social.”¹²⁶

Entre las principales funciones que tiene este Ministerio en relación a la niñez y adolescencia, que es debe ser la cabeza articuladora de las instituciones o programas que tengan interés con la infancia y adolescencia, como son los casos de los programas de “Chile Crece Contigo” dice relación con la protección integral de la primera infancia, o el Instituto Nacional de la Juventud. Además, en el artículo 3 bis de la Ley 21.430 se describen las funciones y atribuciones para cumplir con la protección de derechos de los niños¹²⁷: a) Asesorar el Presidente de la República, b) Proponer la Política Nacional de la niñez y su Plan de acción, c) Administrar, coordinar y supervisar los sistemas y subsistemas de gestión intersectorial, d) Impulsar acciones de difusión, capacitación o sensibilización, e) Promover la participación de NNA, f) Colaborar con el desarrollo de datos y estadísticas, g) Desarrollar estudios e investigaciones, h) Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en cuanto a informes que sean solicitados.

¹²⁶ Ley N° 21.150 que Modifica la Ley N° 20.530 y Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (2019). Resumen de la Ley. [En línea] <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1130640&idVersion=2019-04-16>> [consulta enero de 2024].

Con posterioridad a dichas modificaciones se han realizados otras que dicen relación con la Ley 21.430 sobre Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, que se serán el apartado de las instituciones nuevas y modificaciones a partir de dicha ley.

-Subsecretaría de la Niñez

Orgánicamente, la subsecretaría de la Niñez es una institución que es una sub cartera del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, creada a partir de la Ley 21.090 en abril de 2018, tiene la misión de colaborar y llevar a cabo las tareas encomendadas al Ministerio en asuntos relacionados con la infancia y adolescencia, esto es, todo lo relativo al artículo 3 bis antes mencionado y según lo que señala el artículo 6° bis de la ley 20.530: “En particular, le corresponderá colaborar con el ministerio en el ejercicio funciones contenidas en las letras a) y ñ), especialmente en lo relacionado con el subsistema de Protección Integral a la Infancia “Chile Crece Contigo”, en las o) y p) ,en lo relacionado con el Servicio Nacional de Protección Especializada a la niñez y adolescencia” y en las otras letras que se relacionen con materias de NNA. Además, esta Institución, a su vez se dividirá en diferentes Divisiones, esto es, que habrá divisiones de Promoción y prevención, de Planificación y estudios, y de Administración y Finanzas.

-Defensoría de los derechos de la niñez

Esta institución fue creada a partir de la ley 21.067 del año 2018¹²⁸, es un órgano público con personalidad jurídica, autónomo y patrimonio propio. La finalidad de esta institución se ha señalado en virtud del artículo 4 de la ley que la creó¹²⁹ cuyo principal

¹²⁸ Ley N° 21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, publicada el 29 de enero de 2018.

¹²⁹ Ley N° 21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. (2018). Artículo 4°: Corresponderá especialmente a la Defensoría de los Derechos de la Niñez:

- a) Difundir, promover y proteger los derechos de los niños de acuerdo a lo que establece la presente ley.
- b) Interponer acciones y deducir querellas, de conformidad con el artículo 16.

c) Recibir peticiones sobre asuntos que se le formulen y derivarlas al órgano competente, haciendo el respectivo seguimiento, o ejercer las atribuciones pertinentes, cuando corresponda, dentro del plazo más breve posible. Deberá establecer mecanismos que aseguren, a nivel nacional, una atención expedita y oportuna de todos los niños.

En el ejercicio de esta atribución, podrá realizar recomendaciones generales o específicas, elaborar informes y emitir opiniones en materias de su competencia, pero no podrá avocarse al conocimiento de un asunto que se encuentre pendiente ante los tribunales de justicia o ante el órgano de la Administración del Estado competente.

d) Intermediar o servir de facilitador entre los niños y los órganos de la Administración del Estado o aquellas personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños, cuando haya tomado conocimiento, de oficio o a petición de parte, de actos u omisiones que pudieren vulnerar tales derechos. El Defensor deberá velar por el establecimiento de instancias y procedimientos de comunicación, conciliación y mediación, expeditos y efectivos, de conformidad a la ley.

e) Requerir antecedentes o informes a los órganos de la Administración del Estado o a aquellas personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de los derechos de los niños, cuando, dentro del ámbito de sus competencias, tome conocimiento, de oficio o a petición de parte, de posibles vulneraciones a tales derechos por actos u omisiones de las entidades. Para tales efectos, el requerimiento deberá establecer un plazo razonable para la entrega de la información solicitada, el que no superará los sesenta días corridos.

f) Visitar los centros de privación de libertad, centros residenciales de protección o cualquier otra institución, incluyendo medios de transporte, en los términos de lo dispuesto en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en que un niño permanezca privado de libertad, reciban o no recursos del Estado, sin perjuicio de las facultades de los demás organismos públicos competentes en la materia. Una vez realizada la visita, deberá evacuar un informe que deberá contener, a lo menos, la descripción de la situación general observada, el registro de las eventuales vulneraciones de derechos y las recomendaciones a los órganos competentes, sin perjuicio de denunciar los hechos que constituyan delito.

g) Denunciar vulneraciones a los derechos de los niños ante los órganos competentes, remitiendo los antecedentes que funden dicha denuncia.

h) Emitir informes y recomendaciones que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños.

i) Observar y hacer seguimiento a la actuación de los órganos de la Administración del Estado, a personas jurídicas que tengan por objeto la promoción o protección de derechos de los niños y a organizaciones que puedan afectar con sus acciones tales derechos, de acuerdo a un plan que se elabore para estos efectos.

j) Actuar como *amicus curiae* ante los tribunales de justicia, pudiendo realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las materias relativas a su competencia. La presentación de la opinión escrita no conferirá a la Defensoría la calidad de parte ni suspenderá o alterará la tramitación del procedimiento. El tribunal deberá siempre pronunciarse respecto de dicha opinión en la sentencia. No podrá ejercerse esta facultad cuando la Defensoría haya actuado en el juicio de cualquier forma.

k) Velar porque los responsables de formular las políticas públicas nacionales, incluidas las económicas, tengan en consideración los derechos del niño, al establecer y evaluar planes, políticas y programas.

l) Velar por la participación de los niños, para que puedan expresar su opinión y ser oídos en los asuntos que les conciernen y en la definición de las cuestiones relacionadas con el ejercicio efectivo de sus derechos humanos.

m) Promover el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y los demás tratados internacionales relativos a los derechos de los niños ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en la legislación y reglamentos nacionales, y asesorar a los órganos públicos y privados, a los niños y a las familias sobre la interpretación y aplicación de los derechos contenidos en tales cuerpos normativos.

n) Promover la adhesión o ratificación de tratados internacionales de derechos humanos de los niños.

ñ) Colaborar con el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en el ámbito de sus competencias, en la elaboración de los informes que deba presentar a los órganos y comités especializados de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, así como ante otras organizaciones internacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, la Defensoría podrá realizar presentaciones o informes directamente ante los organismos mencionados en el párrafo primero, cuando corresponda.

o) Difundir el conocimiento de los derechos humanos, favorecer su enseñanza en todos los niveles del sistema educacional, incluyendo la formación impartida al interior de las Fuerzas de Orden y de Seguridad Pública, y promover la realización de investigaciones, estudios y publicaciones, otorgar premios, patrocinar actos y eventos relativos a estas materias, y realizar todo aquello que propenda a consolidar una cultura de respeto a los derechos humanos en el país. Asimismo, podrá celebrar convenios de colaboración y cooperación

objeto es difundir, proteger y promover los derechos de todos los NNA, interponer acciones y presentar querellas, de acuerdo a la normativa nacional y los tratados internacionales ratificados y se encuentren vigente en Chile.

Ambas instituciones anteriormente son creadas como mecanismos para promover la protección y defensa de los derechos de los NNA acorde a lo que establece la Convención. A su vez, se espera que estas instituciones trabajen conjunto a la nueva institucionalidad que sigue los lineamientos de un sistema de protección integral, que al año 2018 aún se encontraba en discusión la “Ley Marco” que finalmente en el año 2022 se promulga sobre Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

-Servicio Nacional de Menores (SENAME)

El Servicio Nacional de Menores, o más conocido como SENAME, es una de las instituciones que ha sido objeto de polémica y ha sido expuesta como un servicio que tuvo defectos fundamentales relacionados con la vulneración de derechos en contra de NNA. Antes de hacer dicho análisis y cuáles son las eventuales razones que las permitieron, creo necesario estudiar el origen de la Institución a partir del Decreto Ley 2465, es decir, el D.L que crea el Servicio Nacional de Menores.

La razón radica en que la matriz de los conflictos que se tienen hasta el día de hoy, quizás es ubicable temporalmente en lo que se señaló anteriormente sobre el la subsidiariedad del Estado, y dejar asuntos de políticas sociales a los privados. Más allá del modelo político, social o económico que adoptó nuestro país durante la dictadura y luego

con organismos públicos o privados, tanto nacionales como extranjeros, para el cumplimiento de esta y otras de sus atribuciones.

- p) Elaborar y presentar un informe anual, de conformidad a lo establecido en el artículo 15.
- q) Las demás funciones y atribuciones que la ley le otorgue.

La Defensoría podrá ejercer sus funciones y atribuciones de manera coordinada con otras instituciones nacionales de derechos humanos.

Para el ejercicio de sus atribuciones, la Defensoría podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado. Asimismo, podrá recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia.

con la vuelta a la democracia, se analizará normativamente el origen del SENAME, sus consecuencias, y para finalizar, los cambios se han visto obligado el Legislador para seguir los lineamientos de la Convención, por razones “éticas o morales”, pues como se verá, existe un estado posibilitador de vulneraciones¹³⁰.

-Decreto Ley N° 2465 que crea el Servicio Nacional de Menores

El Servicio Nacional de Menores, o en adelante, SENAME fue creado en el año 1979 mediante Decreto Ley N° 2465.¹³¹ Es una entidad dependiente del Ministerio de Justicia, que colabora directamente con el sistema judicial llevando a cabo las resoluciones emanadas de los Tribunales de Familia.

En su origen, el objeto de la creación del SENAME fue el tratamiento de la protección y promoción de los derechos de los infantes y adolescentes vulnerados en sus derechos, y también de aquellos adolescentes infractores de ley. Es así como menciona el artículo primero, “Crease el servicio..., 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”. Por ende, el SENAME es un organismo del Estado que tiene como función la restitución de derechos de los NNA vulnerados y también se encarga de la reinserción social de aquellos adolescentes entre 14 y 18 años que han infringido la ley, además de ser el organismo que controla la adopción en Chile. De acuerdo a lo recién expuesto, es fácil darnos cuenta que, desde el artículo primero de este Decreto Ley existe un conflicto estructural en el cual elabora un mismo tratamiento a infantes y adolescentes con distintos tipos de necesidades; por otro lado, también evidencia la existencia de un modelo asistencialista de la niñez y adolescencia, propio de la doctrina de la situación irregular, de la mano de la doctrina que ha sido impuesta de facto de un Estado subsidiario.

¹³⁰ Carmona, L. (2021). Cambio en las Políticas hacia niños, niñas y adolescentes en Chile: Develando el Problema público desde el Policy Frames Analysis. (Tesis para optar al grado de Magister en gestión y políticas públicas). Universidad de Chile, Santiago de Chile. P.46.

¹³¹ Decreto Ley 2465 del Ministerio de Justicia, que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica, publicado el 16 de enero de 1979).

Con la creación del SENAME y el rol subsidiario del Estado, el modelo de las políticas sociales tiende a una focalización de los esfuerzos en mira de “grupos-objetivos” de más alto riesgo. Esta premisa es bastante llamativa o tentadora si lo vemos por el un lado de la “eficiencia” económica y social, sin embargo, como se evidenciará más adelante se desvirtúan políticas sociales de carácter universal, reduciendo paulatinamente los presupuestos sociales, provocando una disminución de la calidad de los servicios sociales.¹³² En efecto, esta premisa sigue la idea de que el sector privado era más eficiente que el Estado en atención a la vulneración de derechos en contra de los NNA.

A mayor abundamiento, las funciones que se le asignan al SENAME fueron bien amplias, en ese sentido se consagra en el Estado la facultad de ejecutar las acciones de asistencia o protección de aquellos menores que carecían de tuición; de aquellos en que el ejercicio de la tuición de sus padres les fuera perjudicial o constituyera un peligro para su desarrollo normal integral; los que presentaban desajustes conductuales, y los que estaban en conflicto con la ley¹³³. Cabe mencionar que todas estas materias serían adoptadas por el SENAME y los “Centros Colaboradores” (relación que se verá más adelante) quienes eran privados financiados por una política de subvenciones en la atención del niño, lo que se traduce en una pérdida de beneficios sociales en fin de maximizar la economía,¹³⁴ dicha subvención se basa en la atención del “niño-día”. Ahora bien, específicamente las funciones del SENAME vinieron dadas a partir de lo que señala en el texto original en el artículo 3°:¹³⁵

¹³² GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Ed. Temis – Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998, p. 6.

¹³³ D.L.N° 2.465. Crea el Servicio Nacional de Menores. CHILE. Santiago, Chile, enero de 1979. Artículo 1° del texto original.)

¹³⁴ TOLEDO Q., Ida y ZÚÑIGA C., Lina. La defensa de los derechos del niño: antecedentes históricos desde la perspectiva de Chile. Capítulo III. La situación del niño durante la dictadura militar (1973-1990). Serie Estudios y Experiencias. Fundación PIDEE. Santiago. Chile. Mayo 1991, pág. 27. Entre dichos beneficios se puede señalar las raciones de almuerzos escolares. A manera de ejemplo, en 1972 se entregaron 715.000 almuerzos mientras que en 1974 esa cifra desciende a 663.200, y en 1991 llega a tan solo a 570.000, considerando un aumento de la población infantil durante esas décadas.

¹³⁵ DL N° 2465. Crea el Servicio Nacional de Menores. CHILE. Santiago, Chile, enero 1979. Artículo 3° del texto original: Artículo 3°. - En especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá:

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

2.- Proponer al Ministerio de Justicia planes y programas destinados a prevenir y remediar las situaciones que afectan a dichos menores, con el fin de obtener su desarrollo integral, sugiriendo metas y prioridades de acuerdo con las necesidades nacionales y regionales.

-
- Aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los menores indicados en el artículo anterior.
- Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Menores, con el fin de cumplir las medidas que éstos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten.
- Crear y administrar Casas de Menores y establecimientos para menores con problemas conductuales y, en casos calificados, con la autorización del Ministerio de Justicia, otros establecimientos de prevención y protección.

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

4.- Crear y administrar Casas de Menores y establecimientos para menores con problemas conductuales y, en casos calificados, con la autorización del Ministerio de Justicia, otros establecimientos de prevención y protección.

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

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

7.- Proporcionar, cuando procediere, ayuda técnica, material o financiera a las instituciones públicas y privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos del Servicio.

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

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

10.- Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores.

11.- Informar, cuando lo disponga el Ministerio de Justicia, sobre la procedencia o conveniencia de conceder o cancelar la personalidad jurídica, o de modificar los estatutos, de las entidades de asistencia o protección de los menores a que se refiere el artículo 1°.

12.- Auspiciar y organizar cursos permanentes o temporales, sobre materias de su competencia, para capacitar a padres de familia, Juntas de Vecinos u otras organizaciones comunitarias y a personal de establecimientos públicos y privados, como asimismo congresos y seminarios a nivel regional, nacional o internacional. En el caso de congresos y seminarios de carácter internacional, deberá contar con la autorización previa del Ministerio de Justicia.

13.- Propiciar y realizar permanentemente estudios e investigaciones relacionados con los problemas del menor, en materias de su competencia.

14.- Recopilar y procesar la información y estadística que fueren necesarias sobre menores, sistemas asistenciales que se les aplican e instituciones que los atienden.

- Desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidas por el Ministerio de Justicia.
- Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley.
- Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento.
- Efectuar la coordinación técnica. operativa de las acciones que, en favor de los menores de que trata esta ley, ejecuten las instituciones públicas y privadas.

Es posible deducir del artículo 3 del Decreto Ley 2465 antes mencionado, que el SENAME se haría cargo de una amplia gama de asuntos relacionados con la niñez y adolescencia, las cuales las vamos a clasificar según distintos criterios:

a) Carácter normativo- institucionales: Son aquellas que tienen relación con la aplicación y ejecución de las directrices legales y gubernamentales en materia de NNA. Se deben materializar a través del SENAME, que es una institución estatal, o vía colaboradores acreditados.

b) Intervención de casos: EL SENAME tiene el rol de intervenir activamente en la protección de los derechos de los NNA. Es el agente directo a través de los Tribunales de Familia verán ejecutadas las resoluciones acerca de medidas de protección en favor de NNA.

c) Promoción, fiscalización y supervisión de los colaboradores acreditados: El SENAME el organismo encargado de fiscalizar y supervigilar a las instituciones colaboradoras del Estado en funciones relacionadas con la niñez y adolescencia. Como mecanismo de acción el SENAME tiene la responsabilidad de impartir directrices para una mejora constante del servicio y sus programas, y así también tiene la facultad de proponer el cierre o cancelación de las personalidades jurídicas de aquellas instituciones que no sigan sus lineamientos.

-Subsidiariedad del sistema y su financiamiento

Para cumplir sus objetivos, Según el Decreto 356 del año 1980 el Reglamento del Servicio Nacional de Menores, en el Artículo segundo señala que. “El Servicio creará y administrará directamente las casas de Menores y los establecimientos de rehabilitación para menores con problemas conductuales y llevará a la práctica, por sí o a través de sus instituciones colaboradoras, otros sistemas asistenciales que señale la ley o que sean establecidos por el Ministerio de Justicia.” Sigue en el siguiente Inciso la explicación por sí mismo del sistema, es decir, que hace alusión a la subsidiariedad del Estado para entrometerse en asuntos relacionados con las funciones que se establecen en el DL 2465: “Por subsidiariedad y en casos calificados, con la autorización de dicho Ministerio, podrá crear y administrar establecimientos de prevención y protección”. El inciso señalado es bastante claro, deduce la posibilidad del Estado de entrometerse en asuntos de NNA en situación de vulneración de derechos creando nuevos centros, si solo sí no hubiesen privados que estén interesados. Y además, de exigir que sean casos calificados con autorización del Ministerio de Justicia, sin embargo no aclara cuáles son los criterios y/o parámetros para considerar como tal. Así las cosas, el DL 2645 o Ley Orgánica del SENAME se mantiene sin modificaciones hasta el año 2005, consecuencia de lo anterior, se mantiene una fuerte incidencia de los privados en el sistema, asunto que genera la necesidad de desarrollar la Ley 20.032 que Regula el régimen de Aportes financieros del Estado a los Colaboradores Acreditados, o más conocido como la Ley de subvenciones de SENAME.

La fuerte incidencia de las OCAS, instituciones privadas a cargo de NNA, genera la necesidad de desarrollar un cambio. Las principales modificaciones que vienen con la entonces nueva ley 20.032 van netamente ligadas a alcanzar el estándar exigido por la Convención ratificada en 1990, y que en virtud de “La Constitución Política de la República, en su Artículo 1°, inciso quinto, obliga al Estado, entre otros deberes, a dar protección a la población y a la familia propendiendo al fortalecimiento de ésta, y a promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación, asegurando además el derecho de todas las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Asimismo, según

el artículo 5°, inciso segundo los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile.”¹³⁶ En este caso, como dice en el mensaje de la misma Ley, la convención sería la verdadera Magna Carta de los niños. Por ende, las modificaciones que hace alusión se basan en tres ejes estratégicos: Primero, La Aplicación efectiva de la Convención; segundo, La Promoción de la integración familiar, escolar y comunitarias para con los NNA, la tercera profundización de la alianza público privada.

Cabe destacar que en el Proyecto de ley de la ley 20.032 ya se reconocen dificultades que tenía el sistema vigente en la época, esta son, “1.La fragmentación de los programas del SENAME, dentro del conjunto de las políticas sociales, dado que a veces configuran un verdadero sistema de atención paralelo, propio de los "menores", desarticulado de los servicios "normales" y universales concebidos para todos los niños y adolescentes, que de hecho muchas veces se desentienden de los "menores" por entender que son un "problema" propio del SENAME; y, 2.La institucionalización de niños en internados masivos, por razones directa o indirectamente relacionadas con su marginalidad socio-económica, internados en los que viven aislados de los espacios propios de la vida familiar, de la escuela normal y del barrio, sometidos a rutinas colectivas despersonalizadas y lejos del afecto y del potencial de desarrollo que sólo puede ofrecer una verdadera familia y esos espacios normales.”¹³⁷

Para solucionar estos desafíos el proyecto presentaba distintas líneas de acción, como es en materias de los Centros de Protección Integral del Niño y sus Derechos (CPI), Distintos Programas en relación a diversos objetivos según las necesidades de los NNA, Transformación de los Centros Residenciales en una línea programática de fortalecimiento del rol protector de la familia, Diagnóstico integral, etc. En definitiva, las nuevas disposiciones de esta Ley, vienen a ofrecer un cambio de paradigma que se acerca más a

¹³⁶ Mensaje en Sesión 34. Legislatura 340 de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece un sistema de atención a la Niñez y adolescencia a través de colaboradores del SENAME y su Régimen de subvención. (1999). P.4.

¹³⁷ Mensaje en Sesión 34. Legislatura 340 de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece un sistema de atención a la Niñez y adolescencia a través de colaboradores del SENAME y su Régimen de subvención. (1999). P.6.

los términos de la Convención y la Doctrina de protección integral de los infantes y adolescentes. Promoviendo en su artículo 2° vigente al año 2022, una carta de principios que el estado y privados deben respetar¹³⁸.

Así las cosas, en el Título primero, destinado a las “normas Preliminares” de la ley en cuestión, más que profundizar las líneas de acción de SENAME que se señalan en el artículo 3°¹³⁹ se establecen reglas claras relativas y direccionadas a los agentes privados

¹³⁸ Artículo 2.- La acción del Servicio y sus colaboradores acreditados se sujetará a los siguientes principios:

1) El respeto, la promoción, la reparación y la protección de los derechos humanos de las personas menores de dieciocho años contenidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados internacionales en la materia ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y las leyes dictadas conforme a ellos, asegurando las condiciones que otorguen el necesario bienestar biopsicosocial, así como la efectividad de sus derechos y las condiciones ambientales y oportunidades que los niños, niñas y adolescentes requieren según su etapa de desarrollo, mediante una intervención oportuna y de calidad.

2) La promoción de la integración familiar, escolar y comunitaria del niño, niña o adolescente y su participación social.

3) La profundización de la alianza entre las organizaciones de la sociedad civil, gubernamentales, regionales y municipales, en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez y a la adolescencia.

4) La transparencia, eficiencia, eficacia e idónea administración de los recursos que conforman el régimen de aportes financieros del Estado, establecido en la presente ley, a los colaboradores acreditados por parte del Servicio, en su destinación a la atención de los niños, niñas y adolescentes. Para ello, el Servicio deberá fiscalizar y supervigilar la ejecución de las diversas líneas de acción que desarrollen los colaboradores acreditados en los ámbitos técnicos y financieros y en otros que resulten relevantes para su adecuado desempeño. Las funciones de fiscalización y supervigilancia se encontrarán separadas.

5) La probidad en el ejercicio de las funciones que ejecutan. Todo directivo, profesional y persona que se desempeñe en organismos colaboradores deberá observar una conducta intachable y un desempeño honesto y leal de sus funciones con preeminencia del interés general sobre el particular.

Los recursos públicos que se reciban por concepto de subvención deberán ser depositados y administrados en la forma que determine el reglamento.

6) Responsabilidad en el ejercicio del rol público que desarrollan. Las personas jurídicas que se desempeñen como organismos colaboradores del Estado serán civilmente responsables por los daños, judicialmente determinados, que se hayan ocasionado a raíz de vulneraciones graves de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes causados tanto por hechos propios como de sus dependientes, salvo que pruebe haber empleado esmerada diligencia para evitarlas. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad civil que por los mismos hechos pueda corresponderle a la persona natural que ejecutó los hechos.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será igualmente aplicable a las personas naturales que se desempeñen como colaboradores acreditados.

Sin perjuicio de ello, el Estado velará por el acceso oportuno y preferente a los servicios sanitarios y de rehabilitación de la salud disponibles en el Estado, para los niños revictimizados dentro del sistema nacional de protección.

7) El trato digno evitando la discriminación y la estigmatización de los sujetos de atención y de su familia. Deberán recibir en todo momento y en todo medio el trato digno que corresponda a toda persona humana. Particular cuidado se deberá tener en las medidas, informes o resoluciones que produzcan efecto en las decisiones de separación familiar.

8) Objetividad, calidad, idoneidad y especialización del trabajo, que se realizará de acuerdo a las disciplinas que corresponda. Las orientaciones técnicas a las que se refiere el reglamento de esta ley establecerán, a lo menos, los requisitos, prestaciones mínimas y plazos que deberán cumplir tanto el Servicio como los colaboradores acreditados para asegurar el cumplimiento de este principio.

9) Participación e información en cada etapa de la intervención. Se informará y se tendrá en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente respecto a los procesos de intervención que le atañen, en función de su edad y madurez.

¹³⁹ Artículo 3.- El Servicio establecerá un régimen de aportes financieros, conforme a las disposiciones de la presente ley, para los programas de protección especializada que realicen los colaboradores acreditados relativos a las siguientes líneas de acción:

para que éstos participaran de los programas, Centros, Diagnóstico y Oficinas de protección de Derechos del niño, niña y adolescente. A modo de ejemplo, en el Artículo 32° de la ley en cuestión, hoy derogado, señalaba la “Unidad de Subvención SENAME”¹⁴⁰ el cual determinaba el valor de cada aporte que haría el Estado para cada línea de acción. Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones de esta forma de financiar el sistema a través de subvenciones, se transforma en una serie de “incentivos perversos”¹⁴¹ o “bonos de desempeño”¹⁴² para los privados en relación a las funciones propias de cada uno. Esto se traduce en términos simples en que los NNA pasan más tiempo de lo que deberían pasar en centros sea CREAD u OCAS, pues la subvención sigue una lógica de “niño-día”, es decir, que se otorga un número de recursos dependiendo cuántos NNA mantienen en cada centro. Dejando muchas veces de lado el primer objetivo de todo el sistema que es la prevención, protección y reparación de los infantes y adolescentes que han sido sometidos a vulneraciones de derechos.

-
- 1) Diagnóstico clínico especializado y seguimiento de casos, y pericia.
 - 2) Intervenciones ambulatorias de reparación.
 - 3) Fortalecimiento y vinculación.
 - 4) Cuidado alternativo.
 - 5) Adopción.

Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, suscrito además por el Ministerio de Hacienda, establecerá los programas de protección especializada que se desarrollarán en cada línea de acción, los modelos de intervención respectivos y todas las normas necesarias para la aplicación de los artículos 29 y 30.

Corresponderá al Servicio garantizar la existencia de las líneas de acción de protección especializada señaladas en la presente ley en cada una de las regiones del país, de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 18 ter de la ley que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, y modifica normas legales que indica.

El Servicio se encargará de elaborar informes periódicos que den cuenta del nivel de cobertura pública de líneas y programas de atención, y remitirá dicho informe a los Ministerios de Desarrollo Social y Familia y de Hacienda.

Este informe deberá hacer especial énfasis en cuanto a la carencia o nivel de suficiencia de la oferta pública de líneas y programas de atención.

¹⁴⁰ Artículo 32.- La Unidad de Subvención del SENAME tendrá un valor de \$10.000.

No obstante, el valor nominal de la USS se reajustará en el mes de enero de cada año, en el porcentaje de variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor durante el año precedente.

¹⁴¹ El Comité de Derechos del Niño, acredita en los párrafos 49 y 50 de su informe sobre la realidad chilena que, respectivamente: “49. El auxilio económico a los OCAS se da por acciones y no por resultados. La ayuda es en función del número atendidos, de forma que, el regreso de cada NNA equivale a menos ayuda económica, lo que resulta en un incentivo perverso para retener al NNA y no realizar el trabajo de reintegración familiar”. “50. Los CREAD, aunque estén mejor financiados por su carácter público, es reconocido que carecen de financiación suficiente, lo que origina una falta de recursos técnicos humanos y materiales para prestar los servicios mínimos necesarios para la rehabilitación y calidad de vida de los NNA”.

¹⁴² Decreto N° 841 de 2005. Artículo 49. El SENAME destinará hasta el 2% de los recursos con que cuente anualmente en su presupuesto de la línea de programas, a premiar a los colaboradores acreditados que ejecuten dicha línea de acción con un bono de desempeño, por la calidad de la atención otorgada y los resultados alcanzados en el respectivo proyecto. Quedan expresamente excluidos de este beneficio los programas a que se refiere el artículo 16 de la ley N°20.032.

Con el pasar de los años se fue materializando que el sistema de financiamiento del SENAME y las Instituciones relacionadas, no eran adecuadas para el tratamiento del asunto de la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, es más, este sistema subsidiario fue cada vez más un blanco de constantes y merecidas críticas tanto a nivel local e internacional. De hecho, este modelo en crisis llevó al Comité de Derechos del Niño a afirmar que el Estado chileno ejerce violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos de los NNA.¹⁴³

-Oficinas de protección de derechos

Más conocidas como OPD, son Oficinas que se encuentran dentro de las líneas de acción de subvención del SENAME. Son “Instancias de atención ambulatoria de carácter local que están destinadas a realizar acciones dirigidas a otorgar protección integral de los derechos de los NNA y a contribuir a la generación de las condiciones que favorezcan una cultura de reconocimiento y respeto de los derechos de la infancia”¹⁴⁴

Las funciones están señaladas en el artículo 15 de la Ley 20.032, estas son:

1.- Facilitar a los NNA al acceso efectivo a los programas, servicios y recursos disponibles en la comunidad, fortaleciendo el trabajo en redes y las acciones colaborativas de actores públicos y privados.

2.- Ofrecer directamente la protección especial que sea necesaria cuando la derivación a un programa no sea posible o parezca innecesaria por tratarse de una situación que admita una solución relativamente rápida con los recursos de la propia oficina.

¹⁴³ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin edita. (2018). P.16 Letra “C. Naturaleza grave o sistemática de las violaciones”

¹⁴⁴ Ley N°20.032, Artículo 4°, numeral 3.1, de la que Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su régimen de subvención.

3.- Promover el fortalecimiento de las competencias parentales que corresponden a las familias, privilegiando aquellas acciones destinadas a evitar la separación del NNA de su familia o de las personas encargadas de su cuidado personal.

3.1.2.3. Crisis del Servicio Nacional de Menores.

El modelo económico social de subsidiariedad del Estado se ha mantenido hasta el día de hoy. Con el avance del tiempo se ha podido constatar que el SENAME fue y sigue siendo una fuente de vulneraciones de derechos contra NNA, es una institución inadecuada para proteger, garantizar y reparar los derechos fundamentales de los infantes y adolescentes. Más adelante se verá el por qué planteo que sigue siendo una fuente de vulneraciones de derechos, pues en este apartado me remitiré a hacer un análisis y/o sistematizar lo señalado en dos informes de la Comisión de Derechos del Niño en virtud del artículo 13(ver si es) de la Convención y otros informes que informan datos objetivos que se relacionan directamente con informe de la comisión.

Cabe hacer mención que una vez que los Estados partes se adhieren y ratifican la Convención de los Derechos del niño, en virtud de su artículo 44 se comprometen y obligan a presentar informes periódicos 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”.

Como ha sido señalado anteriormente, Chile ratificó la Convención en el año 1990, por ende, ya han pasado varios informes en que Chile ha enviado y el Comité ha hecho una serie de observaciones. No obstante, para efecto de este trabajo me remitiré a algunas Observaciones finales del año 2015 que se relacionen directamente con SENAME, luego a la Investigación de carácter confidencial por parte del Comité y por último, las últimas observaciones del Comité del año 2022.

a) Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinado de Chile:

Para contextualizar, el Estado chileno al mantener ratificada la Convención de los derechos del niño, mantuvo la obligación de presentar a la Comisión, en un plazo determinado, el primer, segundo y tercer informe periódico, asunto que cumplió y se desarrollaron las observaciones correspondientes. Este apartado se referirá a las observaciones que, a mi parecer, tienen una relación directa con la “Crisis del SENAME” que hago mención en este trabajo. Ahora bien, entrando en materia, “El Comité examinó los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile (CRC/C/CHL/4-5) en sus sesiones 2039° y 2040° (véase CRC/C/SR.2039 y CRC/C/CHL/SR.2040), celebradas el 24 de septiembre de 2015, y aprobó, en su 2052° sesión (véase CRC/C/SR.2052), celebrada el 2 de octubre de 2015, las observaciones finales que figuran a continuación”.

El capítulo III del informe que se hace mención, hace referencia a los “Principales motivos de preocupación y recomendaciones”, no obstante me remitiré sólo a aquellos que se mantienen en el tiempo y que dan lugar a problemas graves o sistemáticos en la orgánica de la protección de los derechos de la infancia y adolescencia. Sin más preámbulo, ya en el Informe anterior del año 2007 (CRC/C/CHL/CO/3) el Comité, levanta las “alertas” sobre tres puntos claves en que el Estado chileno se encuentra al debe con la normativa internacional, más precisamente a la Convención de los derechos del Niño: a.- En el párrafo 8°: “la aprobación de una ley sobre protección integral de los derechos del niño”; b.- Párrafo 20° “la reunión de datos”; y c.- Párrafo 17° “La asignación de recursos”. Adicionalmente a las observaciones que hace el Comité en el Informe del año 2015, los problemas del informe del año 2007 se mantienen, y al parecer son una de las fuentes principales que afecta hasta el día de hoy al SENAME.

- Medidas generales de aplicación:

- Legislación: A mayor abundamiento, hay que precisar que a la fecha del año 2015 aún sigue vigente la Ley de menores del año 1967, que como se vio anteriormente, es una

normativa que sigue la doctrina de la situación irregular, por lo que es incompatible con la CDN. En razón de esta normativa arcaica y que no sigue los lineamientos que el Estado chileno se debe ir direccionando, el Comité “recomienda al Estado parte que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre protección integral de los derechos del niño”, pues los intentos de los años 2005 y posteriormente en 2012 fracasaron.

-Respecto a la reunión de datos, el Comité señala en el párrafo 16 que “valora la creación de del Sistema de información estadística sobre la infancia y adolescencia por parte del Observatorio Niñez y Adolescencia y el Ministerio de Desarrollo social, pero expresa su preocupación por el retraso en su aplicación y por falta de indicadores para supervisar y evaluar el respeto de los derechos del niño”. Este asunto es clave, pues en la práctica, existe una falta de conocimiento y datos acerca del estado de la vulneración de derechos en contra de los NNA, cuestión que se traduce en la indefensión de los mismos en los centros de residencia o SENAME.

-El Financiamiento o la asignación de recursos es otra de la fuente que a mi parecer genera como consecuencia vulneraciones sistemáticas en contra de los niños, niñas y adolescentes. El Comité señala en el párrafo 14 que no existe “un mecanismo de control del presupuesto que supervise las asignaciones presupuestarias”, así como la “dificultad de identificar los gastos relacionados con los derechos del niño entre las distintas partidas presupuestarias”. En definitiva, el sistema de subsidiariedad y la poca claridad de donde será la asignación de los recursos que se ingresan al Sistema general no permite evaluar los efectos que tienen las medidas en cuanto a los derechos de los NNA, ni garantizar un gasto óptimo, específico y progresivo para ir en la mejora de las políticas de la infancia y adolescencia.

- Principios generales

- Respeto por las opiniones del niño: El Comité señala, en el párrafo 28 letra a, preocupación pues “En el ordenamiento jurídico no se reconozca expresamente el derecho del niño a ser escuchado, y que se tengan en cuenta sus opiniones en todas las cuestiones que les afecten, en particular la educación, la salud y asuntos relativos a la familia”. Dicho de otra forma, que afectan directamente con la vulneración de derecho contra NNA en relación a las decisiones judiciales en que no se escucha la opinión de los mismos. Más aún, dicha afectación recalca hondo en las relaciones de familia desde asuntos más simples como cuando se trata de separación de los padres y/o madres, hasta temas más complejos como casos de violencia intrafamiliar o procedimientos de vulneraciones de derechos que se ven en los tribunales de familia.

-Violencia contra los niños:

-El Comité ha manifestado su preocupación en asuntos distintos asuntos de violencia en contra de NNA en Chile, en particular, en lo atinente a lo que se verá en adelante sobre la “crisis del SENAME”, en el párrafo 42 se manifiesta sobre “torturas y otros tratos o penas crueles o degradantes”. Señala que existe “falta de normas, protocolos y procedimientos en que se especifique la fuerza máxima que puede aplicarse a los adolescentes privados de libertad”. Esta realidad repercute directamente en contra de los adolescentes que se encuentran en residencias del SENAME, sea porque se encuentran en casos de ser jóvenes infractores de Ley o por otras razones en que los NNA tengan que vivir a los centros de residencia, pues como se ha visto anteriormente, el Chile de la época mantenía juntos a los NNA que se les había vulnerado sus derechos, a quienes que sufrían del abandono y/o pobreza, y aquellos adolescentes infractores de Ley.

También es importante mencionar que existe una preocupación porque no existen protocolos para prever, proteger y garantizar los derechos de los niños cuando éstos han sido vulnerados., en el párrafo 50, se señala la preocupación sobre el acceso a líneas telefónicas de forma continua veinticuatro horas al día.

- Entorno familiar y modalidades alternativas

En el párrafo 54, el comité señala que existe una preocupación por los niños privados de un entorno familiar en Chile, pues existe un elevado número de NNA en centros de acogida. Además, de presuntos casos de violencia contra los niños en esos lugares. De hecho existen recomendaciones que son claves a resolver, como por ejemplo: Los NNA solo sean internados como último recurso teniendo en cuenta el Interés superior y estableciendo criterios claros; Una revisión periódica del estado de los niños, así como de los centros de residencia; Establecimiento de mecanismos para denunciar, vigilar y remediar situaciones de vulneraciones de derechos; asignación de recursos en específico para facilitar la reintegración social de los niños que residan en ellos, adicionado de una constante reevaluación para alcanzar dicho objetivo.

En adelante me detendré en las consecuencias que se hicieron patente a partir de los distintos tipos de falencias del sistema: La cantidad de niños en centros de acogida, la violencia contra los mismos, la falta de reconocimiento del derecho a ser oído, la falta de legislación adecuada, etc. Generan una especie de tormenta perfecta, o más bien, un continuo de imperfecciones del sistema que afectan los derechos de los infantes y adolescentes, qué incluso se acusa al Estado parte de Chile en mantener un sistema que viola sistemáticamente los derechos de los NNA.

- b) Investigación relacionada con Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre Derechos del niño¹⁴⁵ relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Así como señala en la investigación “de conformidad con el Artículo 13 párrafo 4 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño”, el Comité debe investigar al Estado parte en los casos de reciba alguna acusación e información fidedigna sobre violaciones sistemáticas o graves sobre aquellos en contra de NNA. Así las cosas, el

¹⁴⁵ Naciones Unidas Derechos Humanos. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Resolución ARES/66/138. (2011).

22 de julio de 2016 el Comité recibe “una solicitud de investigación en relación con la situación de los niños, niñas y adolescentes privados de un entorno familiar que se encuentren en centros residenciales de Chile.” La premisa o hipótesis de investigación sería una posible violación de derechos en contra de NNA, para aquello, se enviaron varios documentos e informes atinentes provenientes del SENAME, de la Cámara de Diputadas y Diputados y de la Fiscalía Nacional.

De acuerdo a los informes entregados al comité, este último hace un análisis de la información sin prejuzgar el fondo de la información y decide que se registra la información. Según “el artículo 13, párrafo 1 del Protocolo Facultativo y el artículo 35 del reglamento del Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, el Comité decidió solicitar a Chile que presentara observaciones sobre las cuestiones planteadas al Comité.”

El estado parte de Chile presenta sus observaciones, y en respuesta a esto, el Comité decidió realizar una investigación confidencial sobre la potencial violación grave o sistemática de diversos derechos que se protegen en la Convención, las cuales se analizarán a continuación.

La metodología y fuentes de información de la investigación consistió en una investigación de carácter confidencial, en la cual se analizaron los informes entregados por distintos organismos, se visitó los centros de residencia, se designó a “expertos que se entrevistaron con más de 100 personas, entre ellas los Ministros de Justicia y de desarrollo Social, el Presidente de la Corte Suprema, varios jueces de familia,, el Fiscal Nacional y otros fiscales, la Directora del SENAME, funcionarios del mismo servicio, entre otros. Respectos a los informes aportados, algunos son de dominio público, “tales como el Informe Final de la Comisión de investigación de la Cámara de Diputados de 2013, las actas de la comisión de investigación de Cámara de Diputados de 2017, el Informe del Proyecto de Levantamiento y Unificación de información referente a los niños, niñas y adolescentes en

Sistema Residencial en Chile o más conocido como Informa Jeldres¹⁴⁶, el Informe del INDH denominado “Misión de observación a centros residenciales de protección de la red SENAME; así como otros informes y/o documentos confidenciales que fueron remitidos al Comité o entregado en mano a los expertos durante la visitas.

Las denuncias y advertencias sobre reiterados abusos y existencia de vulneraciones de derechos en contra de NNA han sido reconocidas desde hace varios años, sin perjuicio de esto, esta investigación genera un impacto profundo pues se transforma en una sistematización o recopilación de toda la información sobre la materia, quedando el estado parte de Chile expuesto ante el mundo no solo como un sistema arcaico y que se ha demorado en avanzar a una política de protección integral, si no que el “Sistema” en sí mismo, es generador de vulneración de derechos.

Según el propio informe, señala acerca de una “Existencia de una violación grave y sistemática de los derechos de los NNA que se encuentran en centros de protección residenciales en Chile bajo control directo o indirecto del SENAME”. Frente a esto, sistematiza el resultado de la investigación en puntos donde se busca validar la premisa planteada, para luego entregar recomendaciones urgentes que se deben llevar con efecto inmediato y otras que insiste al Estado de Chile a progresar en la materia en base a los principios de la Convención. Terminando con resaltar en la obligación de reparación a las víctimas de violencia por parte del Estado de Chile y el Seguimiento que se adoptará en adelante.

En adelante se analizarán los puntos críticos que validan la investigación, señalando y en algunos casos citando otros informes relevantes que hacen patente las violaciones de derechos en contra de NNA, de tal manera, que el informe elabora tres puntos claves que se verán a continuación: a.- Incumplimiento de las obligaciones del Estado parte derivadas

¹⁴⁶ Cámara de Diputados. Informe de la Comisión de Familia constituida en investigadora para recabar información y determinar responsabilidades en las denuncias sobre hechos ilícitos ocurridos en hogares del Servicio Nacional de Menores.

de la Convención relativas a los NNA privados de un entorno familiar; b.- La Atribución al estado de las violaciones; c.- Naturaleza grave o sistemática de las violaciones.

a.- Incumplimiento de las obligaciones del Estado parte derivadas de la Convención relativas a los NNA privados de un entorno familiar.

Acercas de las obligaciones que señala el informe, no son más que una sistematización de los principios que señala expresamente en la Convención en el cuerpo del escrito, y que el estado parte de Chile no cumple en virtud de lo señalado con el tratado internacional que mantiene vigente y ratificado:

a) No discriminación, artículo 2° de la CDN: La Comisión ha establecido que Chile contradice o viola este derecho pues “existe un consenso en que la pobreza es una causa de internación”¹⁴⁷. De hecho, la mayor parte de los NNA en centros residenciales son de condición socioeconómica baja, y que en vez de apuntar a facilitar condiciones económicas a la familia se decide la separación del núcleo familiar.

Es importante mencionar que son los Tribunales de Familia quienes tienen la competencia de conocer las causas y juzgar acerca de la internación de los NNA en centros de residencia. Lo determinan a través de resoluciones en procedimientos especiales que se analizarán en otro apartado.

b) Interés superior del niño, artículo 3.1 y 25 de la CDN: El estado parte de Chile tiene la obligación de que la separación de los NNA sea una alternativa de última ratio, como se analizó anteriormente la decisión de internar a los NNA por razones económicas son una mayoría cuantitativamente, también existen razones en que los Jueces de los Tribunales de Familia, a causa de vulneración de derechos en contras de NNA, no buscan de la mejor forma mejores alternativas para que no exista una separación de la familia. Muchas

¹⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.5 Párrafo 23.

veces ocurre que hay casos en que existen otros familiares que pudieran apoyar en estos casos, sin embargo los tribunales agotan todas las instancias para que aquello ocurra. Además, de no haber una adecuada justificación o motivación suficiente en las sentencias, así afectando los puntos anteriores al principio del Interés superior del niño.

Siguiendo la línea de la internación de los NNA, el sistema por razones administrativas separa a los hermanos al momento del ingreso a los centros de residencia, sin considerar que existe un alto porcentaje que rondaba al año 2017 en un “24,1% de NNA tenía hermanos/as en otros centros.”¹⁴⁸

- c) Obligación de asegurar el respeto de las normas por las instituciones encargadas de protección, artículo 3.3 CDN: Chile además de tener la obligación de proteger y promover los cuidados para con los NNA en los centros de residencia, también debe asegurar que estas instituciones, servicios y establecimientos cumplan las normativas que se exigen a nivel internacional, sobre todo acerca de la Convención de los derechos del niño. Sin embargo, en este punto el Estado parte de Chile mantiene bastantes deficiencias normativas e institucionales, como por ejemplo, temas de infraestructura y equipamiento, existencia de sobrepoblación de NNA en los centros, falta de supervigilancia y falta de fiscalización.

- d) Medidas generales de aplicación, art 4 CDN: según lo señalado en la CDN, los estados partes tienen la obligación de modificar y tomar las medidas legislativas, reglamentarias y de toda índole que encamine a los parámetros de la Convención. En relación a lo antes mencionado, este informe señala cuatro materias críticas en que Chile incumple: En primer lugar, en cuanto a la legislación, Chile tiene vigente la Ley 16.618 del año 1967 o más conocida como la Ley de menores. Dicha ley sigue una postura de Visión tutelar del niño, un estado paternalista y asistencialista del Estado.

¹⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.6 Párrafo 29.

Por otro lado, también se critica que en las Instituciones colaboradoras del estado que son regulados por la Ley 20.032 sobre las subvenciones del SENAME, “no se establecen suficientes medidas de control sobre la actividad en los centros residenciales”. En segundo lugar, existe una falta de Coordinación, es decir que hay una falta de coordinación entre los profesionales que trabajan en los Centros Residenciales y el Ministerio de Educación, así con otros ministerios que pudieren aportar en relación al buen vivir de los NNA, como por ejemplo los ministerios de Salud, Deporte, Medio Ambiente y/o de Cultura, las Artes y el Patrimonio. En tercer término, se señala acerca de los “Datos”, esto es que existe una falta de un Sistema de Recopilación de datos del SENAME enfocada a la situación de los NNA, sino que la mayor parte de los datos que se encuentran son atribuibles al pago de subvenciones. Por último, la materia de la asignación de Recursos de los Centros Colaboradores, más conocidos como OCAS, se refiere a que la máxima subvención que puede obtener estos tipos de centros de residencia es un 65% del coste de sus necesidades, siendo esto solo un monto extraordinario pues el costo usual es de no más de un 60% del coste. El problema surge, ya que se hace patente el carácter asistencialista o subsidiario del estado, lejos de la obligación de garantizar los derechos de los NNA. Además, de los “incentivos perversos” que se han mencionado anteriormente acerca de los CREAD y los OCAS.

- e) Derecho a la vida, supervivencia y el desarrollo, artículo 6° de la CDN. Esta es una materia que ha dado mucho que hablar, a mi juicio es una consecuencia del Sistema subsidiario. Sin embargo me remito a mencionar que objetivamente se menciona en el informe: En el párrafo 53, se señala que “según datos del SENAME, entre enero de 2005 y junio de 2016, fallecieron en centros residenciales 210 NNA”, esto debido mayormente a deficiencias del sistema en relación con la capacitación de los profesionales a cargo, falta de recursos, falta de fiscalización, entre otros; o sea, todas y más falencias que se han visto con anticipación.

Por otro lado, se patenta una creciente tasa de reingreso a los centros de residencia, esto es de: “4.168 en 2013; 4,648 en 2014, 5744 en 2015”. Además, existe una inadecuada separación o distribución de los NNA que ingresan a los centros, se refiere en el párrafo 55 a que “de forma que NNA de alta complejidad conviven en residencias de protección simple, aquellos cuyos derechos han sido vulnerados conviven con los “vulneradores” de derechos, y adolescentes conviven con niños y niñas de corta edad.”

Por último y que se mantiene hasta el día de hoy, es que existe una larga lista de espera en que “mientras tanto, no reciben la protección y el tratamiento adecuado”. Todo esto refleja un sistema que debe cambiar a uno que le dé prioridad a proporcionar la atención y los cuidados adecuados para con los NNA.

- f) No separación de la familia salvo en interés superior del niño, artículo 9° de la CDN. Existen solo dos criterios los cuales funcionan copulativamente que sugieren a los Tribunales de Familia para la separación de los NNA de sus familias, esto son, que sean causas excepcionales y que sea una separación temporal. La política que deberían seguir los tribunales de justicia deben ligarse a que se busquen todos los medios posibles antes de que se dicte una resolución acerca de la separación del núcleo familiar, sin embargo, se ha constata que en Chile existen variadas situaciones en que no se cumple con esta disposición, como por ejemplo, casos que se señalan este informe: Jueces de familia que toman decisiones de separar a los NNA sin participación de la familia extensa, falta de recursos para la reintegración familiar en los centros de residencia CREAD y OCAS, existencia de una mala comunicación vía presencial y telemática con las familias.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.10 Párrafo 60 al 63.

Creo importante explicitar con números o porcentajes la cruel experiencia que tienen los NNA que ingresan a los centros residenciales, los cuales demuestran que es sumamente compleja la situación para que los infantes y adolescente se les pueda restituir sus derechos vulnerados y reparar el daño causado, y en el caso de los adolescentes infractores de ley, que estos sean reinsertados en la sociedad. La cruda realidad que se señala en el párrafo 62 del informe en cuestión, explicita que: a.- El 37,7% de los centros solo permite visita en los horarios laborales”. Luego de una deducción lógica, no es completo deducir que dificulta a los progenitores o tutores legales, así como a otros familiares, las visitas con los NNA pues para mantener una relación directa y regular con quienes permanecen en los centros, no podrían trabajar; b.- “50% pone restricciones a la frecuencia de las visitas y el 30% no admite más de dos visitas por semana.”; c.- “23% de los centros prohíbe a los padres participar en las reuniones del colegio, sobrepasando las limitaciones que imponen los tribunales”; d.- Suspensión por parte de los centros, de un 12% de las las visitas por mal comportamiento, en tanto “un 17,2% de los niños niñas y adolescentes dice haber sufrido dicha suspensión”; e.- “La mitad de los NNA no siente que dispone la libertad para poder llamar o tener contacto con sus familiares. Ya en el párrafo 63, se expone sobre la lejanía de los centros y domicilios de los NNA con sus familiares, de hecho un “57,4% de los centros no se encuentra en la misma comuna del domicilio familiar de los niños, niñas y adolescentes, y el 7,24% de estos está en centros ubicados en regiones distintas a las de las familias.”

- g) Derecho a expresar su opinión y ser escuchado, artículo 12 de la CDN. Se refiere a la obligación que tiene el Estado parte a garantizar que los niños, niñas y adolescentes tengan el derecho a expresar su opinión, siempre teniendo en cuenta la edad y madurez, sobre los asuntos o materias que le afecten. Dicho de otro modo, dentro de este derecho está la obligación del Estado y de los Tribunales de Familia para que en virtud de dictar las resoluciones para cada caso, sea escuchada la opinión de los NNA por parte de los magistrados, así como por los abogados que conocen de sus causas. Sin embargo, este informe en el párrafo número 66, solo un “32,1% dice

tener la oportunidad de hablar con el magistrado y el 30,8% con el abogado que los representa en sus causas”.

Por otro lado, en relación a los centros, en el párrafo 67 y 68 se menciona que el “31% de los centros reporta no contar con un protocolo de quejas y sugerencias o no saber de su existencia”, y desde la perspectiva de los NNA, un “63,4% declara haber realizado algún reclamo a los profesionales del centro. De ellos, 44% declara haber tenido respuesta siempre y casi siempre.” Así las cosas, también existe el conflicto de que tanto los centros como los NNA declaran que, los últimos no pueden participar ni opinar acerca de ningún tipo de decisiones del funcionamiento del centro o sobre sus propios casos.

- h) Asistencia apropiada a los padres y representantes legales en lo que respecta al niño, artículo 18 de la CDN. El Comité deja en evidencia que no existe un sistema de apoyo a los padres o representantes legales, esto se refiere a que los estados partes tienen la obligación de generar las mejores condiciones posibles para que los NNA vivan una vida en dignidad y un desarrollo integral, por ende, para ello es necesario que ante la falta de cuidados o existencia de vulneración de derechos exista una red asistencial, de educación parental y en casos de apoyo económico para que los padres o tutores legales sean ayudados a resolver los conflictos que hay dentro de las familias.
- i) Protección contra la violencia, artículo 19 de la CDN. Como violencia se entiende como toda forma o acto que cause perjuicio a los NNA, sea salud física o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, entre otros. Según el Comité, Chile se encuentra en un estado de vulneración de los derechos de los NNA al artículo 19 pues se han detectado prácticas de castigo o mal cuidado, falta de “capacitación del personal en técnicas educativas y disciplinarias no violentas”, y existencia de violencia entre pares.

En estos párrafos se menciona otro informe, me refiero al Informe INDH, el cual señala que “en un periodo de 12 meses, 8 de cada 10 NNA en los centros reportó ser castigado por parte del personal, afectando por igual a niños y niñas, con independencia de su edad. Los NNA reportaron castigos como: encierros, contención física, ducha fría, salir al patio por la noche, aislamiento social, o prohibirles jugar”.

Es posible observar que en materia de “violencia” es un asunto que ha causado gran controversia y ha evidenciado una falla en el sistema de protección de los derechos para con los NNA. Es más, se han evidenciado acusaciones en el trato de los profesionales que trabajan en los centros: “los tiraban al piso, les doblaban el brazo” o “una tía le mete la cabeza de un niño de 6 años en un horno caliente hasta que se sofoque”¹⁵⁰. De hecho, según el resultado de la investigación o ente este Informe en el párrafo 76, se señala que “el 48,4% de los niños, niñas y adolescentes reporta ser objeto de violencia física o psicológica por sus pares” y que frente a esto solo un “34,3% de estos indica no poder pedir ayuda a un adulto del centro para resolver su situación de vulneración”.

- j) Derecho al más alto nivel posible de salud, artículo 24 de la CDN. Otra forma de violencia en que Chile ha sido investigado y aparece en este informe de la Comisión, se relaciona más que en una acción directa sino que, más bien, en una falta de servicio que los centros de residencia no entregan un servicio de salud adecuado a los NNA, y mucho menos el “nivel más alto posible de salud”. Por lo que el Comité deduce que existe vulneración de derechos en cuanto hay una sistemática falta de diagnóstico de la salud integral de los NNA, limitado acceso a salud mental y tratamiento adecuado para el mismo. Sin tener la idea de emitir un juicio personal, los números o porcentajes demuestran una falta grave a esta obligación por parte de Chile, más en

¹⁵⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Informe Misión de Observación. Centros Residenciales de Protección de la red SENAME. (2017). P.151.

específico, como es el caso de la salud mental dentro de los centros residenciales: “En diciembre de 2016, de los 1.334 niños, niñas y adolescentes que presentaban “patologías físicas y mentales de difícil manejo”, solo 164 habían recibido algún tipo de atención por parte de la red asistencial pública”¹⁵¹; “En Ministerio de Salud reconoció que el 69,1% de los niños internados tiene trastornos mentales, a pesar de lo cual son escasos los servicios de salud mental.”¹⁵²; “En el informe INDH, la mitad de niños, niñas y adolescentes reportó estar tomando medicamentos para su salud mental, aunque el levantamiento de información clínica no contempla la evaluación psicológica o psiquiátrica por un especialista, ya que estas evaluaciones son efectuadas por un técnico o un médico general”.

- k) Derecho a la educación, artículo 28 de la CDN. Otra causa de vulneración de derechos en contra de los NNA por falta de servicio es la falta de medidas necesarias para que los niños, niñas y adolescentes puedan acceder a una educación digna y de calidad. Existe una falta de capacitación de los profesionales en cuanto a que “la mitad de los niños niñas y adolescentes en los centros tienen un retraso escolar equivalente a dos años, y muchos son calificados de analfabetos”¹⁵³.

- l) Protección contra explotación y abusos sexuales y protección contra la tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes, artículos 34 y 37 respectivamente de la CDN. Se juntan ambos artículos o derechos que deben garantizar los estados partes, ya que son los puntos más críticos que se evidenciaron en la investigación y se dieron a conocer vía recomendaciones de carácter urgente para el Estado parte de Chile.

¹⁵¹Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.13 Párrafo 82.

¹⁵² Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.13 Párrafo 83.

¹⁵³ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.14. Párrafo 89.

Comenzando por temas de abusos sexuales, los estados partes tienen la obligación de proteger a los NNA en contra de todas las formas posibles que puedan existir. Por un lado, el ingreso a los centros de residencia es en gran parte por casos de vulneraciones de derechos que tienen como causa algún tipo de abuso sexual, de hecho, según datos del SENAME¹⁵⁴ “el abuso sexual es la segunda o tercera causa de ingreso en red SENAME”. Por otro lado, dice relación con el momento en que los NNA se encuentran en los centros residenciales, esto es, la existencia de casos en que la estancia expone a los NNA a nuevos abusos sexuales. Así es como se expone en varios informes, como por ejemplo “casos de violencia sexual entre niños niñas y adolescentes, entre adultos del centro y niños, niñas y adolescentes, y casos de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes por adultos.”¹⁵⁵; o en el párrafo 98, que señala el caso de la residencia Ajllasga de Arica que “existía una red de prostitución infantil que afectaba a 24 niñas” o el caso de la ciudad de Freirina “que se desarticuló una red de explotación sexual con niñas de las dependencias del SENAME”. Por último, no es menor exponer la crudeza de los datos y relatos que recopila esta investigación a partir del Informe del INDH y testimonios durante la visitas para esta investigación, el primero, señala que “identificó un total de 34 casos de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes ocurridos el año anterior... pertenecían a un total de 20 centros en 9 regiones diferentes.” y más adelante, que “La mayoría de los niños, niñas y adolescentes reportan seguir en contacto con la persona que habría cometido el abuso, y la mitad reportar por haber sufrido abusos reiterados”. y el segundo, es decir, acerca de las entrevistas de acuerdo a las visitas a los centros de residencia para esta investigación, “los expertos escucharon testimonios estremecedores de antiguos internos de centros residenciales: “por las noches me embadurnaba

¹⁵⁴Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.14. Párrafo 96.

¹⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018). P.14. Párrafo 97.

con mis heces para que no se me acercaran”, “al llegar oía cómo se repartían a los nuevos: este para mí”¹⁵⁶.

En segundo término, me referiré a los casos de violación al artículo 37 de la CDN, es decir, a la obligación de los estados partes a velar por que ningún niño, niña o adolescente sufra violencia como torturas o tratos crueles o penas degradantes. Si bien es cierto, Chile tiene la obligación de mantener el derecho de una vida digna y el cuidado de la salud física como psíquica, esto tampoco es un asunto que se logra proteger del todo. Es más, el Comité deduce luego de esta investigación que “el Estado parte vulnera el artículo 37 de la Convención”¹⁵⁷, razones que expone a causa de que existen varias vulneraciones de derechos que se informan para la realización de este informe: a. Caso Centro Playa ancha: “En diciembre de 1016 se conoció que 25 niños internados en el centro de Playa Ancha de Valparaíso había sido víctima de fuertes maltratos y golpes cometidos por funcionarios de la institución. b. Caso centro Alihuen: “En mayo de 2026 se conocieron actos violentos en contra de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad en el centro Alihuen de Santiago, cometidos por el director y funcionarios”¹⁵⁸; c. Caso Centro Galvarino: En el año 2017 se investiga la muerte de una mejor de 11 años, se concluye que “la niña habría fallecido producto del ejercicio de violencia física por parte de personas responsables de su cuidado, formalizando en marzo de 2017 la denuncia a ocho personas por delitos de tortura y apremios ilegítimos”.

Cómo ha sido posible evidenciar gracias a la investigación confidencial del año 2018 y el posterior informe que se distribuyó de forma general el 6 de mayo de 2020, el SENAME se encontraba a la fecha con un problema sistemático de vulneraciones de derecho en contra de niños, niñas y adolescentes. El informe en cuestión es claro en cuanto a la falta de cumplimiento de los derechos que debe garantizar en virtud de la Convención de los derechos del niño, incluso el Comité determina en este informe que las violaciones o

¹⁵⁶ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile ... P.15. Párrafo 100.

¹⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile ... P.15. Párrafo 108.

vulneración de derechos en contra de los NNA tienen una naturaleza grave y sistemática. Señala que son graves cuando producen un daño sustancial en las víctimas, o como dice en el párrafo 114, que “el sistema de protección residencial de Chile ha resultado en una amplia vulneración de derechos de miles de niños, niñas y adolescentes bajo la tutela del Estado durante un largo periodo de tiempo”. Y sistemáticas ya que falta una ley integral de protección de la niñez, sobre uso de las medidas judiciales sobre materias de protección de derechos, un sistema no adecuado administrativo del SENAME sobre todo en recursos humanos y financieros, y la incapacidad de tomar medidas eficaces para proteger y reparar cuando los derechos han sido vulnerados.

A partir de los informes que se ha hecho mención, la presión internacional por parte del Comité sobre de dar con soluciones a las acusaciones planteadas y la adhesión en 2015 de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible, todos ellos tienen dentro de sus objetivos el desarrollo integral de los NNA, además de la dificultad para la promulgación de la Ley Marco que dote al país de un “sistema coordinado de políticas, instituciones y normas, orientadas a velar por el desarrollo integral de todos los NNA.” En marzo de 2018 se convoca a todos los sectores políticos, expertos y organismos de la sociedad civil, para “concretar un gran Acuerdo Nacional por la Infancia”. Resultado de este proceso surgieron “noventa y cuatro propuestas, que significan un conjunto amplio y ambicioso de reformas en materia de infancia, con miras a promover el desarrollo integran de todos los niños y niñas del país.

Las noventa y cuatro propuestas planteadas en el Acuerdo Nacional por la infancia contemplan tres ejes de acción:

1. Protección universal y promoción del desarrollo integral de todos los niños y niñas.
2. Prevención del riesgo de vulneración de niños y niñas.
3. Protección y restitución de derechos a niños y niñas que han sido vulnerados

Es importante destacar que este gran Acuerdo Nacional viene respaldado por todos los sectores políticos del país, pues como ya hemos visto, existe un “problema” sistemático de

vulneraciones de derechos en los centros de residencia, sean éstos de administración directa o indirecta del SENAME. Por ende, este proyecto¹⁵⁹ en conjunto a la Ley N°21.090 que crea la Subsecretaría de la Niñez y la Ley 21.067 que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, busca comprometer mejoras, modificaciones y nuevos recursos con el fin de otorgar más y mejores oportunidades a los niños, niñas y adolescentes, para aquello se propone la creación de un nuevo Servicio Nacional de Protección a la Niñez y adolescencia.

3.1.2.4. Ley 21.302 que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la niñez y adolescencia.

El Servicio Nacional de Protección Especializada a la niñez y adolescencia, en adelante “el Servicio”, fue creado por la Ley número 21.302, promulgada el 22 de diciembre de 2020 y publicada el 5 de enero de 2021. Dentro de sus principales características es que viene a reemplazar la institucionalidad residencial conocida como SENAME, y según el artículo primero inciso primero de esta ley “y formará parte del Sistema de Garantías y protección integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia”.

El objeto del el Servicio está señalado en el artículo segundo de la ley, dispone que “tendrá por objeto garantizar la protección especializadas de los niños, niñas y adolescentes gravemente amenazados o vulnerados en sus derechos, entendida como el diagnóstico especializado, la restitución de los derechos, la reparación del daño producido y la prevención de nuevas vulneraciones”. Para el cumplimiento del objeto, el Servicio deberá desarrollar distintas acciones o Programas de atención para con los NNA, todo esto en virtud de un trabajo intersectorial entre los Tribunales de Familia y órganos de la Administración del Estado, sean éstos distintos Ministerios y subsecretarías que digan relación con la niñez y adolescencia, programas o servicios nuevos o antiguos a esta ley, Residencias, etc. “Para responder a esta responsabilidad, se establece que se deben

¹⁵⁹ Mensaje N° 090-366 de S.E el Presidente de la República (2018). Proyecto de ley que Crea el Servicio de la Niñez y modifica normas legales que indica.

desarrollar programas de atención que se organizan a través del establecimiento de cinco líneas de acción que son establecidas en el artículo 18 de la misma ley”, éstas son:

a) Diagnóstico especializado y seguimiento de casos, y pericia: Señalado en el artículo 22, “Esta línea de acción comprende, por una parte, los programas de diagnóstico clínico especializado y seguimiento de casos, y por otra, los programas de pericia. Tiene por finalidad realizar evaluaciones periódicas a los NNA y de sus familias que requieran atención por parte del Servicio.

b) Intervenciones ambulatorias de reparación: Su función es realizar programas reparatorios en cuanto a NNA que hayan sufrido vulneraciones de derechos. Entendiendo como reparación de daños que sean físicos como psicológicos generados por dichas vulneraciones, así terminar con el círculo vulneratorio y exista una reparación integral.

c) Fortalecimiento y vinculación Familiar: Señalado en el artículo 23, Su enfoque es el apoyo a las familias en habilidades parentales y crianza, una adecuada relación directa y regular, el cumplimiento de las medidas que se han recomendado según el diagnóstico especializado, todo aquellos para una efectiva de vinculación y reintegración. Además, de manera complementaria se busca a través de un programa de “preparación para la vida independiente”, que tiene por objeto principal al grupo etario de adolescentes.

d) Cuidado alternativo, Artículo 24: Se refiere a distintos tipos de medidas de cuidado que puedan resultar favorables para los NNA, los cuales “se orienta a entregar cuidados alternativos a aquellos niños, niñas y adolescentes que sean separados de forma transitoria de sus familias de origen para resguardar su seguridad.”¹⁶⁰ El objetivo principal de esta línea

¹⁶⁰ Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Servicio Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia. Recuperado enero 2024, de <https://www.mejorninez.cl/mejorninez.html#:~:text=El%20Servicio%20Nacional%20de%20Protecci%C3%B3n,amenazados%20y%20vulnerados%20en%20sus>

de acción es que le entregue contención emocional y estabilidad de NNA que han sido gravemente vulnerados en sus derechos y se requiera de una intervención a la familia en su conjunto hasta agotar la reparación de los derechos vulnerados.

e) Adopción. Según lo señalado en el artículo 25 de la ley, es que este Servicio se hará cargo de la adopción a nivel nacional. El objetivo de esta línea de acción es siempre que los NNA se le resguarde el derecho a vivir en familia, que ésta le “brinde el afecto y procure los cuidados necesarios tendientes a satisfacer sus necesidades vinculares y materiales”¹⁶¹.

Adicional a la existencia de las líneas de acción antes mencionadas, la ésta ley propone en el artículo 26 sobre la “Intervención simultánea de las diversas líneas de acción.” Se refiere a que estas podrán ser necesarias para los NNA cuando las Oficinas locales de la Niñez (OLN) y/o los Tribunales de Justicia así lo determinen. En estos casos, se determinará cuál será el programa focal, el cuál será el encargado de informar a las OLN o Tribunales acerca del avance de todos los programas que requiera el NNA.

Siguiendo esta línea, me remito a lo referido sobre los Tribunales de Familia, por ende falta hacer referencia a ¿Qué son las Oficinas Locales de la Niñez? En primer lugar, las ONL son a grandes rasgos, “las encargadas a nivel territorial de la protección administrativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”¹⁶². Las OLN son instituciones que fueron creadas a partir de un Plan Piloto Oficina Local de la Niñez, 2019-2021”¹⁶³, cuya implementación fue una iniciativa piloto o “de prueba”, a la espera de la

¹⁶¹ Ley N° 21.302 Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas que indica. (2021). Artículo 25, inciso primero: Artículo 25.- De la adopción. Corresponderá a la línea de acción de adopción toda actividad tendiente a procurar al niño, niña o adolescente una familia, cualquiera sea su composición, que le brinde afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades vinculares y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen, conforme a la normativa de adopción vigente. La adopción es siempre subsidiaria.

¹⁶² Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 54. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

¹⁶³ ¹⁶³ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Mejor Niñez (2021). Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y adolescencia (SPI). P.16-22. [PowerPoint presentación]. [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=HbYohhmaSZg>> [consulta octubre de 2023].

aprobación de la ley 21.430. Este plan constó en una primera etapa en el año 2019 con 12 centros en distintas comunas del país, y luego en una segunda etapa con 2 nuevos centros en el año 2021, para que luego de que funcionaran de buena manera y se aprobara la Ley de Garantías que se encontraba en tramitación, con el objetivo de constar con 320 oficinas en las distintas comunas del país.

Importante he de mencionar que las OLN son instituciones comunales o territoriales importantes dentro del Sistema Universal de Garantías, así las cosas, como se plantea acerca de la derivación en el artículo 19 de esta ley, “serán derivados a programas de protección especializada por los tribunales o las Oficinas Locales de la Niñez”, no constante, su rol y funciones que se conocerán más adelante en detalle dentro del mismo. Este Sistema se compondrá principalmente por la Ley 21.302 sobre la creación del Servicio de Mejor Niñez y la Ley 21430 que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derecho. Además de las instituciones que se han creado y analizado luego del Informe que revela las Graves y Sistemáticas vulneraciones de derechos en contra de NNA por parte de Chile.

Por otro lado, la ley 21.302 que Crea el sistema de “Mejor Niñez” o Servicio Nacional de Protección especializada a la Niñez y adolescencia, también crea un Consejo de Expertos en virtud del artículo 9¹⁶⁴ de la misma ley, el cual tiene como objetivo ser un organismo asesor en materias de protección especializada de los NNA para con el servicio de Mejor Niñez, es decir que, funciona en conjunto con este Servicio y hoy en día con el sistema integral de protección de derechos que propone la Ley 21.430.

¹⁶⁴ Ley 21.302 Artículo 9°, inciso primero: “Consejo de Expertos. Créase un Consejo de Expertos, cuyas funciones serán las siguientes: ...”.

CAPÍTULO IV: SISTEMA VIGENTE SOBRE VULNERACIONES DE DERECHOS RELATIVOS A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: POSTERIOR A LA PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LA LEY 21.430 QUE CREA EL SISTEMA DE GARANTÍAS Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS.

Como ya se ha analizado anteriormente, a partir de la ratificación de la Convención de los derechos del niño y otros Tratados Internacionales referentes a la niñez y adolescencia, Chile ha vivido un proceso de “modernización” y adecuación de la legislación interna para así ajustarla a un sistema de protección integral. De tal manera que, existe necesidad de creación de una “Ley Marco” o que dote al país de un sistema coordinado de políticas, instituciones y normas acorde a un sistema de protección integral, y cómo se explicita en el Mensaje presidencial de la Ley “Hemos optado por una ley que sienta las bases generales del sistema de garantías de los derechos de la niñez.”¹⁶⁵

Sin duda alguna la promulgación y publicación de la Ley 21.430 en el año 2022 no estuvo exenta de dificultades en el proceso legislativo, pues desde el año 2005 se ha tratado de avanzar en materias legislativas relativas a la niñez y adolescencia. Ejemplo de aquello es que aquel año, se presenta vía mensaje presidencial un proyecto de ley denominado “Sobre Protección de los derechos de infancia y adolescencia”¹⁶⁶, el cual tuvo como última tramitación el año 2007. Años más tarde, en 2012 se presentan dos proyectos de ley, el primero, nuevamente vía mensaje presidencial se presenta un proyecto de ley, ahora denominado “Sobre derechos de los niños, niñas y adolescentes”¹⁶⁷; y el segundo, por moción de los Honorables Senadores señor Escalona, señora Alvear y señores Letelier y Walker, don Patricio, se presentó el “Proyecto de ley de Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, sin embargo, este proyecto no tuvo tramitación ya que por la naturaleza de sus pretensiones se requería de mensaje presidencial.¹⁶⁸ Finalmente,

¹⁶⁵ Mensaje presidencial Boletín N° 10315-18, de fecha 24 de septiembre de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. En línea: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10729&prmBOLETIN=10315-18> > [consulta octubre de 2023].

¹⁶⁶ Mensaje Presidenta Bachelet, Boletín N° 3792-07 de fecha 19 de enero de 2005, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley sobre Protección de los derechos de infancia y de la adolescencia.

¹⁶⁷ Mensaje presidencial, Boletín N° 8487-07 de fecha agosto 2012, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley que Suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos servicios de atención a la infancia y adolescencia.

¹⁶⁸ Historia de la Ley N° 21.430 de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, p.6. Publicada el 15 de marzo de 2022, según la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

en 2013 vía un nuevo Mensaje Presidencial se propone una nueva propuesta denominada “Proyecto de ley de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes”.¹⁶⁹ Sin perjuicio de la preocupación transversal de prácticamente todos los sectores políticos, ya habiendo transcurrido una década de discusión, y las evidentes dificultades del sistema de protección a la infancia y adolescencia, ninguno de estos proyectos de ley pudo llegar a una instancia definitiva para lograr un sistema adecuado para los NNA, ya que implican necesariamente una lógica de consensos en que no se logró llegar a un acuerdo definitivo.

No fue hasta el proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derecho¹⁷⁰, que fue presentado vía Mensaje Presidencial en septiembre de 2015, luego de 7 años de tramitación se aprueba y promulga la ley en 2022 bajo la Ley 21.430.

4.1.- Análisis normativo de la Ley 21.430 que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos.

Esta ley tiene por finalidad ser una “Ley Marco”, es decir que dota al país de un sistema coordinado de políticas públicas, instituciones y normas, orientadas a velar por el desarrollo integral de todos los NNA. Su objeto viene señalado en el artículo primero¹⁷¹, que en definitiva crea un estatuto de garantía y protección integral de los derechos de los NNA, y que estos, sean promovidos, protegidos, y en caso de que exista vulneración de los mismos, reparados.

En cuanto al contenido de la ley, consta de cinco títulos en los cuales se establecen cuál es la finalidad que tiene este nuevo sistema de protección de derechos, estableciendo distintos tipos de medidas, adecuación a los términos de la Convención sobre los Derechos respectos a los NNA, creación de un “Sistema Administrativo”, estructuración de las

¹⁶⁹ Mensaje presidencial, Boletín N° 8.911-18 de fecha octubre 2013, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley Reforma integral al sistema de adopción en Chile.

¹⁷⁰ Mensaje presidencial, Boletín N° 10.315-18 de fecha septiembre de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

¹⁷¹ Ley N° 21.430 Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Artículo 1°, inciso primero: Objeto de la ley. Esta ley tiene por objeto la garantía y protección integral, el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en especial, de los derechos humanos que les son reconocidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en las leyes.

instituciones y sus funciones del Sistema, establecimiento de una “Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su plan de acción, y por último, las modificaciones necesarias a otras leyes para el establecimiento definitivo de esta ley.

4.2.1.- Título I: Normas generales. En esta parte de la ley se tratan distintos tipos de materias, esto es: el Objeto de la Ley, los principales obligados y sobre la aplicación e interpretación.

En primer término, en el artículo 1° de la Ley 21.430 se menciona el objeto de la ley, se refiere principalmente a la creación de un “Sistema de protección integral”, es decir, “un Sistema prioritario para el Estado compuestos por distintas políticas públicas, para el reconocimiento, respeto, protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.¹⁷² El mismo artículo, señalará cuáles son las instituciones que son partes del sistema, sin perjuicio de dar el espacio par aun tratamiento más detallado en el Título IV de la misma Ley. Para finalizar, en el último inciso se define quiénes serán los sujetos activos referente a la protección de derechos, haciendo la distinción acerca de quienes serán considerados como niños y niñas, y quienes son adolescentes.

En segundo término, “acerca de los principales obligados por esta ley”, en el artículo 2 señala que “Es deber de la familia, de los órganos del Estado y de la sociedad, respetar, promover y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Se deduce de este artículo, el rol de protección de los NNA es transversal, o sea que, los llamados a “reconocer, respeto, protección y garantía” de los derechos está mandatado tanto a la Administración de Estado, así como a la Familia y sociedad en su conjunto. La familia “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar, tiene el derecho y deber de crianza, cuidado, formación, asistencia, protección, desarrollo, orientación y educación de los niños, niñas y adolescentes”; y la sociedad, “corresponde a la sociedad civil (persona, institución o grupo), respetar, promover y/o velar activamente por sus derechos, reciban o no financiamiento del Estado, atendiendo siempre al interés

¹⁷² Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 6. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

superior de niños, niñas y adolescentes”.¹⁷³ Así las cosas, en el artículo quinto se señalan las obligaciones que tiene el estado en cuanto a los órganos de la Administración: “Cumplirán con las obligaciones que esta ley establece, dentro del marco de sus competencias legales, asegurando el goce y ejercicio de los derechos mediante una aplicación eficaz, eficiente y equitativa de los recursos públicos”.

Por último, respecto a la aplicación e interpretación de esta ley, existen reglas especiales de interpretación¹⁷⁴, principalmente en concordancia a los principios y derechos establecidos en la ley, que a su vez se ajustan a la Convención de los derechos del niño y tratados internacionales que repercuten sobre la infancia y adolescencia. A su vez, como principio rector se considerará a todo nivel del sistema de protección de derechos el “interés superior del niño, niña o adolescente”, y la aplicación de los principios derechos y garantías serán aplicados de forma universal, es decir, que se aplicará a todos los NNA que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de Chile.

Asimismo, en virtud del artículo 2 y 60 de la misma ley, ante cualquier incumplimiento del estado, permite a cualquier persona interponer acciones administrativas y/o judiciales en favor de los NNA cuándo exista alguna amenaza o vulneración de sus derechos humanos o fundamentales protegidos por la ley y tratados internacionales.

Frente a la omisión de cumplimiento de los deberes que les corresponden a los órganos del Estado, la ley habilita a toda persona a interponer acciones administrativas y judiciales, a través de recursos y procedimientos más breves, sencillos, expeditos y eficaces que se encuentren actualmente vigentes por amenaza o vulneración de derechos

¹⁷³ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 14. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

¹⁷⁴ Ley N° 21.430 Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Artículo 3°.- Reglas especiales de interpretación. En la interpretación de las leyes y normas reglamentarias referidas a la garantía, restablecimiento, promoción, prevención, participación o protección de los derechos del niño, niña o adolescente, se deberá atender especialmente a los derechos y principios contenidos en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y en esta ley.

Dicha interpretación deberá fundarse primordialmente en el principio de la aplicación más favorable a la vigencia efectiva del derecho conforme al interés superior del niño, niña o adolescente, y se aplicará de forma prevaleciente y sistemática.

Aquellas limitaciones de derechos que sean el resultado de una decisión de un órgano del Estado deben ser excepcionales, aplicarse por el menor tiempo posible y tener una duración determinada; sólo podrán tener lugar cuando estén previstas en la ley y sean estrictamente necesarias y proporcionales en relación con los derechos que pretenden proteger.

Se prohíben las interpretaciones que afecten la esencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

fundamentales o que sean especialmente establecidos por una ley que no podrá desmejorar las garantías existentes en el momento de su regulación.

4.2.2.-Título II: Principios, Derechos y Garantías.

Al comenzar a referirme a este Título, es importante que se haga que se estará señalando a cerca de tres conceptos distintos: Principios, Derechos y Garantías.

Los “Principios” son los pilares jurídicos en los cuales se funda y sustenta el Sistema, “representan, por una parte, garantías o ventajas en favor de los sujetos protegido por la ley, y por la otra, un límite a la acción de quienes estamos obligados a representarlos”.¹⁷⁵ Estos principios se encuentran señalados entre los artículos sexto al veintidós (artículo 6° al 22°), ajustando la legislación nacional a los requerimientos y que había realizado la Comisión de los derechos del niño. A mayor abundamiento, dando por reproducido aquellos principios que se mencionó en el apartado de la “Convención”, ahora es momento de clasificarlos en virtud de un mayor entendimiento:

- a.- Desde la óptica de los NNA;
- b.- Desde la óptica desde los órganos encargados de hacer cumplir la ley;
- c.- Desde la perspectiva del esfuerzo conjunto con otros actores.

a.- Desde la perspectiva de los NNA, es posible mencionar la concepción de aquellos como, Sujetos de derecho (art.6°), Interés Superior (art. 7°), Igualdad y no discriminación (art. 8°), Autonomía progresiva (art. 11°), y por último, Progresividad y no regresividad (art. 17°).

b.- Desde la óptica desde los órganos encargados de hacer cumplir la ley, encontramos los principios de Efectividad de los derechos (art. 12°), Responsabilidad administrativa (art. 14°), Prioridad (art. 16°), Protección social (art. 15°), Intersectorialidad (art. 21°), Perspectiva de género (art. 13°), Difusión de derechos (art. 20°).

¹⁷⁵ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 18. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

c.- Desde la perspectiva del esfuerzo conjunto con otros actores. Fortalecimiento del rol protector de la Familia (art. 9°), Derecho y deber preferente de padres y madres a educar y cuidar a sus hijos (art. 10°), Participación y colaboración ciudadana (art. 22), Participación social (art. 18), Inclusión (art. 19).

En cuanto a los derechos y garantías, si bien la ley los trata conjuntamente, es necesario hacer una distinción acerca de cada uno. Como derecho se entenderá en esta ley que son “Los derechos humanos que la ley otorga a los niños niñas y adolescentes, sin ningún tipo de distinción, por el solo hecho de ser personas, y de pertenecer a los grupos etarios previstos en la norma.”¹⁷⁶ Por otro lado, las Garantías son mecanismos o medios a través de los cuales buscan proteger los derechos humanos. Es posible deducir que tienen distinta naturaleza, mientras los derechos son inherentes e inalienables a todos los NNA, las garantías son herramientas de carácter administrativa y judicial las cuales se verán más adelante.

La Ley 21.430 desarrolla los “derechos y garantías”, específicamente en el párrafo 2° del Título II luego del apéndice “De los principios” en el párrafo primero. Esta ley contiene un listado explícito de los derechos que comprenderá el Sistema que se está creando, no obstante, estos no son excluyentes a otros derechos y garantías que emanen de otras normativas, sean estas nacionales o internacionales ratificadas y vigentes en Chile.

Listado de Derechos y Garantías. Son señalados a partir del artículo 23° hasta el 55° de la Ley 21.430, para nuestros efectos, serán señalados según el artículo con el derecho que corresponde y la garantía que ofrece la Ley:

Serán señalados los artículos sistemáticamente según la siguiente estructura:

- Artículo – Derecho – Garantía

¹⁷⁶ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 28. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

- Artículo 23.- Derechos civiles y políticos- Los Órganos de la Administración del Estado (OAE) “adoptarán medidas necesarias para facilitar a los niños, niñas y adolescentes el pleno ejercicio”.

- Artículo 24.- Derecho a la vida- los OAE garantizará en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de los NNA.

- Artículo 25 Derecho a un nivel de vida, desarrollo y entorno adecuado- La familia tiene el derecho preferente y el deber de crianza y desarrollo. Los OAE deberán tomar todas las medidas necesarias para satisfacer derechos sociales, económicos y culturales, mediante políticas, servicios y programas; y crear programas para satisfacer necesidades básicas, de apoyo, beneficios de seguridad y servicios sociales, si el núcleo familiar no tuviere medios para aquello.

-Artículo 26.- Derecho a la identidad - Los OAE deberán constar con Registros y los medios necesarios para garantizar lo contenido en este derecho: Nombre, nacionalidad, filiación, entre otros.

-Artículo 27.- Derecho a vivir en familia -Los OAE deben promover y asegurar la familia, sin importar su composición. Deben propender a la reunificación, que los NNA no sean separados salvo el interés superior de ellos mismos y que esto sea temporal, y también prevenir y combatir los traslados y retenciones ilícitas en el extranjero.

-Artículo 28.- Derecho a ser oído - Los OAE deben promover y asegurar el establecimiento de “mecanismos efectivos para garantizar este derecho, en condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación”.¹⁷⁷ También es relevante que la autoridad utilice un lenguaje coherente con la edad de los NNA y realicen explicaciones comprensibles.

-Artículo 29.- Libertad de expresión y comunicación- “Los prestadores de telecomunicaciones deberán informar sobre las situaciones de riesgo derivadas del uso de

¹⁷⁷ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 32. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

las tecnologías, y las habilidades, herramientas y estrategias para afrontarlas. Por parte de los OAE se deben asegurar que “los mensajes dirigidos a los NNA promuevan los valores de libertad, igualdad, justicia, solidaridad, no discriminación arbitraria, solución pacífica de los conflictos y respeto.”¹⁷⁸

-Artículo 30- Libertad de pensamiento, conciencia y religión. Los OAE deben asegurar, promover y mantener un respeto a la atribución de los padres, madres o cuidadores para que orienten en función de la edad al ejercicio de este derecho.

-Artículo 31- Libertad de asociación y reunión. Los OAE deben establecer medidas de protección en caso de que se dificulte o desarrolle el desarrollo integral de los NNA.

-Artículo 32- Derecho a la participación. Los OAE deberán asegurar el acceso progresivo al ejercicio de sus derechos en función de la edad de los NNA.

-Artículo 33- Derecho a la vida privada y a la protección de datos personales- Los OAE así como los privados o sociedad civil que tengan contacto con los NNA deberán promover y asegurar la reserva y confidencialidad, salvo el interés superior de los NNA.

-Artículo 34- Derecho a la honra, intimidad y propia imagen- los OAE deben asegurar que no sea exhibida o divulgada información acerca de los NNA sujetos a procedimientos judiciales o administrativos, en virtud de cuidar su imagen y esta no sea estigmatizada,

-Artículo 35- Derecho a la información- Los OAE deben promover y asegurar la alfabetización acerca de tecnología, acceso a información fidedigna y con un lenguaje apto para el entendimiento de los NNA según su edad.

-Artículo 36- Derecho a la protección contra la violencia- Los establecimientos educativos deberán contar con protocolos para prevenir y proteger ante todo tipo de violencia, así también, contar con protocolos y mecanismos para reparar el daño. Los OAE

¹⁷⁸ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 32. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

deberán velar, además, por la fiscalización de los centros educativos y promover de medios o herramientas y mecanismos para prevenir, proteger y reparar cualquier tipo de violencia.

-Artículo 37- Protección contra la explotación económica, la explotación sexual comercial y el trabajo infantil. - Los OAE deberán asegurar y promover la erradicación de prácticas abusivas, sean estas laborales, tipificación de delitos abusivos, y que existan riesgos para la salud de los NNA.

-Artículo 38.- Derecho a la salud y a los servicios de salud- Los padres, madres o adultos responsables de cada NNA, tienen el deber de garantizar la salud manteniendo y cumpliendo al día con los exámenes y controles médicos, y en caso de algún problema que tomen las medidas necesarias para tratar a los NNA a su cuidado. Por parte de los OAE deben promover y asegurar el acceso universal a los servicios de salud, sean estos públicos o privados. Además, existe prohibición expresa sobre “la desinformación sobre su sexualidad, suspensión de métodos anticonceptivos o esterilización, o la obstaculización o interrupción de tratamientos de salud física o mental, por motivos ideológicos, morales o religiosos, salvo casos establecidos en la ley”.¹⁷⁹

-Artículo 39.- Derecho a atención médica de emergencia- Los centros de salud privados o públicos tienen la obligación de atender a los NNA que se encuentren en una situación de emergencia médica o clínica, a pesar de la falta de su representante legal o algún documento.

-Artículo 40.- Derecho a obtener información completa sobre su salud y desarrollo, y sobre consentimiento informado- Los OAE deberán garantizar mecanismos para el ejercicio de este derecho.

-Artículo 41- Derecho a la educación - Los OAE garantizarán educación gratuita en los niveles Parvularios a partir del nivel medio menor, educación básica y media. Así también debe asegurar y promover que exista una educación sexual y afectiva integral, diversidad cultural y religiosa, medios para una educación inclusiva, entre otros.

¹⁷⁹ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 37. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

-Artículo 42- Derecho a la atención a la diversidad educativa- Los OAE deben promover y asegurar distintas medidas administrativas, legislativas o jurídicas para el reconocimiento y restablecimiento de este derecho.

-Artículo 43- Derecho a la seguridad social- Los OAE deberán asegurar a través de distintos tipos de mecanismos simples y rápidos para el acceso de estos derechos, así también en mantener un registro con el que se pueda hacer velar este derecho.

-Artículo 44- Derecho a la recreación, al deporte y a la participación en la vida cultural y en las artes- Los OAE deberán promover y asegurar el acceso a las actividades culturales, sociales y deportivas. Así también, fomentar su realización para una mejor calidad de vida.

-Artículo 45- Derecho a recibir enseñanza sobre la sexualidad, que incorporen medidas de prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad de menores de 18 años. - Los OAE deberán promover y asegurar las medidas para asegurar la enseñanza integral y responsable de la afectividad y sexualidad a los NNA, así también sobre la forma de protección ante embarazos no deseados, infecciones de transmisión sexual, y en caso de que enfrenten un embarazo temprano, tanto la madre como el hijo o hija, aseguren todos los medios necesarios para un adecuado desarrollo del embarazo, parto, lactancia, crianza, y la corresponsabilidad parental.

-Artículo 46 y 47.- Deber de prever espacios y zonas recreativas públicas idóneas para que los niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar del juego y de la entretención, y los derechos y deberes en el espacio urbano- Los OAE deben en el ejercicio de sus funciones deben está en constante busca, creación y adaptación de buscar los medios necesario para el ejercicio de este derecho. Asimismo, los NNA y OAE deberán “respetar y tratar cuidadosamente los elementos urbanos al servicio de la comunidad y las instalaciones que forman parte del patrimonio público y privado.”¹⁸⁰

¹⁸⁰ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 42. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

-Artículo 48.- Derecho a vivir en un medio ambiente saludable y sostenible, a conocerlo y a disfrutar de él - Los OAE deben promover y asegurar este derecho a través de medidas que sean sustentables para el medio ambiente, supervigilar que otros entes dañen el medio ambiente, y crear programas divulgativos, formativos y de sensibilización acerca del cuidado del planeta.

-Artículo 49- Derecho a ejercer su libertad personal y ambulatoria o su autonomía según lo permita su edad, madurez y grado de desarrollo - Los OAE deberán asegurar el ejercicio de este derecho mediante distintos mecanismos, ya sea, vía acción de amparo, derecho de asistencia legal, procedimientos breves, sencillos y expeditos. La privación de libertad sólo podrá ser declarada excepcionalmente siempre por un lapso temporal, y si, solo sí mediante un procedimiento judicial.

-Artículo 50- Derecho a un debido proceso, tutela judicial efectiva, y especialización de los funcionarios del Estado llamados a brindar protección - Para la efectividad y dar garantía de este derecho, los OAE asegurar la existencia de funcionarios públicos, auxiliares de la administración de justicia y abogados capacitados en materias de infancia y adolescencia.

-Artículo 51- Protección reforzada y especializada de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos y de los adolescentes en conflicto con la ley - Los OAE deberán garantizar la existencia del Servicio de protección especializada, como se verá más adelante el "Servicio de Mejor niñez y adolescencia". El ideal es buscar la integración social, educativa y familiar para con los NNA vulnerados en sus derechos y/o adolescentes infractores de ley.

-Artículo 52- Derecho a solicitar y recibir protección internacional: como refugiado, en los términos establecidos por la legislación correspondiente - Los OAE deberán llevar los antecedentes de los NNA que se encuentren sin su apoderado o acompañados, se remitan a los Tribunales de Familia. Al igual que en otros casos, se deberá llevar a cabo un procedimiento breve sencillo y expedito, todo en virtud del interés superior de los NNA.

-Artículo 53: Protección y defensa como consumidores y usuarios; Artículo 54: Bienes, productos o servicios comercializados para el uso o consumo sean aptos para los

NNA; Artículo 54: La publicidad dirigida a NNA adaptada a la edad y etapa de desarrollo. - Respecto a los derechos explicitados en los artículos 53, 54 y 55, no existe más información en la ley que no se haya mencionado con anticipación. Los OAE deben encargarse de promover y asegurar la implementación de todos los medios necesarios para el ejercicio o realización de estos derechos.

4.2.3.-Título III: De la Protección Integral.

Ya para las observaciones del Comité de los Derechos del niño del año 2018, se recomendaba aprobar una “ley de protección integral”, de hecho, en el Informe se señala a raíz de la investigación antes señalada que se debe “aprobar con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que ésta sea conforme a la Convención”. Dentro de las críticas que mantenía el sistema de protección que alude en la Observación del año 2018 y el porqué de las recomendaciones, es que se caracteriza por proteger los derechos a los NNA sólo una vez que has sido vulnerados, y de acuerdo a la misma perspectiva, es un sistema de protección que es mayoritariamente judicializado, pues por lo general, la forma de que los NNA y sus familias puedan acceder al sistema de protección es a través de resoluciones emanadas de los Tribunales de Familia.

El Título tercero inicia con el artículo 57^{o181}, que en su primer inciso señala la definición del Sistema de Garantías y Protección Integral De los derechos de la Niñez y Adolescencia, que en términos para un mejor entendimiento se define “como un conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local orientados a respetar, promover, restituir y reestablecer los derechos de los niños y niñas, y reparar el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia”¹⁸² para luego definir los medios y ámbitos de acción que se desarrollará el sistema.

¹⁸¹ Ley N° 21.430, Sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Artículo 57.- Definiciones. Sistema de Garantías y Protección Integral de los derechos de la Niñez y Adolescencia realiza sus funciones a partir de una serie de acciones destinadas al respeto, protección y cumplimiento de todos los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Constitución Política de la República, la Convención sobre los Derechos del niño, así como en esta ley y en otras normativas jurídicas nacionales en materia de niñez. a través de los cuales se asegura su goce efectivo y se desarrolla un mecanismo de exigibilidad de ellos. [en línea] <<https://bcn.cl/2yieq>> [consulta octubre de 2023].

¹⁸² Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Mejor Niñez (2021). Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y adolescencia (SPI). P.2. [PowerPoint presentación]. [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=HbYohhmaSZg>> [consulta octubre de 2023].

Los medios de acción¹⁸³ serán todas las instituciones, normativas, programas o políticas públicas que en definitiva desarrollarán el sistema, y por otro lado, los ámbitos de acción se refieren a las materias o en qué se desempeñarán las distintas instituciones, para los efectos de:

a.- Promoción y defensa de los derechos: “Toda acción destinada a la difusión de los derechos de la niñez buscando sensibilizar y educar en su ejercicio y defensa. Esto incluye acciones de participación activa de NNA, sus familias y la comunidad en la que viven”¹⁸⁴

b.- Seguimiento y acompañamiento: “Toda acción destinada a evitar situaciones que atenten contra la integridad personal y desarrollo integral de los niños.”

c.- Protección de derechos: “Toda acción destinada a la asistencia del niño y de su familia en el resguardo de sus derechos, a través de la coordinación de los órganos competentes del Estado, con el objeto de procurar y facilitar el acceso a los servicios, prestaciones o atenciones que sean requeridas.”¹⁸⁵

Siguiendo la línea de las definiciones del Sistema, la Ley 21.430 determina que existirá una “Protección especializada”¹⁸⁶ la cual podrá ser administrativa o judicial, que “consisten en acciones de reparación psicosocial y restitución de derechos que han sido amenazados o vulnerados mediante las prestaciones directas del Servicio nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o intermediadas por instituciones privadas sin fines de lucro”.¹⁸⁷ No obstante, la adecuación de los principios, derechos y

¹⁸³ Ley 21.430, artículo 57° inciso segundo: 1. Medios de acción. La protección integral se desarrolla a partir de una red intersectorial integrada de diferentes medios de acción ejecutados a partir de políticas, planes, programas, servicios, prestaciones, procedimientos y medidas de protección de derechos, realizados por diferentes órganos de la Administración del Estado, debidamente coordinados entre sí, así como por actores de la sociedad civil. Compete al Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en coordinación intersectorial con los demás Ministerios y órganos de la Administración del Estado pertinentes y, en particular, es ejecutada a nivel nacional, regional y comunal por la Subsecretaría de la Niñez, las Oficinas Locales de la Niñez y los organismos públicos regionales y comunales competentes.

¹⁸⁴ Proyecto de ley de garantías y protección integral de los derechos de ..., https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=220476&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION.

¹⁸⁵ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Mejor Niñez (2021). Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y adolescencia (SPI). P.6. [PowerPoint presentación]. [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=HbYohhmaSZg>> [consulta octubre de 2023].

¹⁸⁶ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 57°, número 3.

¹⁸⁷ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Mejor Niñez (2021). Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y adolescencia (SPI). P.52. [PowerPoint presentación]. [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=HbYohhmaSZg>> [consulta octubre de 2023].

garantías antes mencionados a un sistema Integral de protección de derechos y acorde a la Convención, este es el núcleo de la legislación en la que se hace una diferencia fundamental con el antiguo sistema de protección, pues por primera vez en la legislación nacional, surge una alternativa de protección especializada por la vía administrativa, a través de un “Procedimiento de la protección de derechos”¹⁸⁸. Por supuesto, sin ser excluyente la vía judicial¹⁸⁹, de hecho, ambas funcionarán en forma paralela y en ocasiones de forma conjunta por el interés superior de los NNA.

En vista de lo anterior, la ley en el artículo 60°¹⁹⁰ establece la “Acción de tutela administrativa de derechos”, que es un mecanismo a través del cual “Todo niño, niña y adolescente, o persona en su nombre, podrá interponer una acción de garantía de sus derechos ante la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, o las Oficinas Locales de la Niñez, debido a riesgos, amenazas o vulneraciones, con el fin de que estos órganos tomen las medidas necesarias para hacer cesar la afectación.”¹⁹¹ El procedimiento de esta Acción de tutela Administrativa viene señalado a partir del inciso segundo de este mismo artículo que hace mención a un reglamento que debe ser expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, esto es: Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo

¹⁸⁸ Ley N°. 21.430 que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos.

Artículo 72°: Procedimiento de protección administrativa.

¹⁸⁹ Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, Título IV. Párrafo primero. De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Artículo 68.- Procedimiento de aplicación de medidas de protección.

¹⁹⁰ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 60°: Acción de tutela administrativa de derechos. Todo niño, niña o adolescente, o cualquier persona en su nombre e interés, podrá interponer una acción de garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o las Oficinas Locales de la Niñez, en razón de riesgos, amenazas o vulneraciones que afecten los derechos y garantías que a ellos corresponden, con el fin de que los órganos competentes tomen las medidas necesarias para hacer cesar la afectación de sus derechos.

Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia regulará el procedimiento necesario para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de los derechos.

¹⁹¹ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 60. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

60 de la Ley N° 21.430¹⁹², en conjunto a los artículos 68 al 74 que regulan en sí mismos, los efectos de ejercer la acción si prospera, o es decir, la aplicación de las medidas de protección administrativas. Sin perjuicio de la importancia de este punto, antes se debe explicar acerca de la institucionalidad creada, sobre todo acerca de las Oficinas Locales de la Niñez y adolescencia.

4.2.4.-Título IV: Institucionalidad.

El Sistema de Garantías y Protección Integral está integrado por un entramado de Instituciones que detalla la Ley 21.430 en el Título IV entre los artículos 75 al 78. Estas Instituciones se desempeñarán en sus funciones de forma coordinada estableciendo una “Red intersectorial” en las cuales algunas corresponderán a la Administración del Estado y otras del Poder Judicial. Importante mencionar que esta Ley viene a consolidar e integrar la aportación de otras leyes anteriores que siguen los parámetros de la Convención o doctrina de la protección integral, como es el caso de la Creación del Servicio de Mejor Niñez con la ley 21.302, Ley N°21.067 que crea Defensoría de la Niñez, Ley N° 21.090 que crea la Subsecretaría de la niñez y adolescencia, Ley N°21.527 que Crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil e introdujo modificaciones a la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Adicionando al sistema, las Oficinas Locales de la Niñez y adolescencia que ya se estaba desarrollando como un plan piloto¹⁹³, al parecer exitoso según datos informe del Banco mundial¹⁹⁴, como un medio clave para el desarrollo de la protección de derechos de los NNA.

Así las cosas, los órganos que pertenecerán al sistema son: Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil, Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez, Oficina Locales de la Niñez (OLN), Consejo de la Sociedad Civil, Subsecretaría de la Niñez, Defensoría de los derechos de la Niñez.

¹⁹² Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf>> [consulta octubre de 2023].

¹⁹³ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, (febrero de 2020). Orientaciones Técnicas para la implementación del Piloto de la Oficina Local de la Niñez.

¹⁹⁴ Grupo Banco Mundial (junio de 2020). Evaluación de la implementación del piloto Oficinas Locales de la Niñez. Informe Final, Práctica Global de Protección Social y Trabajo del Banco Mundial (P170622 - Chile).

a.- Ministerio de Desarrollo Social y Familia: Creado mediante la Ley 20.530, tienen por finalidad Promover y proteger el ejercicio de los derechos de los NNA. Es el ente rector y de mayor jerarquía de la Administración.

b.- Comité Interministerial de Desarrollo Social, Familia y Niñez: “dará los lineamientos generales a la Comisión Coordinadora de Protección Nacional, la que, a su vez, instruirán las Comisiones Coordinadoras de Protección Regionales al respecto”¹⁹⁵

c.- Subsecretaría de la Niñez: “Colabora con la administración, coordinación y supervisión de los sistemas o subsistemas de gestión intersectorial, enfocados a la prevención de vulneraciones a los derechos y su protección integral, así como la supervigilancia y fiscalización del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia”¹⁹⁶

d.- Defensoría de los Derechos de la Niñez: Creado por la Ley 21.067, que en el artículo segundo define su objeto: “Difunde, promociona y protege los derechos de niños, niñas y adolescentes.”

e.- Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia: “Provee de oferta de protección especializada de niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, conforme a lo establecido a la Ley”¹⁹⁷

f.- Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil: Creado por la Ley 21.527 que modifica la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente. Es el órgano especializado responsable de “Administrar y ejecutar las medidas y sanciones del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes”, y “Desarrollar programas que contribuyan a la modificación de la conducta delictiva y la integración social de los jóvenes sujetos de su atención y la implementación de políticas de carácter intersectorial en la materia.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 75°, letra b.

¹⁹⁶ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 54. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

¹⁹⁷ Ley 21430 - Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>.

¹⁹⁸ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 53. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

g.- Oficina Locales de la Niñez (OLN): “Serán las encargadas a nivel territorial de la protección administrativa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.¹⁹⁹ Se verán en detalle en un apartado posterior.

h.- Consejo de la Sociedad Civil: Órgano especializado en Infancia que tiene por finalidad asesorar a la Subsecretaría de la Niñez en asuntos de NNA.

i.- Consejo Consultivo Nacional de Niños, Niñas y Adolescentes: “Estará compuesto por representantes de los Consejos Consultivos Comunales de niños, niñas y adolescentes que deberán mantener en funcionamiento las Oficinas Locales de la Niñez”²⁰⁰, tienen por finalidad el fortalecimiento de la participación de los NNA, sus familias y la comunidad en general.

j.- Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones: “Atenderán especialmente al resguardo de los derechos de niños, niñas y adolescentes, contando con personal debidamente formado en el trato con estos y en la normativa que les es aplicable, así como protocolos que fijen los procedimientos necesarios.”²⁰¹

4.2.5.- Título V: De la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción.

La Ley 21.430 señala sobre la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción entre los artículos 79 al 83, en la cual se determina cuál será su objetivo, forma y procedimiento de formulación y aprobación (art 82), y el contenido mínimo en asuntos de protección integral de NNA. “Propender a la creación de las condiciones político-institucionales que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos de la niñez y

¹⁹⁹ Procedimientos del Sistema de Garantías y Protección Integral de los ..., <https://www.bcn.cl/api-leyfacil/servicio/ObtenerGuiaPublicadaHTML?uri=procedimientos-del-sistema-de-garantias-y-proteccion-integral-de-los-derechos-de-la-ninez-y-adolescencia>.

²⁰⁰ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 75°, letra i.

²⁰¹ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 55. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

adolescencia, fortaleciendo la gestión pública, así como el seguimiento, monitoreo, evaluación y la rendición de cuentas.”²⁰²

4.2.6.- Título VI: Modificaciones de otras leyes y Disposiciones transitorias.

Como la generalidad de las leyes al momento de su promulgación y publicación, vienen a modificar otras leyes que están vigentes o derechamente viene a reemplazar una ley derogando la anterior. Para nuestros efectos, el objetivo de la Ley 21.430 que crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, es reemplazar el antiguo sistema que ha sido establecido a partir de la Ley 16.619 conocida como la Ley de Menores. Que, aún cuanto, a sus posteriores modificaciones, sigue tenía como principio la acción tutelar del Estado.

En cuanto a otras modificaciones de ley, se realizan adecuaciones y agregación de disposiciones para que en definitiva siga los parámetros de la Convención y doctrina de la protección integral. Uno de los principales cambios que viene a aportar esta ley, es en virtud del artículo 88 que agrega en su disposición un aspecto fundamental para entregar a los procedimientos judiciales la garantía de un “debido proceso”, pues se señala expresamente que “la intervención del abogado del niño niña o adolescente será obligatoria y su omisión se sancionará con la nulidad de todo lo obrado”.

Por otro lado, en las disposiciones transitorias, consta de 5 artículos transitorios en los cuales se menciona la entrada en vigencia de la ley, establece un plazo en que la Política Nacional de la Niñez y adolescencia y su Plan de Acción deberán adecuarse, y plazo sobre los reglamentos que determina crear esta ley, así como las modificaciones de la Ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, la ley 20.032 sobre “Ley de Subvenciones” y la ley 21.302 que crea la el Servicio de “Mejor niñez”.

4.3.- Oficinas Locales de la Niñez y Adolescencia.

²⁰² Ley N° 21.430 Conoce más sobre la Ley sobre garantías y protección ..., <https://actualidadjuridica.doe.cl/ley-n21-430-conoce-mas-sobre-la-ley-sobre-garantias-y-proteccion-integral-de-los-derechos-de-la-ninez-y-adolescencia/>.

Sin duda el mayor cambio que hace la Ley 21.430 viene dada por la aportación de un sistema administrativo de Protección Integral de Derechos para con los NNA. Esto es, a través del reconocimiento y creación de las Oficinas Locales de la Niñez y adolescencia (en adelante, OLN), las que serán el “órgano competente a nivel comunal, para la protección administrativa de los derechos de niñas, niños y adolescentes”.²⁰³ Las OLN serán instituciones territoriales, es decir, que mantendrán su funcionamiento con una cercanía de las personas, con un trabajo directo y cercano con los NNA, las familias y la sociedad civil.

204

Orgánicamente, serán creadas vía Decreto Supremo expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, con la firma o suscripción del Ministerio de Hacienda. Estos podrán realizar convenios con las distintas municipalidades quienes son las instituciones territoriales que son más cercanas a la población en general, por ende, por lo general las OLN dependen administrativamente de la municipalidad, sin embargo, funcionalmente dependerán de la Subsecretaría de la Niñez y Adolescencia.

Las funciones que llevará a cabo las ONL están señaladas a partir del artículo 66, las cuales se han clasificado en tres tipos según la Secretaría de la Niñez: Promoción y participación, Prevención y Protección de derechos en favor de los NNA, realizando estas tres clasificaciones o funciones de forma paralela y en forma oportuna.

Por Promoción y participación, se entenderá que tiene como objeto “orientara los niños, niñas y adolescentes, y a sus familias en el ejercicio de sus derechos”, así también como el fortalecimiento de la participación de la sociedad civil y de los propios NNA respecto a la protección integral de los derechos de los NNA. Esta tarea se realizará a través de la implementación de la “línea de acción de Gestión Comunitaria, la cual busca favorecer el ejercicio de derechos de los NNA, mediante el fortalecimiento del rol de co-garantes de las familias, instituciones, la comunidad y actores locales que trabajan en niñez y adolescencia, relevando la participación sustantiva de los niños niñas y adolescentes.”²⁰⁵

²⁰³ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.430, p. 66. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

²⁰⁴ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 66°, letra a.

²⁰⁵ Ministerio de Desarrollo Social. (2021). Documento de Apoyo Gestión de Casos [PDF]. P.3. Recuperado de https://oln.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/Documento_apoyo_Gestion_Casos-2021.pdf

En segundo término, la finalidad sobre Prevención se refiere a que las OLN tienen como misión “detectar oportunamente riesgos de vulneraciones de derechos de un niño, niña o adolescente, teniendo en consideración los factores de riesgo y factores protectores de éste, su familia y su entorno”.²⁰⁶ Las OLN deberán dar respuesta a aquellas alertas que sean captadas a través de la sociedad civil, consejos locales o comunales y a nivel nacional. Para llevar a cabo sus objetivos, se implementarán “dos líneas de acción complementarias y continuas denominadas Gestión de Casos y Terapia Familiar”²⁰⁷, ambas líneas de acción son de una aplicación o adherencia al programa de forma voluntaria, pues se tiene como ideal de que se mitiguen los riesgos a nivel familiar. El primero, funciona a partir de una primera respuesta frente a la alerta identificada utilizando el Sistema de Alerta Niñez (SAN), que es un instrumento que servirá para focalizar e informar a las OLN sobre el contexto de los NNA para una adecuada intervención; respecto a la segunda línea de acción, las OLN cuentan con una línea de acción propia que es la de Terapia Familia, el cual es un programa que accede a aquellas familias que aplican según los parámetros que determinarán las OLN y los NNA en conjunto con sus familias acepten participar.

Y el tercer ámbito de sus funciones, será la de Protección, que abordará cuestiones sobre la derivación de los NNA y sus familias a la Oferta programática disponible, velará por la coordinación y la articulación interministerial e intersectorial, levantamiento de una base de datos locales y territoriales, y un constante seguimiento y monitoreo de las medidas de los NNA.

En el caso de la Protección se entenderá que hubo una solicitud, requerimiento o conocimiento por parte de la OLN de alguna vulneración de derecho en contra de un o un grupo de NNA. Para estos efectos, deberá “Iniciar y gestionar los procesos de protección administrativa universal y/o especializada de los derechos de los niños, niñas y adolescentes destinados a adoptar las medidas de protección consignadas en la presente ley”²⁰⁸, esto en virtud de un procedimiento de protección administrativa que conocerá y sustanciará por la Oficina Local de la Niñez competente.

²⁰⁶ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 66°, letra c.

²⁰⁷ Ministerio de Desarrollo Social. (2021). Documento de Apoyo Gestión de Casos [PDF]. P.3. Recuperado de https://oln.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/Documento_apoyo_Gestion_Casos-2021.pdf

²⁰⁸ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 66°, letra d.

CAPÍTULO V: PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS EN FAVOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE.

Conjunto a la creación del nuevo sistema de protección derechos en favor de los NNA, la ley 21.430 crea procedimientos con el fin de garantizar los principios y derechos que se señalan el título II sobre Principios y derechos que reconoce la misma ley. Los procedimientos antes señalados son:

1.- Procedimiento de Tutela Administrativa de Derechos.

2.- Procedimiento de protección administrativa, sean de carácter de protección Universal o Especializado.

5.1.- Procedimiento de Tutela Administrativa de Derechos.

El Procedimiento de Tutela Administrativa de Derechos, es un “conjunto secuenciado de actos reglados que tienen por objeto declarar la existencia de una acción u omisión que afecte el ejercicio y/o goce de derechos consagrados en favor de los niños, niñas o adolescentes o de un grupo de ellos, con el fin de que los órganos competentes tomen las medidas necesarias para el cese en la afectación de sus derechos.” (cita art 3)²⁰⁹

-Reglamentación, Características y requisitos

Este Procedimiento tiene origen en la Ley 21.430 en virtud del artículo 60²¹⁰ que señala expresamente la “Acción de Tutela Administrativa”, deduciendo las personas que pueden interponer esta Acción de Garantía, ante las entidades que pueden hacerlo, y en

²⁰⁹ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 3° del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf> > [consulta octubre de 2023].

²¹⁰Ley N°21.430, Artículo 60.- Acción de tutela administrativa de derechos. Todo niño, niña o adolescente, o cualquier persona en su nombre e interés, podrá interponer una acción de garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante la Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia o las Oficinas Locales de la Niñez, en razón de riesgos, amenazas o vulneraciones que afecten los derechos y garantías que a ellos corresponden, con el fin de que los órganos competentes tomen las medidas necesarias para hacer cesar la afectación de sus derechos.

Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia regulará el procedimiento necesario para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de los derechos

su inciso segundo, la solicitud de creación de un reglamento vía “Decreto” que se mencionó con anterioridad, el cual regulará el procedimiento para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de derechos. Además, en la misma Ley, se hace mención sobre esta acción para que esta sea ejercida en sede Administrativa en los siguientes artículos:

-Artículo 2° de la Ley 21.430. Señala los principales obligados por la ley, dentro de los cuales están los órganos del Estado, que tendrán la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de derechos de los NNA. Más adelante, se refuerza la idea en la letra f) dispone que, “asegurar la vigencia efectiva de los derechos cuyo ejercicio se haya visto privado o limitado por falta o insuficiencia del desarrollo de los derechos y deberes que competen a los padres y/o madres, las familias, los representantes legales o quienes los tengan a su cuidado y/o los órganos del Estado”.²¹¹

Además, en el inciso final de este artículo, señala que “la omisión en la observancia de los deberes que por esta ley corresponden a los órganos del Estado habilita a toda persona a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de los recursos y procedimientos más breves, sencillos, expeditos y eficaces que se encuentren actualmente vigentes por amenaza o vulneración de derechos fundamentales o que sean especialmente establecidos por una ley que no podrá desmejorar las garantías existentes en el momento de su regulación. Lo anterior, sin perjuicio de la acción de tutela administrativa de derechos establecida en el artículo 60 de la presente ley.”²¹²

-Artículo 50° de la Ley 21.430, dispone que “Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo, y se le aseguren, entre otros, el derecho de tutela judicial;” y otros derechos que son fundamentales para la existencia de un debido proceso.

-Artículo 58° de la Ley 21.430, señala acerca de los “Principios rectores de los procesos de protección”, a esto se refiere que ante procedimientos para la protección de

²¹¹ DIARIO OFICIAL I, <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2022/03/15/43203/01/2099181.pdf>.

²¹² Reglamento Acción de Tutela Administrativa de Derechos, <https://es.scribd.com/document/631212843/Reglamento-Accio-n-de-Tutela-Administrativa-de-Derechos>.

derechos en favor de NNA que tengan competencia en sede judicial o administrativa, deberán respetar los principios, derechos y garantías establecidas en la ley 21.430, Convención y otras normativas en favor de los NNA,

-Artículo 84° de la Ley 21.430, que viene a modificar la Ley orgánica de municipalidades, pues les agrega la función de ser un ente protector de derechos en favor de los NNA.

Los requisitos que se disponen en el Procedimiento de Tutela Administrativa de Protección de Derechos son señalados a partir del artículo 60° de la ley 21.430, que dispone se podrá interponer una Acción de Tutela Administrativa, la cual será una Acción de garantía en favor de los NNA o grupo de ellos, “en razón de riesgos, amenazas o vulneraciones que afecten los derechos y garantías que a ellos corresponden, con el fin de que los órganos competentes tomen las medidas necesarias para hacer cesar la afectación de sus derechos.” Asimismo, el Reglamento que se ha hecho mención, nos señala acerca de la competencia de quien conocerá estos asuntos, se refiere precisamente el artículo 7°: “Será competente para conocer la acción de Tutela administrativa de derechos y sustanciar su procedimiento, la Oficina Local de la Niñez de la comuna o agrupación de comunas respectiva, a cargo de un coordinador local, conforme a las reglas de competencia establecida en el artículo 67 de la ley”.

Acerca de los titulares de la acción, aparece un elemento particular, podrán ser los propios requirentes de la acción “los propios niños, niñas y adolescentes afectados, sus padres y/o madres, sus representantes legales o quien detente su cuidado personal, o cualquier persona en su nombre e interés”²¹³

En consecuencia, los requisitos son:

1. Que se esté frente a riesgos, amenazas o vulneraciones que afecten a NNA o un grupo de ellos.

²¹³ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 4° del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf> > [consulta octubre de 2023].

2. Legitimación activa en virtud del artículo 4 del Reglamento.
3. Competencia del Organismo que debe conocer y sustanciar el procedimiento.

Este procedimiento de Tutela Administrativa de derechos de los NNA pertenece y tiene origen en sede administrativa, por ende, en lo no dispuesto por la ley 21.430 regirá supletoriamente²¹⁴ la Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado. Este procedimiento se deberá observar, como se señala en el artículo 2°, en seguir los principios, derechos y garantías ya desarrollados en el Título II de la Ley 21.430, Los establecidos por la Convención, así como los principios relativos al artículo 4° Ley N° 9.880²¹⁵.

Este procedimiento, según lo señalado en el artículo 3° inciso segundo del Reglamento, caracteriza fundamentalmente en razón de que “Este procedimiento deberá sustanciarse por la Oficina Local de la Niñez competente (en adelante también, “Oficina Local”), de forma breve, sencilla, expedita y eficaz, en observancia de los principios enumerados en el artículo 40 de la ley N° 19.880.”²¹⁶ A la luz de los hechos, a menos que se estuviera refiriendo al Término del procedimiento, que no es el caso, es posible inferir que existe un error de tipeo y correspondería referirse al Artículo 4° que menciona los principios del procedimiento, esto es, “Artículo 4°. Principios del procedimiento. El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia, publicidad y aquellos relativos a los medios electrónicos.”

-Comparecencia y participación de los Niño, Niña o Adolescente en el Procedimiento.

²¹⁴ Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 1 inciso tercero: “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter supletorio.”

²¹⁵ Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 4: “Principios del procedimiento. El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia, publicidad y aquellos relativos a los medios electrónicos.”

²¹⁶ Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 40. Conclusión del procedimiento. Pondrán término al procedimiento la resolución final, el desistimiento, la declaración de abandono y la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico.

También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes. La resolución que se dicte deberá ser fundada en todo caso.

Así como se señala en el artículo 60 de la Ley 21.430 y artículo 4 del Reglamento, los legitimados para interponer la acción son los propios NNA, padres, tutores o cuidadores, y en general, cualquier persona en su favor; por lo tanto, basta con la solicitud de las Acción para dar inicio al procedimiento y en caso de que sea el propio NNA, esta sería la primera Comparecencia.

No obstante, en virtud del artículo 11 del Reglamento que en conformidad al artículo 50 de la Ley 21.430, los NNA para que se le respete el derecho al debido proceso, deberán contar con representación jurídica, y que esta pueda hacer que se ejerzan las garantías correspondientes del derecho a ser oído, informado con un vocabulario conforme a su edad, presentar pruebas idóneas, así como todos los derechos y garantías que tiene per se todo NNA. De hecho, podrán tener una representación jurídica distinta a la de los padres o cuidadores legales, así las cosas, el Estado deberá proveer “una oferta de programas con el objetivo de garantizar progresivamente el derecho a defensa jurídica letrada, especializada y autónoma a los niños, niñas y adolescentes que enfrenten un proceso para la posible aplicación de una o más mediadas de protección de sus derechos, desde las primeras actuaciones del procedimiento administrativo o judicial.”²¹⁷

Ya iniciado el procedimiento, la Oficina Local de la Niñez competente, deberá hacer varios trámites de oficio los cuales están señalados en el artículo 13 del reglamento, entre los cuales en la letra “d. Citar al niño, niña o adolescente o al grupo de ellos, cuando corresponda, para entrevista que alude el artículo 15 de este reglamento.” Esta entrevista deberá constituirse dentro de 5 días luego de cumplirse el plazo de 5 días establecido sobre los trámites de oficio que debe realizar la OLN en virtud del artículo 13 antes mencionado. Para cumplir con este derecho, o sea, el derecho a ser oído se deberá contar con “especial consideración la voluntad, grado de desarrollo y etapa evolutiva del niño, niña o adolescente que será oído”²¹⁸ y, además contar con un espacio en el cual pueda existir seguridad y confidencialidad de la opinión e integridad del NNA.

²¹⁷ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 50°, inciso segundo.

²¹⁸ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 15° inciso segundo del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf> > [consulta octubre de 2023].

- Notificaciones.

En virtud del artículo 12 del reglamento, las notificaciones que se efectúen en el procedimiento de Acción de tutela administrativa se realizarán en primer término por escrito mediante carta certificada dirigida al domicilio de los intervinientes, no obstante, se entrega la facultad de que cada interviniente solicite su notificación por el medio más idóneo y expedito, por ejemplo, mediante correo electrónico.

Existen dos situaciones especiales respecto al requerido, la primera es que en la primera notificación se hará, por razones del inicio de la solicitud, mediante carta certificada a su domicilio. Esta notificación se considerará como verificada a contar del “tercer día siguiente a su recepción en la oficina de correos que corresponda”²¹⁹; y la segunda, es que él se entenderá por notificado el requerido en el caso de que se apersona a la ONL competente dejando constancia la fecha y hora en registro.

-Inicio del Procedimiento

El procedimiento de Tutela administrativa de derechos para la aplicación de medidas de protección puede ser iniciado de oficio por las Oficinas Locales de la Niñez, así como por solicitud o requerimiento ante las OLN, La Secretaría Regional Ministerial del Ministerio de Desarrollo Social y Familia o las Direcciones regionales del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, por parte de cualquiera de las siguientes personas:

- Propios NNA afectados.
- Madres o padres de los NNA afectados.
- Representantes legales o quien detente de su cuidado personal.
- Cualquier persona en su nombre e interés.

²¹⁹ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 12° inciso segundo del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf> > [consulta octubre de 2023].

Así como existen personas que pueden denunciar o solicitar una medida de protección por la vía administrativa, existen algunas personas que se encuentran en el deber de denuncia, esto es en virtud del artículo 63 de la ley 21.430, como es el caso de los “funcionarios públicos, agentes públicos que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, así como toda persona natural o jurídica que desempeñe la función pública a que se refiere el artículo 3 de la ley n°20.032”. Así también, en caso de que las OLN conozcan de hechos que constituyen o pueden constituir un delito, “deberá realizar la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público en un plazo no superior a veinticuatro horas.”²²⁰

-Declaración de admisibilidad

El Examen de admisibilidad de la acción de Tutela administrativa de derechos está señalada en virtud del artículo 8° del Reglamento, este deduce que será las ONL que conoce del caso directa o indirectamente a través de otro órgano que le derive la acción, serán las que determinen si, ésta es competente de conocer del asunto y también deberán determinar si se cumplen los requisitos de forma. Las ONL tendrán un plazo de dos días hábiles para determinar si es competente conforme al artículo 67 de la Ley 21.430, y si se cumplen con los requisitos de forma y contenido establecidos en el artículo 6 del reglamento.²²¹

²²⁰ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 10° inciso final del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf> > [consulta octubre de 2023].

²²¹ Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. Artículo 6°: - De la forma y contenido de la acción. La acción de tutela administrativa de derechos deberá interponerse por escrito o verbalmente, en cuyo caso, se levantará el acta respectiva. La interposición deberá contener lo siguiente:

1. El nombre, domicilio, y número de cédula de identidad o pasaporte del Requirente de la acción de tutela administrativa;
2. La individualización y domicilio del niño, niña o adolescente o aquellos datos que permitan individualizarlo;
3. La individualización de las instituciones requeridas y su representante legal, en contra de quien se interpone la acción o aquellos datos que permitan individualizarla;
4. Una breve relación de los hechos que constituirían un riesgo, amenaza, o vulneración que afecten los derechos de niños, niñas y adolescentes;
5. Todos los antecedentes disponibles que fundamenten la acción y que permitan su mejor comprensión, sin perjuicio de aquellos documentos que puedan incorporarse durante la tramitación; y

6. Información de contacto del requirente. Esta podrá consistir en una casilla de correo electrónico, pudiendo solicitar que las notificaciones que se le practiquen se hagan a dicha casilla, de conformidad al artículo 12 del presente reglamento, debiendo informar, en todo caso,

En caso de no cumplir con algún requisito, la OLN notificará al requirente en un plazo de 24 horas los subsane los requisitos de forma, para lo cual tendrá 5 días hábiles, que en caso de que no sea corregida la falta, la OLN deberá declarar inadmisibile la Acción.

Para el caso de la Competencia de las OLN, se verificará más bien, según los casos que señala el Reglamento, esto es lo regulado en el artículo 8° inciso 4:

- a) Competencia territorial: Se declarará inadmisibile, sin perjuicio de tener la obligación de derivar la Acción al órgano competente que corresponda.
- b) Sí existiere, respecto de los mismos hechos, un procedimiento administrativo, en trámite, caso el cual deberá remitir los antecedentes de la acción presentada al procedimiento ya existente.
- c) Cuando los hechos sean de aquellos que deban ser conocidos únicamente en sede judicial, de acuerdo con la Ley. Se refiere a los casos de establecidos en el artículo 68 inciso segundo de la Ley 21.430, es decir, “La limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción, serán siempre medidas de competencia de los tribunales de familia.”

Sin perjuicio del examen de admisibilidad, las OLN podrán decretar medidas provisionales²²² en los casos que se requiera por la premura e intensidad y necesidad de intervención, por la gravedad de la Acción.

un número de contacto telefónico, el que en ningún caso podrá ser utilizado para practicar notificaciones.

En caso de que la acción se interponga colectivamente en favor de un grupo de niños, niñas y adolescentes, se deberán aportar los antecedentes necesarios para determinar al grupo afectado o aquellos en cuyo favor se interpone la acción. En este caso la competencia de la Oficina Local de la Niñez se determinará de conformidad al inciso segundo del artículo 67 de la ley.

No podrán exigirse más antecedentes que los requeridos en la presente disposición

²²² Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. Artículo 10°: Medidas provisionales. En caso de que se detecten situaciones que requieren de inmediata atención y que puedan constituir vulneración de derechos del niño, niña o adolescente, o de un grupo de ellos, aun en la fase de evaluación de admisibilidad, la Oficina Local de la Niñez deberá adoptar una medida provisional, o bien, remitir los antecedentes al juzgado de familia competente, en un plazo no superior a veinticuatro horas, según lo previsto en el artículo 68 de la ley. Sin perjuicio de la derivación al juzgado de familia competente, la Oficina Local de la Niñez igualmente deberá adoptar todas las medidas administrativas provisionales, dentro del ámbito de sus competencias, que resulten necesarias para resguardar los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión, derivando a los órganos de la Administración del Estado que estime competentes, la solicitud de adoptar las medidas provisionales que resulten de urgencia para la protección provisional de los derechos implicados, así como solicitar las medidas cautelares establecidas en la ley N.º 19.968, que crea los Tribunales

- Trámites de la OLN y Defensa del Requerido.

Una vez iniciado el procedimiento y declarado admisible por parte de la Oficina Local de la Niñez y Adolescencia competente, ésta dentro del plazo de cinco días hábiles, deberá realizar una serie de trámites que están señalados en el artículo 13 del Reglamento:

- a. Recabar toda la información disponible en el Sistema de Información de Protección Integral, así como aquellos que pueda obtener en coordinación con otros órganos del Estado.
- b. Notificar al requerido, de acuerdo con el artículo 12 precedente, remitiéndole copia de la denuncia e indicándole el plazo de diez días hábiles para que presente sus alegaciones o defensas y remita aquellos antecedentes que las sustenten.
- Solicitar ante cualquier organismo público los acontecimientos que obren en su poder y que traten acerca de los hechos que motivan la acción, fundamentando brevemente la necesidad del requerimiento. Dichos antecedentes deberán ser acompañados ante la Oficina Local de la Niñez respectiva dentro de los diez días hábiles siguientes a la solicitud.²²³
- Citar al niño, niña o adolescente o al grupo de ellos, cuando corresponda, para entrevista a que alude el artículo 15 de este reglamento.
- Requerir, cuando fuere necesario, de antecedentes y medios de prueba al denunciante, el cual dispondrá, para su remisión, de un plazo de 10 días hábiles contado desde que fuere notificado conforme al artículo 12 de este reglamento.

En cuanto a la defensa del requerido, este podrá remitir antecedentes, alegaciones o defensas de acuerdo con los hechos que se le acusa, para aquello tendrá 10 días hábiles desde que se le notifica la acción. Todo esto conjunto a los medios de prueba que estime conveniente para probar su defensa.

de Familia. En caso de existir hechos que pudiesen constituir delitos, la Oficina Local de la Niñez deberá realizar la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público en un plazo no superior a veinticuatro horas. La existencia de estos

²²³ Ley Chile - Decreto 11 (18-ene-2023) M. de Desarrollo Social y Familia ..., <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1187992>.

Posterior a los 10 días hábiles que tiene la OLN para realizar los trámites del artículo 13 del reglamento y los 10 días luego de la notificación válida de la denuncia al requerido o en rebeldía de este. La OLN competente “sustanciará el procedimiento de tutela administrativa de derechos, revisando dentro del plazo de tres días hábiles los antecedentes aportados para determinar si es necesario abrir un término probatorio”.

- Audiencia de prueba

En primer término, la prueba en este Procedimiento administrativo puede ser remitida a la OLN correspondiente entre los días que se mencionó anteriormente, en los cuales las ONL dentro de los trámites que debe realizar, debe solicitar a los intervinientes los antecedentes, así como a las instituciones públicas que tengan conocimiento del asunto. Así las cosas, al recabar los antecedentes también pueden entregarse las pruebas en las cuales se remita su verificación sobre los hechos que se están acusando, así como las defensas del requerido.

Posteriormente a que la OLN recabe los antecedentes, si considera que no tiene todos los antecedentes con sus pruebas, o si por la naturaleza de éstas deban ser probadas, podrá abrir un término probatorio que “deberá llevarse a cabo entre el tercer día hábil y el décimo tercer día hábil siguiente al vencimiento del plazo”²²⁴ que se refiere a los 3 días hábiles que tienen las OLN una vez recibida la contestación o defensa del requerido, la entrevista de los NNA si así se requiere, y la llegada de los informes solicitados a las instituciones públicas. “Dentro de este término probatorio se podrá citar a audiencia de prueba, la que deberá realizarse dentro de los cinco primeros días contados desde su inicio”.²²⁵

²²⁴ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 17° inciso primero del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf> > [consulta octubre de 2023].

²²⁵ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 17° inciso final del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf> > [consulta octubre de 2023].

Acerca de la audiencia de prueba propiamente dicha, podrá realizarse de forma presencial o telemática, así como lo disponga la OLN correspondiente. Además, se deberá llevar registro en acta sobre las pruebas que se presenten, las cuales podrán ser a través de cualquier medio de prueba que sea admisible en derecho y su valoración será apreciada en conciencia.

-Suspensión de la audiencia de prueba.

Se suspenderá en primera instancia siempre que haya una falta de comparecencia justificada por uno de los intervinientes que está llamado a rendir alguna prueba, ocurriendo aquello, la OLN correspondiente deberá citar en no más de veinticuatro horas a una nueva fecha y hora que deberá ser agendada dentro de tres días hábiles contados desde la audiencia inicial suspendida. En segundo término, si ocurre una falta de comparecencia en la segunda citación, se seguirá sustanciando el procedimiento de tutela administrativa con los antecedentes que maneje la OLN, siempre en virtud del principio superior de los NNA.

-Término del procedimiento

La acción de tutela administrativa puede finalizar por las siguientes circunstancias: Resolución que verifique o descarte la vulneración de derechos, abandono del procedimiento y desistimiento de la acción.

El reglamento se refiere específicamente al desistimiento de la denuncia, a pesar de seguir con los lineamientos de los actos administrativos del artículo 42 de la Ley 19.880, cuando la denuncia es realizada por un NNA o grupo de ellos, será necesario que primeramente se haya realizado la audiencia reservada, o sea que se deberá antes que se autorice el desistimiento que se materialice el derecho a ser oído de los NNA. Así también, aunque se declare el desistimiento, la OLN podrá continuar de oficio con el procedimiento.²²⁶

-Resolución de término

²²⁶ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 22° del Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] <<https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf>> [consulta octubre de 2023].

Una vez que las OLN reciben los antecedentes de los intervinientes, se realice la entrevista al o los NNA según corresponda, y se hayan evacuado los informes solicitados a otras instituciones públicas, para dictar la resolución de término deberá ponderar varias circunstancias que ayudarán a tener una perspectiva adecuada que siempre mire el interés superior de los NNA. EN el artículo 21 del Reglamento, señala expresamente los aspectos que debe considerar:

“1) La efectividad de haberse acreditado la ocurrencia de hechos que signifiquen una vulneración o amenaza de vulneración de los derechos de los niños, niñas, adolescentes o grupo de ellos.

2) El grado de afectación personal, social y familiar del niño, niña adolescente o grupo de ellos que padecieran amenaza de vulneración o vulneración de sus derechos.

3) Las consecuencias para la integridad, bienestar y desarrollo del niño, niña o adolescente o grupo de ellos a causa de la vulneración de derechos.

4) La cronicidad o persistencia de los hechos o situaciones vulneratorias o la amenaza de estas.

5) El grado de responsabilidad directa de la autoridad, funcionario u órgano del Estado contra quien se interpone la acción en la vulneración, que justifica la adopción de una medida administrativa.

6) Las medidas que se deberán adoptar para restablecer el legítimo ejercicio de los derechos del niño, niña o adolescente o grupo de ellos, y hacer cesar la afectación de sus derechos.

7) Si los hechos presentados requieren de una medida de protección judicial.”²²⁷

²²⁷ Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez (septiembre de 2022). Artículo 21° inciso segundo, numeral del 1 al 7. Reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430. [en línea] < <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2023/01/18/43454/01/2254667.pdf>> [consulta octubre de 2023].

Es importante mencionar que las OLN tendrán tres días hábiles contados desde la última gestión, para evaluar los antecedentes para declarar “en estado de resolverse o resolución”, y posteriormente, tendrá diez días hábiles para ponderar los aspectos antes mencionados para luego notificar a los intervinientes las medidas administrativas que se deben tomar para el restablecimiento del derecho.

-Recursos

El régimen de recursos que contempla el procedimiento de tutela administrativa se encuentra regulado en el artículo 23 del reglamento, el cual hace alusión al artículo 59° de la ley 19.880. Por tanto, se deduce que ambos articulados se refieren a dos recursos que proceden en contra de la resolución administrativa dictada por la OLN: Recurso de Reposición y Recurso Jerárquico. Respecto de las otras resoluciones procederá el recurso de reposición en los términos del artículo 59 antes mencionado.

En cuanto al tiempo y la forma, ambos recursos deberán interponerse por escrito dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la resolución recurrida.

5.2.- Procedimiento de protección administrativa, sean de carácter de protección Universal o Especializado.

La Ley 21.430 en el artículo 66, señala las funciones de las ONL, dentro de éstas, en las letras d), e), F) y g), determina la vertiente acerca de la protección y garantía de los derechos de los NNA, por ende, las OLN tienen la potestad de iniciar y gestionar los casos sobre vulneraciones de derechos en contra NNA, esto a través, de “procesos de protección administrativa universal y/o especializada de los derechos de los niños, niñas o adolescentes destinados a adoptar las medidas de protección consignadas en la presente ley”.²²⁸

A propósito de los procesos antes expuestos, el primero, la protección universal de derechos viene señalada a partir del artículo 66° letra e) de la ley 21.430: “realizar los

²²⁸ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 66°, letra d).

procesos de protección administrativa universal, de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley, de los derechos de los niños, niñas y adolescentes ante la detección de riesgos de vulneración de cualquiera de sus derechos”; y el segundo proceso, la protección especializada se encuentra señalada en la letra f) que dispone que las OLN conocerán de los aquellos procesos en los cuales los NNA “se encuentren vulnerados en uno o más de sus derechos.”

Ambos procesos son descritos a partir del artículo 72 de la ley 21.430, en virtud de la referencia que hace el artículo 66 letra d) de la misma ley. El objetivo de esto es que se investigue y materialice el cese del riesgo, amenaza o vulneración de derecho que está sometido el o los NNA, elaborando la OLN según el caso, un Plan de Intervención personalizado y si es necesario de alguna medida de protección administrativa.

En cuanto a la Reglamentación, características, requisitos y otras materias que se trató en el apartado anterior sobre el “Procedimiento de Tutela administrativa de protección de derechos”, el artículo 72 antes mencionado, es la fuente de información acerca de este procedimiento que debe seguir las ONL, sin perjuicio de que en el artículo 66 letra g) se señala la necesidad de “Un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo social y familia en un plazo de doce meses contado desde la publicación de la presente ley”, o sea, como fecha límite el quince de marzo de 2023, lo cual no se cuenta con él hasta el día de presentación de este trabajo. No obstante aquello, el artículo 72 hace el esfuerzo de describir los requisitos que debe cumplir tanto el procedimiento de protección administrativa universal y/o especializada, y por otro lado, el mismo reglamento del procedimiento de tutela de protección administrativa nos da luces de cómo deberá actuar las OLN, que en todo caso, no queda claro si será el mismo procedimiento o se está refiriendo a dos distintos, pues al hacer una investigación exhaustiva no es posible llegar a una idea totalmente clara, por lo que se deberá observar este asunto en otro trabajo de investigación cuando las OLN ya entren en vigencia en su totalidad, así como las funciones que deben cumplir. En este trabajo me de investigación me remitiré a lo expresado por la ley:

Haciendo una deducción lógica, el Procedimiento de protección administrativa deberá seguir los lineamientos del artículo 72, Ley número 19.880 Que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, y el Decreto 11 del Ministerio de Desarrollo Social y Familia que Aprueba el

reglamento que regula el procedimiento de Tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de esto, según lo previsto en el artículo 60 de la ley N° 21.430. Este último, a pesar de que especifique que viene a partir de lo señalado en el artículo 60, se hará una deducción lógica y/o interpretación extensiva acerca de los procedimientos y actos administrativos.

-Inicio del procedimiento:

Así las cosas, este procedimiento podrá ser iniciado de oficio o por requerimiento de los NNA, padres o cuidadores legales de forma oral o escrita, así también, por cualquier persona que tenga interés.

En cuanto a la forma, no es necesaria una formalidad exhaustiva, sino que solo se exigirá “la exposición de los hechos y los antecedentes mínimos para la correcta individualización de los intervinientes.”²²⁹ En los casos que se haga el requerimiento de forma oral, siempre se llevará a un acta de forma escrita, y en ambos casos, sea un requerimiento oral o escrito, se llevará un registro.

Sobre la admisibilidad de la denuncia o requerimiento acerca de la existencia de alguna vulneración de derechos o riesgo de ella, ante cualquier decisión que tome la OLN competente, esta debe ser fundada. Además, al igual que el procedimiento de tutela administrativa de derechos, para garantizar el derecho al debido proceso, deben respetarse los derechos que se constituyen en la Ley, Convención y tratados internacionales vigentes acerca de los derechos de los niños, como por ejemplo el derecho a ser oído. Para cumplir con este último, es necesario que los NNA entiendan lo que se está sucediendo e investigando, siempre en miras del interés superior y la edad de los NNA, y para estos efectos, para cualquier decisión que puedan tomar las OLN, los NNA podrán intervenir en cualquier estado del procedimiento y, además de solicitar un abogado o asistencia gratuita.

Una vez que se ha hecho el análisis de las circunstancias del caso, las OLN determinarán si procede alguna medida administrativa, y si procede, se citará a los

²²⁹ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 72°, número 2.

intervinientes a una sesión en el plazo más brevemente posible, para que éstos sean oídos y se suscriba un acuerdo voluntario entre los mismos, o sea, entre los NNA, representantes o apoderados, y las OLN que son aquellas instituciones que representan al Estado. En casos de inasistencia de algún interviniente o el fracaso de llegar a un acuerdo, las OLN deberán evaluar el caso y decidir si procede elevar el asunto a la justicia ordinaria, en virtud del artículo 71 de la ley, y/o si requiere alguna medida de protección administrativa de urgencia.

-Notificaciones

“Las decisiones se adopten se notificarán por el medio más idóneo, que permita dejar constancia de ellas.”²³⁰

-Desistimiento del requerimiento o denuncia

El desistimiento de la denuncia o requerimiento, por parte de un interesado, no suspenderá o finalizará el curso del proceso. Me remito a lo ya mencionado en el apartado del procedimiento de tutela administrativa de derechos.

-Medidas de protección que instruye la Ley 21.430.

La finalidad de aplicar los procedimientos administrativos es la prevención, protección y reparación de los NNA que estén en riesgo de una vulneración de derechos o bien, estén siendo sometidos a ésta. Para garantizar los derechos de los NNA y el objetivo de los preciosos, es que las OLN que conocen de los asuntos de vulneraciones de derechos podrán aplicar medidas de protección administrativas de derechos.

La Ley 21.430 regula las medidas de protección en el artículo 68, de la letra “a” a la “g”²³¹, aquellas medidas administrativas que podrá adoptar la OLN competente de conocer

²³⁰ Ley N°. 21.430, que Crea el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. artículo 72° número 7, inciso segundo.

²³¹ Artículo 68.- Medidas de protección administrativa. Las Oficinas Locales de la Niñez podrán aplicar las siguientes medidas de protección:

el asunto, y más adelante, dentro del mismo articulado, dispone cuáles será aquellas medidas de protección, las cuales, si, solo sí, se deberán decretar vía sede judicial mediante los Tribunales de Familia, sin perjuicio de que las OLN serán las encargadas de solicitarlas en conjunto o no con las medidas administrativas.

Cómo exclusiva competencia de los Tribunales de Familia, se señalan en el Artículo 68 inciso segundo, que serán aquellas acciones o medidas de protección que digan relación con La limitación o suspensión del derecho a mantener relaciones directas y regulares con sus familiares o cuidadores, la suspensión de su derecho a vivir con su familia, la determinación de cuidados alternativos, el término de la patria potestad y la adopción, serán siempre medidas de competencia de los tribunales de familia.

¿Cuáles son las medidas administrativas?

Según la Guía Didáctica de la Ley 21.340 las medidas administrativas pueden clasificarse, por un lado, en aquellas que las OLN pueden instruir a los niños, niñas y adolescentes y/o sus familias; por otro lado, en aquellas en que pueden instruir a los NNA y/o sus familias. Las primeras dicen relación con “Programas ambulatorios, conjunta o separadamente, para su protección social, de orientación y apoyo para el cuidado y crianza, fortalecimiento y/o revinculación familiar, prevención de vulneraciones, tratamiento y rehabilitación de los perjuicios ocasionados por éstas, y vínculo con redes de apoyo estatal, social y comunitaria. Programas de asistencia integral a la embarazada, y tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, gestionando la internación, conjunta o separada, en centro de salud público o privado.”; las segundas se refieren a instruir a los NNA en su

a) Derivar al niño, niña o adolescente y su familia, conjunta o separadamente, según el caso, a uno o más programas ambulatorios de protección social, de orientación y apoyo para el cuidado y crianza, fortalecimiento y/o revinculación familiar, prevención de vulneraciones, tratamiento y rehabilitación de los perjuicios ocasionados por éstas, y vínculo con redes de apoyo estatal, social y comunitaria.

b) Instruir la matrícula o permanencia del niño, niña o adolescente en establecimientos educacionales.

c) Instruir la activación de los beneficios de seguridad social que correspondan a los niños, niñas o adolescentes o a sus familias.

d) Derivar a programas de asistencia integral a la embarazada.

e) Derivar el ingreso a tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, o gestionar la internación, en algún centro de salud público o privado, del niño, niña o adolescente que lo requiera, o de su padre, madre, representantes o responsables, en forma individual o conjunta, según sea el caso.

f) Derivar al padre, madre, representantes o responsables del niño, al Servicio de Registro Civil e Identificación, a objeto que, dentro de un plazo breve, regularicen o procesen la falta de inscripción de su filiación o las deficiencias que presenten los documentos de identidad del niño, niña o adolescente, según sea el caso.

g) Cualquiera otra medida de protección idónea debidamente fundada, a fin de preservar o restituir los derechos, dentro de los límites de competencia de las Oficinas Locales de la Niñez.

matrícula y permanencia en escuelas o colegios, y “la activación de beneficios de seguridad social del niño, niña o adolescente o sus familias.” Además, como bien señala la letra g de la ley 21430, “cualquier otra medida de protección idónea debidamente fundada, a fin de preservar o restituir los derechos, dentro de los límites de competencia de las Oficinas Locales de la Niñez.”

¿Cuál es la razón de la limitación de la existencia de medidas que son de exclusiva competencia de los Tribunales de Familia?

Existen medidas de protección que son de exclusiva competencia de los Tribunales de Familia, esto se refiere que, son los únicos que tienen la potestad de aplicar estas medidas de protección con conocimiento de causa y mediante un procedimiento especial de protección judicial del artículo 68 de la Ley N° 19.868 que crea los Tribunales de Familia. Como fundamento más próximo, se presume que son medidas que restringen los derechos de los NNA y requiere una revisión más exhaustiva.

Las medidas que se hace alusión son los casos de: Limitación o suspensión acerca de mantener relación directa y regular, La suspensión del derecho de vivir con su familia, Determinación de cuidados alternativos, y el término de la Patria potestad y La Adopción.

-Revisión de medidas de protección administrativa.

Según lo señalado en el artículo 73 de la ley 21.430, todas las medidas administrativas que tome la OLN competente, deberá ser revisada cada tres meses, por lo tanto, éstas no podrán ser determinadas de forma permanente en el tiempo, sino que deberán ser modificadas en según las circunstancias y contexto.

-Incumplimiento de las medidas de protección administrativa.

Ante el incumplimiento por parte de los padres, madres o representantes, y/o los NNA acerca de lo establecido por las OLN y los intervinientes, en cuanto a las medidas de protección, quien esté a cargo del plan de intervención de el o los NNA evaluará según la gravedad, reiteración o falta de justificación del incumplimiento, e informará de la situación a los Tribunales de Familia para asegurar el cumplimiento o requerir alguna medida de

competencia exclusiva de aquellos. Primeramente, los Tribunales de Familias podrán optar por apremios en virtud de lo dispuesto en los artículos 66 letra f y 71 de la Ley 21.430 para así asegurar el cumplimiento forzado de la medida, y por lo tanto la restitución de los derechos de los NNA.

-Derivación de casos entre sedes administrativa y judicial.

Tal como se mencionó en el apartado anterior, se da por reproducido los casos en que se derivarán los casos desde sede administrativa a sede judicial, no obstante, también existen casos que funcionará de forma viceversa. Sobre este asunto se refiere el artículo 71 de la ley 21.430, dispone que “La sede judicial derivará obligatoriamente a protección administrativa todos los casos que, en atención a los antecedentes que obren en su poder, no requieran de medidas judiciales para la oportuna y adecuada atención del niño, niña o adolescente, mediante una resolución fundada, cualquiera sea el estado de la causa. En estos casos, las Oficinas Locales de la Niñez tendrán la obligación de iniciar la gestión del caso en el plazo mínimo posible según lo establecido en el reglamento mencionado en el artículo 65.”²³²

-Acción de Reclamación por Ilegalidad

La legalidad que tendrán las medidas de protección administrativas siempre estará sujeta a todo lo establecido en la Ley 21.430 sobre Garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, Los Reglamentos emanados del Ministerio de Desarrollo social y Familia, La Ley 19698 que Crea los Tribunales de Familia, y en general, el cumplimiento de todos los principios de la Convención y tratados internacionales que se encuentran vigentes en Chile. Así las cosas, el artículo 69 de la ley 21430 dispone sobre la “Legalidad de las medidas de Protección.”, que en definitiva estas medidas deberán basarse en riesgos o amenazas, o propiamente tales, vulneraciones de derechos en contra de NNA. Al ser decretadas por las OLN, deberán ser fundadas, y establecer una duración que no podrá exceder a tres meses que es el plazo en el cual se debe revisar la medida.

²³² Ley 21430 - Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1173643>.

Para finalizar, en el último inciso del artículo 69 se dispone que, “el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos torna en ilegal a la medida”, refiriéndose a todos los requisitos que menciona anteriormente. Por consiguiente, para reclamar su ilegalidad, surge la Acción de reclamación por ilegalidad del artículo 74 de la misma ley, que en términos simples, tendrán derecho a interponer la acción dentro de 15 días hábiles contados desde el hecho arbitrario, a que los intervinientes o a quien afecte a la medida de recurrir ante el superior jerárquico, o sea, recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva. Sin perjuicio de que derechos que tiene toda persona de recurrir de Acción de protección o Amparo.

CONCLUSIONES

El concepto de vulneración de derechos en contra de niños, niñas y adolescentes es bien amplio, normativamente no ha sido definido como tal, sino que se ha desarrollado a partir de distintos tipos de legislaciones y por consecuencia de algún tipo de daño físico o psicológico en contra de los NNA. Así las cosas, es que se encuentra válido, para fines de este trabajo, lo expuesto por la defensoría de la niñez, esto es: cualquier transgresión de los derechos de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual puede ser constitutiva de delito o no, dependiendo de nuestra legislación.

Naturalmente en una primera etapa, tanto en términos nacionales como internacionales, no existió una normativa sistematizada en cuanto a la protección de la niñez y adolescencia. Como primer acercamiento en la legislación nacional encontramos con el Código Civil de Andrés Bello de 1855 y el Código Penal de 1874, el primero, solo trató algunos aspectos de filiación y de familia, pero nada sobre los NNA en situación socioeconómica de desmedro o abandono, ni tampoco alguna referencia acerca de la protección de sus derechos. Es más, la corriente ideológica predominante en esa época era la vertiente Conservadora, que hasta en ese entonces sigue principios muy distintos a lo que hoy en día son universales como Estado Parte de la Convención; y el segundo, nos entrega como aporte la clasificación entre infante o niño e impúber, así también cómo la mayoría de edad.

En esta etapa de inexistencia de legislación nacional acerca de la protección de niños niñas y adolescentes, fueron los privados quienes abordaron la evidente desprotección para con los NNA. Para llevar a cabo esta tarea, agentes privados como grupos aristócratas y congregaciones religiosas fueron los encargados de liderar algunos de los conflictos existentes a la época, no obstante el esfuerzo de ambos, aquello solo era una “caridad privada” que lograba alcanzar el objetivo de protección universal de los NNA. Es importante hacer presente que en esta época, me refiero a finales del siglo XIX, existen elevadas tasas de natalidad y mortalidad infantil, y demás, se encuentra documentada una crisis sanitaria que trae consigo múltiples muertes en el escenario nacional, sean estas de NNA como de sujetos adultos.

Así las cosas, en paralelo en el contexto internacional, se comenzó a hablar de los derechos de los niños a partir de la Declaración de Ginebra de 1924 como primer instrumento internacional en la materia, y por ende, el comienzo a lo que se conoce hoy en día como: Doctrina de la situación irregular. Siguiendo esta línea también es posible mencionar otros instrumentos internacionales como, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966, y por sobre todo la influencia de la Convención de los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño de 1989 es el Tratado Internacional que ha sido aprobado y ratificado por gran parte de la comunidad internacional, de hecho, ha alcanzado en el mundo occidental una “validez universal” pues existen solo dos Estados que no han aprobado la Convención. La mayor relevancia radica en que no solo recoge los instrumentos que venían con anterioridad, sino que además se compromete con la idea o doctrina en que de este momento los niños, niñas y adolescentes serán considerados como “sujetos de derechos” y ya no como objeto de protección.

A modo de contextualización, la doctrina de la situación irregular, también conocida como el Modelo tutelar del Estado, imperó en el mundo occidental cerca de 60 años. Se caracterizó por considerar a los niños niñas y adolescentes como “objeto de protección”, es el Estado quien es el encargado de proteger al desvalido, distinguiendo a grandes rasgos en dos tipos de infancia en cuanto a sus necesidades básicas, esto se refería a alimentos, educación, familia y salud: a) NNA con sus necesidades básicas cubiertas, y b) Menores con falencias o alteraciones negativas en sus necesidades básicas.

Chile no estuvo alejado de esta doctrina, desde las primeras leyes específicas sobre menores como la primera Ley de Protección a la infancia desvalida; más adelante, el pronunciamiento de la primera Ley de Protección de Menores de 1929 y la segunda Ley de Menores que viene a reemplazar la anterior en 1967, y luego, la posterior dictación de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia en el año 2004. Importante he de considerar que a medida que pasaron los años se fue dejando atrás el modelo ortodoxo de la Doctrina de la situación irregular, o sea que se fue morigerando y cambiando la forma de ver conceptualmente la materia de la niñez y adolescencia. Por último, no fue que se mantuvo vigente esta doctrina, sin perjuicio de sus modificaciones posteriores, virtualmente hasta los

años 2021, 2022 y 2023 con la progresiva entrada en vigencia del sistema de Mejor Niñez y la implementación paulatina del Sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Asunto que se termina de concluir luego de exponer la problemática de la “Crisis del SENAME”.

Durante la época en la cual predominó la doctrina de la situación irregular, es cierto que hubo un reconocimiento en cuanto a los derechos de la infancia y adolescencia, así mismo con la protección de los derechos y labor del estado para con ellos. En una primera etapa con la Ley de Menores de 1929, cronológicamente hablando, dentro de las principales materias que se regularon fue la creación de la Dirección General de Protección de Menores a cargo del Ministerio de Justicia, Creación de Tribunales de Menores, procedimientos y jueces especiales que serían quienes aplicarían distintos tipos de medidas de protección en favor de los NNA vulnerados en sus derechos, Acciones y procedimiento especial en materia de Alimentos, creación de la Dirección General de Protección a la Infancia y adolescencia (PROTINFA). Luego en una segunda etapa, con la modificación y reemplazo con la Ley de menores de 1967, que crea el Consejo Nacional de Menores (CONAME) y La Policía de menores, ambos con un corto periodo de tiempo de funcionamiento pues a partir del Golpe de estado en 1973, cambia el cambia profundamente el modelo que venía siguiendo la legislación nacional, y se crea mediante Decreto Ley el Servicio Nacional de Menores.

Sin duda alguna, esta última época, sin dejar de lado la incipiente y, aunque lenta pero progresiva de los derechos de la niñez y adolescencia, fue un punto de inflexión según lo que se ha desarrollado en este trabajo de investigación. Con el nuevo modelo político, económico y social llevado de la mano de la subsidiariedad del Estado y la escasa preocupación por la niñez y adolescencia, comienza a existir un progresivo debilitamiento en la protección de derechos dirigiéndonos como Estado a un progresivo modelo en el cual existen o existieron graves y sistemáticas vulneraciones de derechos en contra de los NNA.

“Crisis del SENAME”: La profunda revisión de la crisis del Servicio Nacional de Menores (SENAME) revela una realidad crítica que ha afectado la capacidad del sistema para salvaguardar los derechos y bienestar de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Esta crisis no solo fue evidente en las deficiencias estructurales y operativas, sino también en el impacto directo en la vida de los menores bajo la custodia del servicio.

La falta de recursos, la sobrepoblación en los centros de acogida y las deficiencias en la calidad de atención resaltan la urgencia de una transformación integral en el enfoque hacia la protección de la infancia. La crisis del SENAME no solo ha sido una crisis institucional, sino también una crisis moral y humanitaria que demanda respuestas inmediatas y a largo plazo.

Es imperativo que las autoridades y la sociedad en su conjunto asuman la responsabilidad de abordar estas deficiencias de manera integral. Se requieren políticas públicas efectivas, financiamiento adecuado y un enfoque centrado en el bienestar de los niños para superar los desafíos actuales. Además, la participación activa de la sociedad civil y organizaciones especializadas es esencial para garantizar una vigilancia continua y una presión constructiva para el cambio.

La crisis del SENAME no solo representa un desafío a nivel legal e institucional, sino también una llamada de atención a la conciencia colectiva sobre la importancia de garantizar un entorno seguro y protector para todos los niños y adolescentes. A medida que se abordan las deficiencias identificadas, se abre una oportunidad para establecer un nuevo estándar de cuidado y protección, priorizando el interés superior del menor y asegurando que cada niño en Chile pueda crecer en un entorno que fomente su pleno desarrollo y bienestar. La superación de esta crisis implica un compromiso sostenido y una colaboración coordinada de todos los actores involucrados, con el objetivo común de brindar a la infancia chilena un futuro más seguro y prometedor.

Respuesta del Estado de Chile Frente a la Crisis del SENAME:

Para el Estado de Chile fue un llamado de atención urgente que requirió respuestas legislativas concretas y transformadoras. Las leyes 21.302 y 21.430 representan un hito significativo en la evolución del marco legal, respondiendo de manera directa a las deficiencias sistémicas identificadas en el SENAME y buscando establecer un sistema más robusto y orientado al bienestar de la niñez y adolescencia.

La Ley 21.302, al crear el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, abordó la necesidad de una institución específica y especializada para atender las complejidades de la protección de derechos en este grupo vulnerable. Esta respuesta incluyó la descentralización y una mayor atención a las realidades locales, marcando un cambio importante en la estructura y operatividad del sistema.

La Ley 21.430, por su parte, surge como una respuesta integral y profunda a las vulneraciones de derechos, estableciendo el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos. Esta legislación no solo reconfigura la estructura institucional, sino que redefine los principios rectores, derechos fundamentales y procedimientos administrativos, estableciendo así un marco legal que busca prevenir, proteger y reparar de manera integral.

Ambas leyes reflejan un compromiso claro por superar las deficiencias del pasado y establecer un sistema más eficaz y centrado en la protección de la infancia. Sin embargo, la efectividad de estas respuestas dependerá crucialmente de su implementación práctica y de una supervisión constante para asegurar que los cambios legislativos se traduzcan en mejoras tangibles en la vida de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Estas leyes no solo representan documentos legales, sino un compromiso colectivo hacia una niñez y adolescencia más seguras, protegidas y con oportunidades de desarrollo pleno.

Como conclusiones finales, la evolución legislativa de la mano de la creación del “Servicio de Mejor Niñez” y el Sistema de Garantías y Protección Integral de Derechos, denota que existe una preocupación y compromiso continuo en la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile, pues en conjunto a otras leyes y creación de instituciones especializadas como las Oficina Locales de la Niñez, Subsecretaría de la Niñez, procedimientos judiciales nuevos en cuanto a la protección de la niñez, entre otras, se traduce en un sistema que tiene como objetivo mejorar el estatus de los NNA en Chile. Sin embargo, todos estos avances no solo sean “buenas ideas”, es fundamental que exista una implementación efectiva, supervisión y fiscalización continua de los cambios en este nuevo sistema.

BIBLIOGRAFÍA

Textos consultados

BUSSO, Gustavo. "Vulnerabilidad Social: Nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI". Seminario Internacional: Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe, CEPAL, julio 2001. P.8.

BELOFF Mary. 1999. Modelo de protección integral. De los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar.

GONZÁLEZ MARTIN, Nuria y RODRIGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. ¿Menor o Niños, Niñas y Adolescentes? Un tópico a discutir, en Revista de Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM, N°5, 2011, Ciudad de México, 63 p.

CILLERO Miguel. 2001. Los Derechos del niño: De la proclamación a la protección efectiva. [En línea]. Revista Justicia y Derechos del niño, UNICEF N° 3. pp. 49-64. http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf [Consulta: 28 mayo 2014]. p. 53.

BUAIZ Yuri. 2003. La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones.

TOBIN, 2019, UNICEF, s.f. Con 196 Estados parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN) es actualmente el instrumento jurídico internacional de derechos humanos más ratificado.

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

CASTILLO, Federico. 2010. La Promoción y Protección de los Derechos Humanos del niño en el Sistema Internacional e Interamericano.

O'DONNELL, D. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos. México. 2° edición. 837p

CORTÉS BECK Juan. 1994. Desarrollo de los Sistemas de Atención de la Infancia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. p. 224.

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

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

SALAZAR, Gabriel. Ser Niño "Huacho" en la Historia de Chile (siglo XIX). Santiago. LOM Ediciones 2006. cit. pág. 37.

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

Osses D. La historia infausta. Vida Médica 1987; 39; 6.

Costa-Casaretto C. La Revista Médica de Chile 100 años atrás. Año XVII, N 4. octubre 1888. Rev. Méd. Chile 1989; 117: 228.

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

Gajardo, Samuel, 1894-. Los derechos del niño y la tiranía del ambiente: divulgación de la ley 4.447: psicología, educación, derecho penal . Disponible en Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile <https://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-9361.html>. Accedido en 12/10/2023.

GAJARDO C, Samuel, Los derechos del niño y la tiranía del ambiente. p 37. En digital: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/339>, p34- 35.

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

GAJARDO C, Samuel, Los derechos del niño y la tiranía del ambiente. p 89. En digital: <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/339>, p. 85.

Palomer, R. Nalda, año 2016. Título de la tesis: La eficacia del procedimiento de medidas de protección del niño, niña o adolescente Memoria. Página 50. [En línea]<<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139341/La-eficacia-del-procedimiento-de-medidas-de-proteccion-del-ni%C3%B3n-del-ni%C3%B1a-o-adolescente.pdf?sequence=1>

Urrutia, Niños de Chile. Colección Nosotros los Chilenos, Editorial Quimantú, junio de 1972. Editorial del diario La Nación, del 5 de agosto de 1957: “constituyó un grave error haber ubicado los servicios de reeducación de menores en la compleja y pesada estructura del Servicio Nacional de Salud. Al parecer, influyó en la determinación aludida un criterio eminentemente médico en el enfoque de los problemas de la minoría de edad desamparada. No se explica de otra manera que los establecimientos y organismos que antiguamente corresponden al Departamento de Menores en situación irregular de PROTINFA aparezcan en la actualidad diluidos en unidades de tipo sanitario”

Fuenzalida, Daniela. “Protección jurídica y social de la infancia: Situación actual en Chile desde la perspectiva del Derecho Público”. Memoria para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Santiago, 2014. Página 72-73

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

GONZÁLEZ URRUTIA I.P. Y CASTELLANO VELMAR A.V. El principio del interés superior del niño: análisis desde la mirada del derecho internacional en su evolución y aplicación al derecho chileno. (2020). <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176583/El-principio-del-interes-superior-del-ni%C3%B1o-analisis-desde-la-mirada-del-derecho-internacional-en-su-evolucion-y-aplicacion-al-derecho-chileno.pdf>

CILLERO Miguel. 1994. Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile. En: PILOTTI Francisco. Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Montevideo, Instituto Interamericano del niño. p. 115

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

TELLO Cristóbal. 2003. Niños, adolescentes y el sistema Chile Solidario: ¿una oportunidad para constituir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile? [En línea] Revista de Derechos del Niño, UNICEF N° 2. pp. 9-52. http://www.unicef.cl/archivos_documento/92/Derechos2.pdf. p. 16. [Consulta: 04 junio 2014]. p. 16

SERVICIO NACIONAL DE MENORES, informe Nacional de los Representantes Gubernamentales, Chile, 78° Reunión del Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño, Santiago de Chile, 4-6 de junio de 2003, p. 24

Servicio Nacional de Menores. (2019). *BASES Y ORIENTACIONES TÉCNICAS LÍNEA DE ACCIÓN OFICINAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Correspondiente a la Ley 20.032 y su Reglamento. P. 3.* [en línea]. <https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2019/05/Orientaciones-Tecnicas-OPD.pdf> [consulta: octubre 2023].

UNICEF (2022). El Enfoque Basado en los Derechos de la Niñez. P.5. [En línea] <<https://www.unicef.org/chile/media/7021/file/mod%201%20enfoque%20de%20derechos.pdf>> [consulta enero de 2024].

Carmona, L. (2021). Cambio en las Políticas hacia niños, niñas y adolescentes en Chile: Develando el Problema público desde el Policy Frames Analysis. (Tesis para optar al grado de Magister en gestión y políticas públicas). Universidad de Chile, Santiago de Chile. P.46.

Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin edita. (2018). P.16 Letra “C. Naturaleza grave o sistemática de las violaciones”

Naciones Unidas Derechos Humanos. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Resolución ARES/66/138. (2011).

Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Versión preliminar sin editar. (2018).

Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Informe Misión de Observación. Centros Residenciales de Protección de la red SENAME. (2017). P.151.

Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, Gobierno de Chile. (agosto 2022). Guía Didáctica para la ley N° 21.. [En línea] <<https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/09/Guia-Didactica-Ley-21.430-1.pdf>> [consulta octubre de 2023].

Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez, (febrero de 2020). Orientaciones Técnicas para la implementación del Piloto de la Oficina Local de la Niñez.

Grupo Banco Mundial (2020). Evaluación de la implementación del piloto Oficinas Locales de la Niñez. Informe Final, Práctica Global de Protección Social y Trabajo del Banco Mundial (P170622 - Chile).

Ministerio de Desarrollo Social. (2021). Documento de Apoyo Gestión de Casos [PDF]. P.3. Recuperado de https://oln.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/Documento_apoyo_Gestion_Casos-2021.pdf

Declaraciones consultadas

Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas.

DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 1966.

Normativa, Mensajes de Ley e Historia de la Ley consultada y otros.

Ley N° 19.0047. Ley de matrimonio Civil. (2004).

Ley N° 20.066. Ley de Violencia Intrafamiliar. (2005)

Proyecto de ley que Modifica Código Civil y otras leyes, regulando el régimen patrimonial de sociedad conyugal, fecha de ingreso: Martes 5 de abril, 2011. Número de Boletín: 7567-07.

Ley N° 20.830. (2022). Crea el Acuerdo de Unión Civil.

Ley N° 7612 y 1613 en octubre de 1943, y luego la Ley 10.271 en abril de 1952, que Mejoran la posición del hijo/a que nace fuera del matrimonio que hubiese sido reconocido por el padre.

Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 1, Ministerio de Desarrollo Social y Familia, mayo 2000, última modificación en septiembre 2022 mediante Ley 21.484

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

Ley 4.447, 1928. Ley de Protección de Menores, Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile.

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. "Ley de Protección de Menores, 1928", en: La infancia en el siglo XX. Memoria Chilena. Disponible en <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-631269.html>. Accedido en 12/10/2023.

CHILE. 1929. Ministerio de justicia. Decreto 2.531: Reglamento para la aplicación de la Ley de menores.

Ley N° 19.585, de 1990. Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de Filiación. [en línea] <<https://bcn.cl/2fcv6> > [consulta octubre de 2023].

Ley N° 11.183. (1953) Introduce las Modificaciones que indica en el Código de Procedimiento Civil.

Ley N° 14.550. (1961) Crea Los Juzgados de Letras de Menores y leyes que señala.

Ley N° 16.618. (1967). Ley de Protección de Menores.

Decreto con fuerza de Ley N°7 del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social, 1942. DFL que Crea la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia.

Ley 21.302 (2021). Crea el Servicio Nacional de protección especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica.

Ley N° 21.430. (2022). Crea Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Mensaje presidencial, Sesión 72. Legislatura 363. De fecha 21 de septiembre de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Historia de la Ley N° 21.430 de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, Mensaje Presidencial. P.5. Publicada el 15 de marzo de 2022, según la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Ley 21.150 que Modifica la Ley 20.530 y Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia (2019).

Ley 19. 968 que crea los Tribunales de Familia. (2004).

Historia de la Ley N° 20.530.(2010) Mensaje en Sesión 55. Legislatura 358.

Ley N° 21.150 que Modifica la Ley N° 20.530 y Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (2019).

Ley N° 21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. (2018).

Decreto Ley 2465 del Ministerio de Justicia, que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica, publicado el 16 de enero de 1979).

Mensaje en Sesión 34. Legislatura 340 de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece un sistema de atención a la Niñez y adolescencia a través de colaboradores del SENAME y su Régimen de subvención. (1999). P.4.

Mensaje en Sesión 34. Legislatura 340 de S.E el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que establece un sistema de atención a la Niñez y adolescencia a través de colaboradores del SENAME y su Régimen de subvención. (1999). P.6.

Ley N°20.032, Artículo 4°, numeral 3.1, de la que Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del SENAME y su régimen de subvención.

Mensaje N° 090-366 de S.E el Presidente de la República (2018). Proyecto de ley que Crea el Servicio de la Niñez y modifica normas legales que indica.

Mensaje presidencial Boletín N° 10315-18, de fecha 24 de septiembre de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. En línea: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=10729&prmBOLETIN=10315-18> > [consulta octubre de 2023].

Mensaje Presidenta Bachelet, Boletín N° 3792-07 de fecha 19 de enero de 2005, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley sobre Protección de los derechos de infancia y de la adolescencia.

Mensaje presidencial, Boletín N° 8487-07 de fecha agosto 2012, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley que Suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos servicios de atención a la infancia y adolescencia.

Historia de la Ley N° 21.430 de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, p.6. Publicada el 15 de marzo de 2022, según la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Mensaje presidencial, Boletín N° 8.911-18 de fecha octubre 2013, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley Reforma integral al sistema de adopción en Chile.

Mensaje presidencial, Boletín N° 10.315-18 de fecha septiembre de 2015, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Proyecto de Ley Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

Reglamento Acción de Tutela Administrativa de Derechos, <https://es.scribd.com/document/631212843/Reglamento-Accio-n-de-Tutela-Administrativa-de-Derechos>.

Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado

Ley Chile - Decreto 11 (18-ene-2023) M. de Desarrollo Social y Familia ..., <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1187992>

Sitios web consultados

Biblioteca Nacional de Chile
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/537/1/HL19968.pdf>.

Ministerio de Salud.
http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/derenine_zunicef.pdf.

Naciones Unidas. <https://www.humanium.org/es/ginebra-1924>

WINTERBERG Yury y Sonya. Los niños en la Primera Guerra Mundial. [en línea] <
<https://www.elhistoriador.com.ar/los-ninos-en-la-primera-guerra-mundial-por-yury-y-sonya-winterberg/>

Declaración de los Derechos del Niño.
<https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>> [consulta: octubre 2023].

Organización de Estados Americanos. www.iin.oea.org/b
<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139341/La-eficacia-del-procedimiento->

de-medidas-de-protecci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-ni%C3%B1a-o-adolescente.pdf?sequence=1 adaj/docs

Repositorio Universidad de Chile.

<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139341/La-eficacia-del-procedimiento-de-medidas-de-protecci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-ni%C3%B1a-o-adolescente.pdf?sequence=1>

MINISTERIO DE LA MUJER Y LA EQUIDAD DE GÉNERO. (2023). https://www.sernameg.gob.cl/?page_id=27084.

Save the Children. Eglantyne Jebb: La Mujer que salvó a los niños. <https://www.savethechildren.es/centenario/100-anos-de-historia>

BIBLIOTECA NACIONAL DE CHILE. Conformación de la ideología neoliberal en Chile (1955-1978). Memoria Chilena. Disponible en <https://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-article-31415.html>. Accedido en 13/10/2023

Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (s.f.). Historia. Recuperado el 15 de octubre de 2021, de <https://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/historia>

Ministerio de Desarrollo Social y Familia. Servicio Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia. Recuperado enero 2024, de <https://www.mejorninez.cl/mejorninez.html#:~:text=El%20Servicio%20Nacional%20de%20Protecci%C3%B3n,amenazados%20y%20vulnerados%20en%20sus>

Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Mejor Niñez (2021). Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y adolescencia (SPI). P.16-22. [PowerPoint presentación]. [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=HbYohhmaSZg>> [consulta octubre de 2023].

DIARIO OFICIAL I,
<https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2022/03/15/43203/01/2099181.pdf>.

