

Lathrop Gómez, Fabiola

LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN EL DERECHO CHILENO

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 22*, 2014, pp. 197-229

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838888005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL DERECHO CHILENO

CHILDS AND TEENAGERS' RIGHTS SPECIAL PROTECTION IN CHILEAN LAW

LA PARTICULIÈRE PROTECTION DES DROIT DES ENFANTS ET ADOLESCENTS EN DROIT CHILIEN

*Fabiola Lathrop Gómez**

RESUMEN

El actual sistema chileno de protección especial de derechos de NNA vulnera su derecho fundamental a vivir en familia. A diferencia de la tendencia mundial, nuestro sistema se caracteriza por un marcado intervencionismo estatal en la esfera familiar de NNA, primando la actuación judicial a aquella administrativa. Además, cuenta con un deficiente marco regulatorio de las medidas de protección de derechos de NNA, al carecer de una verdadera naturaleza preventiva e integral y de supuestos de procedencia claros. Este sistema permite vicios en su funcionamiento, como la solicitud de medidas de protección para preparar juicios futuros de índole no cautelar, y la dictación de medidas que, contrariando norma expresa, ordenan el ingreso de NNA a sistemas de residencia tanto sin establecimiento de plazos determinados como señalamiento de sus fundamentos y objetivos. Esta situación está siendo abordada parcialmente por un proyecto de ley que busca establecer un marco normativo de protección integral de los derechos de NNA. Este trabajo confronta algunas de las críticas efectuadas al sistema de protección especial de

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; doctora en Derecho, Universidad de Salamanca; investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central de Chile; profesora asociada de Derecho Civil de la Universidad de Chile. Dirección postal: Lord Cochrane 417, 4º piso, Santiago. Artículo recibido el 30 de octubre de 2013 y aceptado para su publicación el 8 de mayo de 2014. Correo electrónico: fabiola.lathrop@ucentral.cl.

derechos de NNA con el Derecho Proyectado, y avanza ciertos aportes para su perfeccionamiento a la luz del Derecho de Familia y del Derecho de la Infancia modernos.

Palabras clave: derechos de los niños, niñas y adolescentes, derecho a vivir en familia, sistema de protección especial de derechos, medidas de protección, infancia, niñez, adolescencia.

ABSTRACT

The current Chilean special protection system of rights of CA violates certain fundamental rights of CA, especially, their right to family life. Unlike the global trend, this system is characterized by a strong State intervention in the family sphere of CA, prioritizing the judicial intervention rather than the administrative. In addition, it has a poor regulatory framework for the measures of CA's rights protection, given its lack of true preventive and comprehensive natures, and provenance suppositions. This system allows flaws in its operation, such as the petition of protective measures to prepare future trials of a non precautionary nature, and contrary to express provision, the issuance of measures that order the admission of CA to the residency system without specific timeframes and/or indication of the grounds and objectives of such measures. This situation is being addressed in part by a bill that seeks to establish a regulatory framework for the comprehensive protection of CA's rights. This work confronts these criticisms with project Law and gives certain contributions to its improvement in light of modern Family and Infancy Laws.

Keywords: Children and adolescent rights, right of family life, special rights protection system, protection measures, infancy, childhood, adolescence.

RÉSUMÉ

L'actuel système chilien de protection spéciale des droits des EA porte atteinte à certains droits fondamentaux des EA, en particulier leur droit à vivre au sein d'une famille. Ce système se caractérise par un fort interventionnisme de l'État dans la sphère familiale des EA où l'intervention judiciaire prime sur l'intervention administrative, à l'inverse de la tendance mondiale. De plus, le cadre règlementant les mesures de protection des droits des EA est déficient car il manque d'hypothèses d'application et d'une vraie approche préventive et intégrale. Ce système comprend certains vices de fonction-

nement, tels que la présentation de demandes de mesures de protection à fin de préparer des jugements futurs de caractère non préventif et/ou de dicter des mesures qui, en allant à l'encontre de l'objet de la norme, entraînent le placement d'enfants et adolescents dans des systèmes résidentiels sans établir de délais précis ni préciser les fondements ou objectifs de ces mesures. Cette situation est abordée de manière partielle par un projet de loi qui vise à établir un cadre normatif de protection intégrale des droits de l'enfant. Ce travail oppose ces critiques au droit proposé et avance certaines propositions, basées sur une conception moderne du droit de la famille et du droit des enfants, dans l'objectif de son perfectionnement.

Mots clés: Droit des enfants et adolescents, mesures de protection, enfance, adolescence.

I. PRESENTACIÓN

Este trabajo busca:

- II) criticar el sistema de protección especial de derechos de NNA a la luz de su derecho a vivir en familia consagrado en la CDN;
- III) confrontar estas críticas con las modificaciones que contiene el Proyecto de Ley de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que se encuentra en el Parlamento;
- IV) avanzar algunas propuestas a la luz del Derecho de Familia y del Derecho de la Infancia y de la Adolescencia modernos respecto de la internación residencial de NNA y
- V) entregar algunas conclusiones sobre la protección especial de derechos de NNA en Chile.

Al realizar este trabajo, he revisado fuentes doctrinales tradicionales, tales como libros y artículos científicos; informes de levantamiento de casos del sistema proteccional de derechos de NNA; y documentos elaborados por la UNICEF que contienen opiniones y conclusiones de la sociedad civil en relación con la temática que se aborda. En menor medida, he consultado algunas fuentes periodísticas, dado que la materia tratada en estas páginas ha sido objeto de atención mediática en el último año. Además, he consultado jurisprudencia de los sistemas regionales europeo e interamericano de Derechos Humanos y, especialmente, la emanada de nuestra Corte Suprema entre los años 2009 a 2013 recaída en solicitudes de medidas de protección de derechos de NNA¹. En cuanto a la primera

¹ La búsqueda de jurisprudencia nacional arrojó un total de veintinueve fallos. Al respecto, cabe mencionar que la fecha de dictación es la única información que se entrega

metodología utilizada, esto es, el estudio de fuentes doctrinales, cabe señalar que las de carácter nacional son muy escasas y que, respecto de las extranjeras, Argentina es el país latinoamericano que ofrece mayor cantidad de autores que se han aproximado a esta materia.

II. CRÍTICAS AL SISTEMA DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NNA A LA LUZ DE SU DERECHO A VIVIR EN FAMILIA

1. El derecho de NNA a vivir en familia

El derecho del NNA a vivir en familia se encuentra consagrado en diversas disposiciones del sistema internacional de derechos humanos. En especial, la vigencia y contenido de este derecho se desprende de los artículos (arts.) 5, 18, 19, 20 y 27 de la CDN²; del artículo (art.) 19 del Pacto de San José

sobre estas resoluciones. Se ha omitido la referencia a otros datos que permitan individualizar la sentencia, a objeto de proteger la intimidad de las personas involucradas en estos casos.

² Art. 5: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Art. 18: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbrá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

Art. 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”.

Art. 20: “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y

de Costa Rica³; del art. 15 del Protocolo de San Salvador⁴ y del art. 11 letra b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad⁵. Estas normas reconocen a la familia como el me-

asistencia especiales del Estado. 2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico”.

Art. 27: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

³ Esta norma dispone: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

⁴ Esta disposición establece lo siguiente: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material. 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna. 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollos los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”.

⁵ Reglas adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990. Conforme a esta disposición, por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

dio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que la familia cumpla la función de cuidado del NNA y que, por ende, debe intervenir sólo cuando ella falle en este cometido; y establecen, por último, que la separación del NNA de su familia debe ser la última medida a adoptar y siempre que su interés superior lo autorice. Así, cabe destacar la directriz N° 3 sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños que prescribe:

“Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a *lograr que el niño PERMANEZA bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que VUELVA a ella...*”⁶.

Conforme a éstas y otras disposiciones, el derecho del NNA a la vida familiar ha sido objeto de pronunciamientos en los sistemas internacionales de derechos humanos. Así, en el caso Masacres de Río Negro versus Guatemala, la Corte IDH, refiriéndose a la protección a la familia, ha señalado que el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica reconoce que

202

⁶ Contenida en la resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General N° 64/142-2009. El énfasis que se observa en el texto ha sido añadido. Sus párrafos 40, 41 y 47 establecen, por su parte: “41. Se alienta a los Estados a adoptar medidas para la protección integral y la garantía de los derechos durante el período del embarazo, el nacimiento y la lactancia a fin de garantizar condiciones de dignidad e igualdad para el adecuado desarrollo del embarazo y el cuidado del niño. Por consiguiente, se deberían ofrecer programas de apoyo a los futuros padres, especialmente los padres adolescentes, que tengan dificultades para ejercer las funciones parentales. Tales programas deberían tener como finalidad dar a las madres y los padres la posibilidad de ejercer las funciones parentales en condiciones de dignidad y evitar que se vean inducidos a entregar la guarda de su hijo a causa de su vulnerabilidad.

42. Cuando un niño es abandonado o se renuncia a su guarda, los Estados deberían velar por que ello se realice en condiciones de confidencialidad y seguridad para el niño, respetando su derecho de acceso a la información sobre sus orígenes cuando corresponda y sea posible de conformidad con la legislación del Estado.

48. Cuando el único o principal cuidador del niño pueda quedar privado de libertad a causa de su ingreso en prisión preventiva o de su condena a una pena de prisión, deberían dictarse en tales casos, siempre que fuera posible y teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas de libertad provisional y penas no privativas de libertad. Los Estados deberían tener en cuenta el interés superior del niño al decidir retirar la custodia del niño nacido en prisión o que vive en prisión con uno de sus progenitores. La retirada de la custodia de esos niños debería tratarse del mismo modo que otros casos de separación. Debería ponerse el máximo esfuerzo en lograr que los niños que permanezcan bajo la custodia de sus padres se beneficien de un cuidado y protección adecuados, al tiempo que se garantiza su propiacondición de individuos libres y su acceso a las actividades de la comunidad”.

la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que ella debe ser protegida por la sociedad y el Estado⁷, agregando:

“dada la importancia del derecho a la protección a la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”⁸.

Por su parte, en el caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) versus Costa Rica, la Corte IDH ha señalado que el mencionado art. 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general, agregando que el derecho de protección a la familia: “es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas”⁹.

Por último, cabe recordar que en la OC N° 17 de 2002, la Corte IDH estableció:

“Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”¹⁰.

203

⁷ El art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica establece: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

⁸ MASACRES DE RÍO NEGRO VERSUS GUATEMALA (2012), párrafo 145.

⁹ ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VERSUS COSTA RICA (2012), párrafo 145. En este mismo sentido, véase VÉLEZ RESTREPO Y FAMILIARES VERSUS COLOMBIA (2012), párrafo 225.

¹⁰ Corte IDH, OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, p. 86.

A su vez, al decidir sobre supuestas violaciones del derecho a la vida familiar¹¹, específicamente en el caso P., C. and S. versus United Kingdom, el TEDH ha afirmado que el Estado nacional debe ser cuidadoso al evaluar el impacto que la medida de alejamiento puede causar en el NNA y en sus padres; que estas medidas deben ser consideradas como temporales, por lo cual se les debe poner término tan pronto como las circunstancias lo permitan; y que cualquier medida alternativa de cuidado temporal debe encaminarse a que el NNA vuelva a estar bajo la crianza de sus padres.¹² Respecto de interferencias en la vida familiar denunciadas contra Austria en el caso Moser versus Austria, este TEDH afirmó que las autoridades de este país no habían adoptado acciones positivas para explorar alternativas que permitieran a los integrantes de una familia permanecer unidos, por lo cual se había violado el derecho a la vida familiar¹³.

Del análisis de las normas internacionales y de la jurisprudencia regional reseñada, se desprende que la medida de protección puede consistir en el alejamiento del NNA de su entorno familiar y comunitario, a través de la denominada “institucionalización”, sólo cuando se hayan agotado *todas* las acciones positivas tendientes al fortalecimiento familiar y consiguiente permanencia en el núcleo fundamental de origen¹⁴. En efecto, en el ámbito de la Sicología se advierte:

204

“a pesar de que los teóricos del apego no hacen referencia a la familia como institución, ni a una estructura familiar en concreto, se considera que esta necesidad de cuidado afectivo por parte de un adulto estable y permanente sólo se proporciona en entornos familiares o que reproduzcan estas condiciones de ‘familiaridad’, frente al tipo de institucionalización vigente hasta el momento”¹⁵.

Asimismo, el enfoque y la intervención que se pretende lograr con toda medida de protección debe ser integral y, especialmente, cuando ellas importan alejamiento del NNA de su entorno habitual. En este sentido, el diagnóstico y diseño del programa de intervención respectivo debe considerar la situación del grupo familiar y social en que el NNA habita y se desenvuelve. Del

¹¹ Este derecho está consagrado en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta norma prescribe lo siguiente: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. La vida privada y familiar incluye la intimidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia. Regula en qué casos puede haber una injerencia de los poderes públicos en estos derechos”.

¹² P., C. AND S. VERSUS UNITED KINGDOM (2002), párrafos 116 y 117.

¹³ MOSER VERSUS AUSTRIA (2006), párrafo 70.

¹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ y BLANCK (2008), p. 189.

¹⁵ Cfr. GÓMEZ y BERÁSTEGUI (2009) p. 179.

mismo modo, desde el punto de vista material, las formas de intervención autorizadas por la ley deben abordar el conjunto de necesidades insatisfechas que aparecen involucradas en la situación de riesgo y desprotección¹⁶.

El sistema de protección especial debe enfocarse en los:

“casos en que no existen conflictos de relevancia jurídica ni fijación de estados jurídicos nuevos, sino la necesidad de administrar situaciones particulares sobre la base de la aplicación no jurisdiccional de reglas generales”¹⁷.

En consideración a la naturaleza restaurativa de que deben estar dotadas las medidas de protección, el Estado debe priorizar por respuestas administrativas y no por la judicialización de las necesidades de los NNA que han visto vulnerados sus derechos. Las medidas de protección de índole judicial deben reservarse para los casos en que su aplicación implique la separación del NNA de su entorno familiar y comunitario o, bien, para cuando deban revisarse las medidas de protección de carácter administrativo (en el punto IV de este trabajo volveré sobre esto).

2. Diagnóstico del sistema de protección especial de derechos de NNA en Chile

205

a) Antecedentes

En 2013, UNICEF-Chile, el Poder Judicial y el SENAME conformaron una mesa técnica respecto de la situación de NNA en el sistema residencial chileno. Este trabajo se realizó a través de una comisión de levantamiento y unificación de la información de NNA en sistema residencial de la Corte Suprema (Comisión Jeldres), la cual había iniciado sus funciones el año 2009 con información provista por SENAME. Producto de este trabajo se emitieron dos boletines y un informe final que evidenciaron las deficientes condiciones de vida al interior de los centros de residencia de NNA¹⁸. El informe de la Comisión Jeldres se entregó a la Corte Suprema en marzo de 2013.

¹⁶ Esta idea es compartida por VIVEROS (2008), pp. 20-21.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 18.

¹⁸ Este proyecto habría permitido visitar, entre julio a noviembre de 2012, siete mil NNA que viven en sistema residencial en once regiones del país. Cfr. BASCUÑÁN y JELDRES (2013), pp. 3-4. Esta realidad develada por el estudio citado no sería exclusiva de Chile sino que habría sido una tendencia durante décadas pasadas en algunos países de Europa y de nuestro cono Sur. Así, en un estudio publicado en 2002 citado por HERRERA (2007), p. 503, se habría concluido que los NNA “están internados por otras razones tales como las necesidades de cuidados especiales, la incapacidad temporal de los padres para cuidarlos, casos de violencia familiar o negligencia en el cuidado, o la pérdida del contacto entre sus padres y familia en los casos de conflictos armados u otras situaciones de emergencia”.

Los resultados de esta investigación fueron filtrados a la opinión pública por CIPER CHILE el 4 de julio de 2013. Este medio de comunicación denunció supuestos casos graves de abuso sexual, físico y sicológico en contra de NNA que vivían en hogares del SENAME, situación que causó gran revuelo social y político.

Ante estos hechos se generaron críticas por la actuación de los entes involucrados en esta investigación frente a la información recabada¹⁹. El gobierno ordenó intervenir treinta y cuatro hogares de NNA, así como fiscalizar los recintos de residencia, cerrar cuatro de ellos, y desvincular a varios funcionarios²⁰. A su vez, el Poder Judicial entregó los antecedentes del informe de la Comisión Jeldres al Ministerio Público el 10 de julio de 2013; días más tarde emitió un comunicado e hizo públicos los documentos relacionados con el trabajo de la misma²¹. Por último, la Cámara de Diputados acordó la creación de una comisión especial investigadora, la cual emitió un detallado informe el 4 de marzo de 2014²².

Cabe señalar que la instalación de un centro de medidas cautelares en el año 2010 demostraba la preocupación con que el Poder Judicial, con anterioridad a los hechos descritos más atrás, observaba el funcionamiento del sistema de protección especial en Chile. Así, el objetivo primordial de esta unidad fue y es el conocimiento concentrado, a través de un modelo de gestión operativo, de las medidas cautelares de carácter urgente en materias de protección, violencia intrafamiliar e infraccionales; así como de las audiencias preparatorias, de juicio, y de revisión de dichas medidas.²³ A mayor abundamiento, el pasado 14 de marzo de 2014, el tribunal pleno de la Corte Suprema dictó un:

“Auto Acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los Tribunales de Familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia”.

En el acta respectiva se lee:

“Que se hace necesario reforzar las actuaciones que despliega en la actualidad la jurisdicción de familia en cuanto a medidas

¹⁹ Cfr. DIARIO *LA SEGUNDA* (2013) y RADIO BíoBío (2013).

²⁰ Además, el Ministerio de Justicia impulsó un programa “Para el mejoramiento continuo de la calidad del sistema residencial”, que debiera actuar en terreno hasta diciembre de 2014, y que tiene por objetivo la intervención de todos los centros del SENAME del país. Cfr. DIARIO *LA TERCERA* (2013).

²¹ Cfr. CIPER CHILE (2013).

²² Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS (2014).

²³ Este centro fue creado mediante el acta N° 135-2010, de 2010. Véanse arts. 4 y 5 de esta acta.

de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente aquellas que implican internación en centros residenciales, bajo un enfoque integrador encaminado al más pleno desarrollo de las acciones institucionales que permite el marco de competencias asignadas por el legislador”²⁴.

Este auto acordado es una reacción de nuestro Poder Judicial frente las irregularidades detectadas en el funcionamiento del sistema residencial de NNA antes mencionado. Así, entre otras materias, regula de forma específica el seguimiento y control del cumplimiento de la medida de internación por el Tribunal de Familia que la ha decretado, refiriéndose a la creación de un sistema de registro único de aplicación de estas medidas y, específicamente, a un formulario individual disponible en el Sistema Informático de Tramitación de Familia; asimismo, regula la obligación de visita de establecimientos residenciales en el territorio jurisdiccional correspondiente por parte de los jueces de familia, la cual debe efectuarse cada cuatro meses.

Pues bien, el revuelo mediático causado por la revelación de la investigación que he comentado colaboró en evidenciar una serie de deficiencias conocidas –y reconocidas– por la generalidad de los usuarios del sistema chileno de protección especial de derechos de NNA. Del estudio de las fuentes consultadas para la elaboración de este trabajo²⁵, es posible

²⁴ Acta N° 37-2014, de 2014, p. 1.

²⁵ Algunas de estas falencias son enumeradas en PODER JUDICIAL (2012) pp. 5-6. De la misma manera, en CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2014), pp. 173-174 puede leerse que los principales problemas detectados en Tribunales de Familia con respecto al sistema proteccional son los siguientes:

1. NNA ingresados a establecimientos residenciales sin determinar un plazo de duración de la medida, sin motivos de ingreso y sin fijar objetivos para la intervención.
2. Dictación de sentencias que, en vez de resolver la situación de vulneración de derechos del NNA y su familia, ordenan que se abra otra causa para poder investigar más, o para realizar la evaluación de la red familiar.
3. NNA que permanecen institucionalizados sin que exista una medida vigente que lo permita.
4. Causas de protección que se encuentran paralizadas una vez que se ha dictado el fallo, sin realizarse gestión alguna en orden a obtener y revisar su cumplimiento, ni la adecuación de la medida.
5. Desarraigamiento de NNA de sus lugares de origen por estar institucionalizados en residencias que se ubican a más de ciento cincuenta kilómetros de aquéllos.
6. Indeterminación del concepto de “grave vulneración de derechos” en la práctica judicial y de parámetros mínimos comunes para considerar imprescindible el ingreso de internación de NNA en el sistema residencial.
7. Desconocimiento, o no aplicación de las reglas de la Organización de Naciones Unidas al respecto, vigentes en Chile.
8. NNA ingresados al sistema sin existir un rol de ingreso de su causa de protección en un tribunal, o con más de un rol de ingreso, en el mismo o en otro tribunal de familia, y con multiplicidad de causas de protección tramitadas en forma separada y desconectada entre sí.

advertir las siguientes falencias normativas y de funcionamiento judicial de dicho sistema:

- Imprecisiones en el supuesto normativo de aplicación de medidas de protección de derechos de NNA, así como en el elenco de las mismas.
- Deficiencias de carácter estructural en la sustanciación del procedimiento especial de protección de derechos de NNA.
- Degeneración de la naturaleza de las medidas de protección de derechos de NNA detectada en la solicitud de las mismas.
- Indeterminación del período de vigencia de la medida de protección de derechos de NNA.
- Inobservancia del carácter de *ultima ratio* en la dictación de medidas de protección de derechos de NNA que importan el alejamiento de éste de su entorno familiar y comunitario.

En los siguientes literales analizaré estos problemas.

b) Imprecisiones en el supuesto normativo de aplicación de medidas de protección de derechos de NNA, así como en el elenco de las mismas

El marco regulatorio de las medidas de protección ha sido objeto de críticas en doctrina. Así un juez de familia señaló en el año 2010 que las normas referidas a las medidas de protección no se ajustan a la CDN²⁶, agregando que su aplicación requiere de normas jurídicas de índole preventiva y no condenatoria²⁷, toda vez que lo que se pretende con ellas es *evitar* la violación de una norma y no un resarcimiento de un daño ya causado al NNA²⁸.

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

En relación con los obstáculos detectados en el funcionamiento del sistema de protección especial en el ámbito local, véase OPCIÓN (2001), pp. 19-21.

²⁶ Cfr. NÚÑEZ ROMERO (2010), p. 247. En efecto, el autor define las medidas de protección actualmente existentes como: “un instrumento fundado en la potestad del Estado ejercida por intermedio del órgano jurisdiccional, para proteger a los menores de edad que se encuentran gravemente vulnerados en sus derechos, manteniendo la mirada en la situación irregular que están viviendo, a través de mecanismos asistenciales”, (p. 259).

²⁷ El autor, citando el documento UNICEF (2005), p. 152, recuerda: “el sistema judicial chileno relativo a niños, niñas y adolescentes fue diseñado y puesto en funcionamiento durante la primera mitad del siglo veinte, fundamentalmente a través de Juzgados de Menores. Este sistema no diferenciaba entre niños víctimas, excluidos e infractores a la ley penal”. Cfr. NÚÑEZ ROMERO (2010), p. 257. Al respecto, cabe señalar que la Ley de Menores (DFL N° 1 de 2000) aún contiene una disposición que se refiere de manera expresa a los “menores en situación irregular”. La letra a) de su art. 15, contenido en el título II “De la Policía de Menores y sus Funciones”, establece que una de dichas funciones es recoger a los “menores” en dicha situación con necesidad de asistencia o protección.

²⁸ Cfr. NÚÑEZ ROMERO (2010), p. 249.

Asimismo, se señala que éstas y otras medidas son “mal concebidas” como el:

“principal instrumento a través del cual el Estado ejerce la potestad cautelar, cuyos destinatarios son los *menores en situación irregular*, ya sea porque han sido abandonados, se encuentran desamparados, presentan algún tipo de desajuste conductual o han infringido la ley penal siendo inimputables”²⁹.

Ello, debido a que estas medidas responderían a procedimientos tutelares encaminados a la “protección de la persona” más que a los “derechos” del NNA³⁰. Así, contrariando el derecho a vivir en familia, nuestro sistema de protección especial se caracterizaría por un marcado intervencionismo estatal en la esfera familiar del NNA.

A diferencia de otros ordenamientos,³¹ la regulación de nuestras medidas de protección no establece un supuesto determinado que amerite

²⁹ MILLÁN y VILLAVICENCIO (2002), p. 50. La cursiva ha sido añadida. Mary Beloff, refiriéndose al impacto que la CDN ha causado y que redunda en el abandono de la doctrina de la situación irregular del menor nos señala: “en general, la lógica de la situación irregular tuvo gran acogida en América Latina y se articuló perfectamente con los sistema procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en el sistema de la situación irregular se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años”. Cfr. BELOFF (1999), p. 14.

³⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ y BLANCK (2008), pp. 183-206. Para estos autores, la “protección de la persona” vulnera el principio de legalidad, el debido proceso, el principio de reserva y el derecho a la vida privada y a la identidad, el principio de igualdad, la libertad ambulatoria, y el derecho a la defensa, (pp. 189-190).

³¹ Así, por ejemplo, en Argentina, el art. 37 de la ley Nº 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, de 2005, enuncia de forma no taxativa las medidas que deben adoptarse *comprobada* la amenaza o violación de derechos. Entre ellas se encuentran: a) aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; c) asistencia integral a la embarazada; d) inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) tratamiento médico, sicológico o siquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) asistencia económica. A su vez, las denominadas “medidas excepcionales” proceden cuando se hayan previamente implementado las recién enunciadas medidas del art. 37, y “son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio” (inciso primero del art. 39).

Esta ley tiene como principios inspiradores el de la prioridad de la actuación administrativa y la subsidiariedad de la intervención judicial. Sobre esta ley, véase LLOVERAS y SALOMÓN (2009), p. 412 y ss.

su aplicación. El art. 30 de la LM³² establece que en los casos previstos en el art. 8 N° 7 de la LTF³³ podrán decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los “menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”³⁴. Esta norma no señala cuáles son estos derechos susceptibles de vulneración. Al respecto, no es difícil concluir que el catálogo mínimo de tales derechos es el que establece la CDN;³⁵ Sin embargo, sería adecuado que el legislador los especificara y estableciera políticas –universales y especiales- para lograr su efectivización. En este aspecto se observa la trascendencia de la Ley de Protección Integral de Derechos de NNA, pues en instrumentos de este tipo se suele reconocer ese catálogo y determinar esas políticas.

Algo similar sucede con el elenco de las medidas de protección, que es abierto, y que está desprovisto de la naturaleza preventiva connatural a su procedencia conforme a los cánones de la CDN. El art. 30 de la LM establece que “en particular, el juez podrá” (es decir, tiene libertad para ordenar otra medida no enumerada por dicha norma) disponer:

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

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

Al respecto, resulta curioso que estas medidas no taxativas sean más reducidas en número que las medidas cautelares que, conforme al art. 71 de la LTF, pueden adoptarse en el procedimiento de protección³⁶. De

³² DFL N° 1 de 2000.

³³ Ley N° 19.968, de 2004.

³⁴ El art. 8 N° 7 de la LTF determina que corresponderá a los juzgados de Familia conocer y resolver de “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores”. El art. 68 inciso primero de la LTF se refiere a derechos de NNA “amenazados o vulnerados”.

³⁵ Así lo sostiene NÚÑEZ ROMERO (2010), p. 274, al señalar que la norma hace alusión tácita a la CDN en virtud del art. 5 inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República.

³⁶ De acuerdo con el art. 71 de la LTF, estas medidas cautelares especiales no pueden durar más de noventa días y son: la entrega inmediata del NNA a sus padres o a quienes tengan legalmente su cuidado; el cuidado provisorio de una persona o familia en casos de urgencia (debiendo preferir a los parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza); ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia por el tiempo que sea estrictamente indispensable; concurrencia

hecho, esta situación conlleva a que se dicten, como medidas de protección, medidas enunciadas como cautelares en la ley, con la consiguiente confusión de naturalezas y plazos entre ambos institutos³⁷.

del NNA, sus padres o las personas que los tengan bajo su cuidado a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse e impartir las instrucciones pertinentes; suspensión de la relación directa y regular; prohibición o limitación de la presencia del ofensor en el hogar común; prohibición o limitación de la concurrencia del ofensor al lugar de estudios del NNA así como a cualquier otro lugar donde el NNA permanezca, visite o concurra habitualmente; internación en un establecimiento hospitalario, siquiatrónico o de tratamiento especializado, en la medida que ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud; y la prohibición de salir del país para el NNA. No existe acuerdo en la doctrina en cuanto a si el elenco de estas medidas es taxativo o enunciativo. Así, para NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS Rosso (2012), p. 364, la gran limitación a las potestades del juez en el procedimiento de protección estaría dada por el *numerus clausus* de las medidas cautelares que en su contexto el juez puede dictaminar (de acuerdo con el art. 22.4 de la LTF). Sin embargo, para NÚÑEZ ROMERO (2010), p. 271, la expresa mención a las medidas cautelares en el art. 71 de la LTF “no debe significar que el tribunal no pueda dictar otras distintas que a su juicio sean idóneas”, agregando que el art. 22 de esta misma Ley reconoce la potestad cautelar de los jueces de familia, la que les permitiría decretar medidas cautelares conservativas e innovativas. A esta última posición parece adherir MARÍN (2006), al afirmar que en materia de familia la legislación reconoce por primera vez una “potestad cautelar genérica del juzgador” (p. 21), y luego, al señalar que el art. 22 de la LTF tiene un carácter residual (p. 22).

³⁷ Así, en sentencia de 4 de abril de 2012, la Corte Suprema revoca una resolución confirmada por la Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso de casación interpuesto, y dictando una sentencia de reemplazo que ordena como medida proteccional una medida que la ley enumera como cautelar. En este caso, el juez de primera instancia había rechazado una medida de protección solicitada por la madre en virtud de presuntos abusos sexuales cometidos por el padre de sus dos hijas comunes, consistente en la prohibición de alejamiento y comunicación de dicho padre respecto de las dos niñas. No obstante, el juez ordena, como medida de protección, la asistencia del padre a terapia individual con el objeto de fortalecer sus habilidades parentales, así como la de las niñas a fin de resignificar las vivencias acaecidas con posterioridad a la separación de sus padres y, en especial, el alejamiento del progenitor y el daño del vínculo con éste. La madre apela de esta sentencia, recurso que es rechazado por la Corte de Apelaciones por no existir certeza de los abusos sexuales denunciados. La Corte Suprema, en cambio, deducido recurso de casación en el fondo por la madre, estima que en autos existen una serie de antecedentes que dan cuenta de la situación de amenaza o posible vulneración de derechos de las niñas (conforme a las opiniones evacuadas por los sicólogos actuantes en el proceso). De esta forma, y estimando que las medidas de protección no pueden restringirse a los parámetros propios del Derecho punitivo, resuelve que la mantención del régimen comunicacional entre las niñas y su padre resulta perjudicial para ellas, ordenando, como medidas de protección: la suspensión de dicho régimen y la asistencia de las niñas y su padre a terapia psicológica. Como hemos analizado en las páginas anteriores, la primera de las medidas ordenadas por la Corte Suprema no tiene naturaleza proteccional sino meramente cautelar. En efecto, la suspensión de la relación directa y regular está enunciada como medida cautelar susceptible de adopción durante un procedimiento proteccional en el art. 71 letra e) de la LTF, mas no figura en el elenco de las medidas de protección

c) Deficiencias de carácter estructural en la sustanciación del procedimiento especial de protección de derechos de NNA

Entre otras debilidades del sistema de protección especial de derechos de NNA se encuentra, a mi juicio, la vulneración del derecho del NNA al debido proceso, toda vez que la LTF razona sobre la base de que el NNA no es parte del procedimiento³⁸. Concebir al NNA como *objeto* de una medida tan extrema en términos de afectación de derechos fundamentales –como puede llegar a serlo la separación del NNA de su familia– equivale a negarle su calidad de sujeto de derecho. Estimo que el NNA es parte directa en este tipo de procedimientos, pues no hay interés más relevante involucrado en ellos que el del propio NNA³⁹. Además, sostengo que el Estado debe garantizar asesoría y defensa técnica especializada al NNA para la realización de sus intereses y derechos en juicio. En mi concepto, esta exigencia no se satisface actualmente con la posibilidad genérica de que el juez, conforme al art. 19 de la LTF, le nombre al NNA un *curador ad litem*⁴⁰. Ello, porque esta actuación se ha transformado, en la gran

del art. 30 de la LM. Esto es relevante puesto que la medida cautelar no puede superar los noventa días de duración. En mi opinión, aunque no lo dice expresamente la Corte Suprema, debe entenderse que se adoptó una medida de protección no enumerada en el art. 30 de la LM, pues esta norma no es taxativa.

³⁸ Algunos autores sostienen que es parte indirecta, es decir, con interés independiente de las partes directas. Cfr. NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS ROSSO (2012), p. 367.

³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ y BLANCK (2008), p. 201.

⁴⁰ Esta norma establece lo siguiente: “Artículo 19.- Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive”.

mayoría de los casos, en una designación automática de parte del juez de un abogado o abogada perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial sólo para casos en que los intereses del NNA son independientes o contradictorios frente a los de sus representantes legales; obviándose así que también puede designársele cuando el NNA carece de representantes legales, tal como lo permite la norma⁴¹.

Desde el punto de vista procesal, otra crítica levantada se relaciona con la admisibilidad de las denuncias o requerimientos que originan las medidas de protección. Para algunos autores, conforme al art. 54 de la LTF, en estos casos no procedería efectuar tal análisis de admisibilidad⁴². Sin embargo, puede concluirse que este examen es procedente y necesario para que la intervención se produzca sólo ante conflictos de relevancia jurídica –para que no se transforme en un mecanismo de conducción a la asistencia social existente–, como, asimismo, para resguardar la naturaleza cautelar general de la medida de protección de derechos de NNA. A mayor abundamiento, desde la óptica de gestión del sistema de justicia de familia, se ha afirmado que esta falta de control de admisibilidad ocasionaría un colapso el sistema de justicia⁴³. La pertinencia de este argumento se corrobora con la necesidad de crear un centro de medidas cautelares, tal como lo comenté más atrás⁴⁴.

213

d) Degeneración de la naturaleza de las medidas de protección de derechos de NNA detectada en la solicitud de las mismas

Los objetivos y límites de la tutela cautelar están sufriendo revisiones en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico nacional, especialmente en el relativo a la familia. Así, en la actualidad se observa un tránsito desde

⁴¹ En este orden de ideas, respecto del *curador ad litem* se ha señalado que “Dado que la ley no entrega elementos claros acerca del modelo adoptado –si se trata de un guardián ad litem abogado o de un abogado del niño– existe un amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, en la línea del niño como actor procesal y, si vamos un poco más allá, no solo para casos en que exista incompatibilidad con los intereses de sus padres o representantes, sino que para todos aquellos en que el niño afectado tenga un interés individual que tutelar”. Cfr. UDP-UNICEF (2010), p. 135.

⁴² Cfr. NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS ROSSO (2012), p. 378. El art. 54 de la LTF señala lo siguiente: “Artículo 54.- Medios de prueba no regulados expresamente. Podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.

El juez determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo”.

⁴³ Cfr. NÚÑEZ ROMERO (2010), p. 265.

⁴⁴ Véase *supra* n. 23.

la tradicional concepción eminentemente conservativa o precautoria en torno a la cual se construyó la dogmática procesal patrimonial de las medidas cautelares generales (como lo ha sido clásicamente la prohibición de celebrar actos y contratos, por ejemplo), hacia un pleno anticipativo de la resolución del conflicto. El problema de esta tendencia –observada también en el Derecho Comparado– es que con la intención de poner atajo a las dificultades producidas en el procedimiento judicial, se puede llegar a justificar herramientas en extremo abusivas⁴⁵.

Así, el actual tratamiento de las medidas de protección ha permitido ciertos vicios en su utilización, los que, finalmente, desvirtúan la naturaleza jurídica cautelar de estas medidas. No obstante tener el procedimiento especial contenido en la LTF (arts. 68 a 80) un carácter cautelar autónomo⁴⁶, se detecta un gran número de situaciones en que la medida de protección –en particular aquella gatillada vía denuncia– es utilizada sin escrupulos para preparar demandas de contenido civil, como es el cuidado personal o adopción de NNA⁴⁷.

En efecto, en sentencia de Corte Suprema de 27 de julio de 2010 puede observarse que a través de una medida de protección se intenta que el tribunal se pronuncie sobre la educación y crianza religiosa de un niño. En este caso, un padre, habiendo sido rechazado un recurso de apelación interpuesto por él contra una sentencia que le negaba la demanda de cuidado personal de su hijo de cinco años de edad, solicita la dictación de una medida de protección. El padre argumentaba que la madre del niño estaría haciéndolo profesar una religión diversa a la practicada por éste hasta antes de la separación de la pareja. En primera instancia, el tribunal concede una medida de protección ordenando que los padres asistan a terapia familiar a objeto de obtener concordancia en la ejecución del sistema parental, así como consenso en cuanto al establecimiento educacional adecuado para el niño. Posteriormente, ambos padres apelan de la sentencia, la cual es confirmada por la Corte de Apelaciones. El tribunal de alzada señala que no es aceptable que los padres impartan por separado valores religiosos al niño, generándole conflictos y vulneración de su derecho a desarrollarse de manera integral y armónica; ello, según agrega la Corte de Apelaciones, constituye un incumplimiento grave del deber parental de educación y crianza que los padres están llamados a ejercer de consuno. Finalmente, la Corte Suprema deniega el recurso de casación interpuesto por el padre.

⁴⁵ Cfr. MARÍN (2006), pp. 13-14 y 16.

⁴⁶ En este sentido, NÚÑEZ ÁVILA y CORTÉS ROSSO (2012), p. 364. Conforme a estos autores, este procedimiento se caracterizaría, además, por el interés público que involucra, y por la urgencia, rapidez y socialización exigidas en su sustanciación.

⁴⁷ Así lo sostiene NÚÑEZ ROMERO (2010), pp. 264 y 274.

Pues bien, esta desvirtuación de la naturaleza de las medidas de protección se relaciona con la naturaleza cautelar amplia o, bien, restringida, que se le atribuya a tales medidas. Una opinión advierte en ellas una naturaleza cautelar amplia o dinámica, conforme a la cual estas medidas satisfarían directamente la situación jurídica sustancial necesitada de tutela jurisdiccional. En cambio, de acuerdo con la versión restringida de la tutela cautelar, estas medidas buscarían asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva a pronunciar; de manera tal que a través de ellas el Derecho objetivo no actuaría de forma directa (sólo la providencia definitiva tutelaría los derechos de NNA)⁴⁸. Como puede verse, la defensa de la segunda tesis impediría que la medida de protección se pronuncie sobre el fondo, con lo cual concuerdo. A mi juicio, la resolución que ordena la medida de protección no atañe al fondo del conflicto jurídico, más bien se justifica en una intervención excepcional frente a la vulneración cometida o a la amenaza de vulneración de un derecho. De ahí que la medida deba ser delimitada en su naturaleza, acotada en los términos de cumplimiento, y finita en el tiempo.

e) Indeterminación del periodo de vigencia de la medida de protección de derechos de NNA

La indeterminación de plazos de duración tanto de las medidas cautelares como de protección de derechos de NNA adoptadas en el procedimiento especial que provee la LTF es una de las cuestiones más relevadas por las investigaciones y levantamiento de datos sobre el funcionamiento del sistema proteccional de derechos de NNA. Esta irregularidad presenta especial gravedad debido a que conlleva, en un importante número de casos, una internación excesiva e innecesaria en establecimientos residenciales⁴⁹.

215

Al respecto, y conforme al análisis jurisprudencial efectuado con ocasión de este trabajo, es posible afirmar que incurren en esta omisión no sólo los tribunales de primera instancia sino, también, los tribunales superiores. A modo ejemplar, comentaré el siguiente caso.

⁴⁸ Cfr. NÚÑEZ ROMERO (2010), p. 260. Este autor sostiene que produciendo la sentencia recaída en un proceso proteccional cosa juzgada material, y requiriendo las medidas de protección una valoración probabilística dirigida a verificar las existencia de amenaza o vulneración de derechos, dichas medidas obedecen más bien a la versión extensiva de la tutela cautelar.

⁴⁹ Conforme al informe del “Proyecto de levantamiento y unificación de información referente a los niños, niñas y adolescentes en sistema residencial de la V región”, el 21,3% de los NNA que fueron visitados se encuentra en situación de abandono, esto es, con casi nula posibilidad de intervención para el egreso con familia o adulto responsable, lo que implica una institucionalización prolongada. Cfr. PODER JUDICIAL (2012), p. 15. Véase *supra* punto 2 letra a). En este mismo sentido, CÁMARA DE DIPUTADOS (2014), pp. 170, 178-179 y 187, donde se enuncian casos de hasta seis años de internación residencial.

La sentencia de Corte Suprema de 24 de septiembre de 2010 da cuenta de cómo una medida cautelar en el contexto de un procedimiento de protección es dictada sin señalamiento de plazo, pudiendo consolidarse en el tiempo una situación que debió ser transitoria. En este caso, la tía abuela demanda el cuidado personal del NNA contra la madre de éste con fundamento en haber mantenido bajo su cuidado a los dos hijos de la demandada desde pequeños, y en habersele conferido, a través de una medida cautelar, el cuidado personal provisorio de ambos sin plazo determinado. La madre demanda la entrega inmediata del NNA, la cual le es otorgada. Luego, el Juzgado de Familia rechaza la demanda de cuidado personal. Ante ello, se alza la abuela materna; no obstante, la Corte de Apelaciones confirma la sentencia. Finalmente, la Corte Suprema conociendo de la casación en el fondo, consideró que los jueces del grado habían desconocido la existencia y naturaleza de la “medida de protección” que había concedido el cuidado personal provisorio. En primer lugar, no se trataba de una medida de protección sino cautelar sin señalamiento de plazo. En segundo lugar, la Corte Suprema avaló una noción equivocada de la medida adoptada al otorgarle significancia de pronunciamiento sobre el fondo, de manera que colaboró en la consolidación de una situación de hecho. Esta resolución puede ser justa en el caso en concreto; sin embargo, realiza una errónea aplicación del Derecho.

f) Inobservancia del carácter de *ultima ratio* en la dictación de medidas de protección de derechos de NNA que importan el alejamiento de éste de su entorno familiar y comunitario

No obstante el texto del art. 30 de la LM se apegue al carácter de *ultima ratio* que debe revestir la separación del NNA de su entorno familiar⁵⁰, el funcionamiento del sistema de protección especial de NNA chileno permite que la práctica judicial resuelva contrariando tal carácter.

⁵⁰ Conforme al inciso segundo del art. 30 de la LM, de consistir la medida de protección en el ingreso del menor de edad en un centro de tránsito o distribución, hogar substituto o en un establecimiento residencial, el juez debe preferir para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga una relación de confianza. A su vez, de acuerdo con el inciso tercero de esta norma, esta medida de internación en un establecimiento de protección tiene dos características: a) solo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas con las que tenga una relación de confianza; b) tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo (aunque puede renovarse en estos mismos términos y condiciones mientras subsista la causal que le dio lugar).

Es más, en nuestro país la regla general es la institucionalización del NNA y no el acogimiento familiar. De los cerca de quince mil NNA que hoy se encuentran en sistema residencial, sólo el 20% de las plazas (tres mil doscientas cincuenta y dos) corresponden a proyectos de *familias* de acogimiento, mientras que el resto se encuentra viviendo en una institución⁵¹.

Por su parte, existe jurisprudencia contradictoria en cuanto a la interpretación del carácter de *ultima ratio* de la separación del NNA de su entorno familiar y, por ende, de su derecho a vivir en familia. Así lo demuestran los fallos que comento a continuación.

En primer lugar, el caso que resuelve la sentencia de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 2010; resolución que, a mi juicio, logra revertir decisiones anteriores contrarias al derecho del NNA a vivir en familia. En este caso, la abuela materna denuncia ante Carabineros un presunto abuso sexual por parte del padre del NNA. El Juzgado de Familia ordena la adopción de dos medidas: primera, la internación del NNA en un hogar por el plazo máximo de un año –alejando al NNA de su madre y abuela materna, con quienes vive hasta ese momento–; segunda, la incorporación de éstas y del NNA a programas y terapias que se indican. La Corte de Apelaciones confirma la sentencia. La Corte Suprema finalmente revoca la resolución considerando que la medida de separación del NNA de su familia es de *ultima ratio*. En efecto, la Corte Suprema señala que los jueces del grado, no obstante disponer una medida tan gravosa y radical como la internación, no justifican su aplicación del modo que lo prescribe la ley, es decir, bajo la premisa de no existir otra posibilidad de brindar el amparo necesario al NNA que no sea esta privación de su hogar de origen.

En cambio, en sentencia de 9 de enero de 2012, la Corte Suprema desestima las alegaciones de una madre en cuanto a que el NNA sólo puede ser separado de sus padres cuando sea estrictamente necesario. En este caso, la abuela materna de dos niños solicita el cuidado personal provisorio de los mismos como medida de protección. En primera instancia, el juez rechaza la petición, aunque ordenando el ingreso de los niños a un programa de intervención familiar de la red pública correspondiente al domicilio de la madre. La Corte de Apelaciones revoca la decisión entregando el cuidado personal provisorio a la abuela requirente por considerarla más apta para el cuidado de los niños sobre la base de un informe sicosocial, junto con ingresar a los niños a un programa de intervención familiar de la red pública correspondiente al domicilio de la abuela, por el plazo de un año. La madre deduce recurso de casación en el fondo por cuanto el NNA sólo puede ser separado de sus padres cuando sea estrictamente necesario. Sin embargo, la Corte Suprema no realiza la

⁵¹ CÁMARA DE DIPUTADOS (2014), p. 170.

misma valoración (estricta) del derecho del NNA a vivir en familia que en su fallo de 9 de septiembre de 2010.

III. DERECHO PROYECTADO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA

Veamos en qué medida el Derecho Proyectado se hace cargo de las críticas y vicios que hemos comentado en el apartado anterior.

El proyecto de ley de Protección de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes⁵² consagra el derecho a ser cuidado por la familia de origen (art. 4 letra c), y reconoce el papel prioritario de la familia en el cuidado del NNA (art. 6). Este proyecto de ley se refiere a las medidas de protección al establecer un procedimiento administrativo de protección de los derechos de los niños (arts. 12 a 15). En virtud de este procedimiento, cualquier persona puede presentar una solicitud administrativa que tenga por objetivo la protección de derechos de NNA, ante el Ministerio de Desarrollo Social o ante el Servicio de Protección que crea. Así, una vez

⁵² Este proyecto de ley está contenido en el Mensaje 066-361 de 24 abril de 2013, y crea un sistema nacional de protección de los niños, una política nacional de los niños y un plan de acción nacional, cuyo estudio y diseño está fundamentalmente a cargo del Ministerio de Desarrollo Social. Véase *Boletín* N° 8911-18. Cabe tener en cuenta también que en agosto de 2012 el Ejecutivo ingresó otro proyecto de ley, contenido en el *Boletín* N° 8487-07, que tiene por objetivo reestructurar el actual SENAME, creando el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y de la Adolescencia –que tendrá a su cargo las áreas de protección y adopción de NNA y que se encontrará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Desarrollo Social– y, por otra parte, el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescentes –que tendrá por objeto contribuir a la responsabilización y reinserción social de los adolescentes infractores de ley, a cargo del Ministerio de Justicia–. Con la concreción de estas iniciativas legislativas, Chile estaría dando cumplimiento a las recomendaciones finales de los años 2002 y 2007 efectuadas a los Informes Periódicos enviados por el Estado chileno por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (Comité). Por una parte, el Comité ha observado la necesidad de contar con institucionalidades separadas para cada una de las materias recién mencionadas y, por otra, la urgencia de adecuar la legislación en materia de niñez y adolescencia a los estándares internacionales de derechos humanos, fundamentalmente, mediante la sustitución de la Ley de Menores, de 1967, por una ley de protección integral de los derechos de la infancia y de la adolescencia. Chile es uno de los pocos países del continente que no cuenta con una ley de este tipo ni con una institucionalidad adecuada en materia de infancia y adolescencia. En la región, cuentan con códigos en la materia (*Códigos de la Niñez y de la Adolescencia*) o, bien, leyes de protección integral –que es la tendencia reciente–, países como: México, Guatemala, El Salvador, Honduras, República Dominicana, Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Argentina, Bolivia, Brasil, Uruguay y Paraguay. En Europa, entre otros: Bélgica, Reino Unido, España e Italia cuentan con leyes de protección integral (la tendencia en Europa no es la codificación).

determinada la *admisibilidad* de la solicitud, la entidad receptora puede adoptar las *medidas* que correspondan de conformidad a sus competencias, o derivarla al órgano o entidad competente.

En principio, entonces, la intervención administrativa parece ser la regla general. Sin embargo, al señalar que en aquellos casos en que se encuentre “amenazada o afectada la integridad física o psíquica del niño”, los órganos y entidades de la administración del Estado correspondientes deberán remitir los antecedentes al tribunal competente, el proyecto restringe notablemente el ámbito administrativo de aplicación de estas medidas. Ello, pues no es difícil suponer que en un alto número de casos dicha autoridad determinará la existencia de una amenaza o afectación de la integridad del NNA, terminando por judicializar la situación.

Cabe destacar, además, que el proyecto de ley entrega a un reglamento la regulación de este procedimiento, en circunstancias que el legislador, en consideración a la naturaleza restrictiva de derechos del NNA y demás personas de su entorno que puede revestir la medida de protección, debiera ocuparse directamente de su tratamiento. A mi juicio es una ley –y no un reglamento– el instrumento que garantiza la legalidad, seguridad y estabilidad jurídica adecuadas en este tipo de materias.

La iniciativa que precedió al actual proyecto de ley era mucho más ambiciosa en este sentido. En efecto, el proyecto de ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia de 2005⁵³ contemplaba una protección administrativa especial para los casos que no requerían la separación de NNA de su familia, mediante intervenciones de naturaleza no jurisdiccional, desarrolladas de preferencia en el ámbito local, a cargo del SNIA que creaba y de las Oficinas de Protección de Derechos⁵⁴. Además,

⁵³ Este proyecto de ley estuvo contenido en el *Boletín* N° 3792-07, fue presentado en enero de 2005, y recayeron en él dos informes de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en primer trámite constitucional.

⁵⁴ Así se establecía en el art. 14, que rezaba así: “Protección administrativa especial. De conformidad a la misión y funciones que la ley le asigna, corresponderá al Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia realizar las acciones destinadas a la prevención de situaciones de vulneración, protección integral y promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que no requieran la separación de éstos de su familia, mediante intervenciones de naturaleza no jurisdiccional, desarrolladas preferentemente en el ámbito local”.

El Servicio desarrollará esta tarea a través de una oferta de programas y proyectos ejecutados directamente o a través de los organismos acreditados ante él.

En especial, le corresponderá desarrollar o impulsar:

a) La creación de OPD, en el ámbito local, destinadas a realizar acciones encaminadas a brindar protección integral de sus derechos, cuando se encuentren en una situación de exclusión social o vulneración.

b) Programas dirigidos a ofrecer al niño, niña o adolescente la atención ambulatoria especializada necesaria para la adecuada protección, reparación o restitución de sus

establecía que el SNIA debía propiciar la búsqueda de acuerdos con el NNA y su familia, a fin de evitar la judicialización. Así, el SNIA podía solicitar al Juzgado de Familia la adopción de una medida de protección sólo en aquellos casos en que no fuese posible lograr un acuerdo; o cuando éste fuese incumplido en forma grave, reiterada o injustificada; o cuando concurriesen causales de aplicación judicial de medidas de protección.

Asimismo, la intervención era siempre de carácter judicial si la medida importaba separar al NNA de uno o ambos padres o de quienes legalmente lo tuvieran bajo su cuidado⁵⁵. Por último, el proyecto de ley de 2005 era mucho más acucioso en la regulación de las causales y elenco de medidas de protección en sede judicial^{56, 57}.

derechos. En los casos en que la intervención técnica lo amerite, podrán desarrollarse bajo esta línea de acción, programas residenciales.

c) Programas dirigidos a prevenir situaciones de vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente que afecten su integración familiar, escolar o comunitaria.

d) Programas destinados a promover los derechos del niño, niña o adolescente.

e) Programas dirigidos a proporcionar al niño, niña o adolescente, vulnerado en sus derechos, un medio familiar donde residir, a través de familias de acogida.

f) Programas de adopción de niños, niñas y adolescentes.

g) La atención de los niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar a través de centros residenciales.

h) La elaboración en modalidad ambulatoria o residencial de los diagnósticos solicitados por el tribunal competente u otras instancias públicas o privadas, que digan relación con una situación de vulneración de derechos que afecte a un niño, niña o adolescente”.

⁵⁵ Conforme al art. 17 de este proyecto de ley de 2005.

⁵⁶ Así, remitiéndose al procedimiento especial de la LTF, señalaba que las medidas judiciales procedían ante situaciones de vulneración de los derechos del NNA causadas por: falta de los padres o las personas responsables de su cuidado personal; incapacidad o imposibilidad, transitoria o permanente, de los padres o de las personas responsables para ejercer su cuidado personal; incumplimiento voluntario o negligente de las obligaciones de protección de padres o personas responsables de su cuidado personal, cuando ello comprometa su vida, integridad física o síquica; maltrato, abuso o explotación sexual; y necesidad urgente de proporcionarle atención de salud para proteger su vida e integridad física (art. 36). El elenco de medidas adoptables mediante resolución fundada eran la asistencia a programas o servicios de apoyo, orientación, intervención o reparación ofrecidos por entidades públicas o privadas; la realización de un tratamiento médico, siquiatrónico o sicológico; confiar al NNA al cuidado de un familiar o de un tercero; el ingreso a programa de familias de acogida; y el ingreso a un centro residencial. Agregaba que para resolver, el juez debía tomar en cuenta la gravedad de los hechos que ameritaban la aplicación de la medida, el grado de autonomía y capacidad del NNA, la presencia de redes de apoyo, y la posibilidad del adecuado ejercicio de los papeles protectores por parte de los adultos responsables de su cuidado. Estas medidas debían decretarse por un plazo determinado, no superior a un año y podían renovarse por períodos iguales (art. 37).

⁵⁷ Este proyecto de ley regulaba de forma separada las medidas de protección judiciales aplicables a los padres o personas a cargo del cuidado personal del NNA, tales como

IV. APORTES DESDE EL DERECHO DE FAMILIA Y DEL DERECHO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA RESPECTO DE LA INTERNACIÓN RESIDENCIAL DE NNA

En este apartado me propongo efectuar algunos aportes al perfeccionamiento de la legislación y de los proyectos de ley mencionados, en especial, en materia de internación residencial de NNA.

Como he señalado, un adecuado marco normativo del sistema de protección especial de derechos de NNA debe basarse en una intervención prioritariamente administrativa, y excepcionalmente judicial. Con el objetivo de garantizar que el tribunal se aboque sólo a los conflictos *jurídicos* que afecten derechos de NNA, y porque el ámbito administrativo es más reparador y preventivo que el judicial,

“es elemental contar con una instancia administrativa con facultades exclusivas en materias de protección especial, tanto en la toma de decisiones, como en la ejecución de las medidas”⁵⁸.

No se trata de prescindir de la intervención judicial sino de concebirla en términos subsidiarios, es decir, el sistema administrativo y judicial conviven sin perjuicio de que el primero sea el prioritario. Así, la doctrina especializada ha propuesto un sistema de protección integral que incluya el tratamiento de las medidas de protección, defensa y restitución de derechos en casos de violaciones de los mismos, construido conforme a la institucionalidad de cada Estado a través de órganos administrativos de protección de derechos, el poder judicial especializado y las defensorías especializadas⁵⁹. Chile carece de esta institucionalidad, a diferencia de la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos⁶⁰.

la asistencia a programas o servicios ambulatorios de apoyo u orientación ofrecidos o financiados por organismos públicos o privados; o el tratamiento médico, siquiatrónico o sicológico; la obligación de matricular al NNA en un establecimiento educacional y velar por su asistencia; la prohibición de mantener relaciones directas o regulares con el NNA por tiempo determinado; y la expulsión del agresor o agresora de la vivienda común en casos de maltrato grave, abuso o explotación sexual (art. 38).

⁵⁸ Cfr. OPCIÓN (2001), p. 12. Ésta es la opinión de la mayoría de la doctrina y documentación revisada; sin embargo, en concepto de algunos autores, esta convivencia de sistemas podría ocasionar colisiones. Así, se señala que la intervención administrativa soslayaría el control de legalidad y mérito que cabe efectuar a los jueces. Esta discusión se ha generado particularmente en Argentina. Al respecto, reconduzco el detalle de ambas posturas a GIL DOMÍNGUEZ *et al.* (2007), pp. 556-560 y pp. 585-589.

⁵⁹ Cfr. MORLACCHETTI (2013), p. 87.

⁶⁰ A modo ejemplar, me referiré brevemente a la legislación venezolana, ecuatoriana y salvadoreña. Así, en Venezuela existen los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente.

Así, entonces, las medidas de protección de índole judicial deben reservarse para los siguientes casos: cuando su aplicación implique la separación del NNA de su entorno familiar y comunitario; cuando proceda la revisión de las medidas de carácter administrativo; cuando la medida deba imponerse de forma coactiva; o cuando se produzcan alteraciones sustanciales o permanentes en la condición jurídica del NNA⁶¹.

Éstos son órganos administrativos existentes en cada municipio, que se encargan de asegurar la protección o violación de los derechos y garantías de uno o varios niños o adolescentes individualmente considerados. Estos Consejos son permanentes y tienen autonomía funcional (art. 158 de la Ley Orgánica para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, de 2007). Estos Consejos dictan medidas de protección, excepto las de adopción y colocación familiar; ejecutan tales medidas de protección y sus decisiones administrativas, pudiendo requerir para ello a los servicios públicos o el uso de la fuerza pública; deciden también acerca de la inclusión del NNA y su familia en uno o varios programas; y deben denunciar ante el ministerio público si conocen o reciben denuncias de situaciones que configuren infracciones de carácter administrativo, penal o civil contra NNA (art. 160).

A su vez, en Ecuador existen las Juntas Cantonales de Protección de Derechos, que son órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, y que funcionan al alero de cada municipio. A estas Juntas les corresponde conocer, de oficio o a petición de parte, los casos de amenaza o violación de derechos individuales de NNA; y disponer las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger el derecho amenazado o restituir el derecho violado; vigilar la ejecución de sus medidas; interponer las acciones necesarias ante los órganos judiciales competentes en caso de incumplimiento de sus decisiones; y denunciar las infracciones administrativas y penales cometidas en contra de NNA (art. 206 del *Código de la Niñez y de la Adolescencia*, de 2003). Cfr. MORLACCHETTI (2013), p. 49.

Por último, en El Salvador, la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, de 2009, establece las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia, que son dependencias administrativas departamentales con autonomía técnica, cuya función es la protección de los derechos del NNA en el ámbito local (art. 159). Estas Juntas tienen como atribuciones conocer en su ámbito de competencia, de oficio o a petición de parte, de las amenazas o violaciones individualizadas de los derechos de NNA; dictar y velar por la aplicación de las medidas de protección que sean necesarias para proteger los derechos violados o amenazados; registrar las medidas de protección dictadas y requerir de diversas entidades de atención la realización de actuaciones necesarias para la garantía de derechos de NNA y de sus familias (art. 161). Cfr. MORLACCHETTI (2013), pp. 54 y 57.

⁶¹ Las hipótesis de competencia judicial las tomo de RODRÍGUEZ y BLANCK (2008), p. 197. Sobre la combinación de mecanismos administrativos y judiciales, Véase UNICEF (2012), p. 81. En las conclusiones generales de este documento puede leerse: “en cuanto a los mecanismos de protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia que debe contemplar la Ley, se sostuvo que deben crearse recursos de carácter administrativo y judicial especiales, reforzar el procedimiento para la aplicación de medidas de protección y los mecanismos de defensa y representación de los intereses del niño en juicios, y fortalecerse sistemas de control independientes. En especial, se propuso la creación de una acción constitucional específica, interponible ante los tribunales con competencia en materias de familia, pero cuya tramitación y competencia propia se radique en los tribunales superiores de justicia”.

En este último punto, y precisamente en virtud de su carácter excepcional, estimo que el legislador debe dar pautas para la aplicación de este tipo de medidas. Por ejemplo, la ley argentina contempla la medida de permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos, estableciendo que deben buscarse e individualizarse las personas vinculadas al NNA a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, u otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad; agregando que sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa, en cuyo caso debe prestarse especial atención a la continuidad en la educación del NNA, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico⁶².

Por otra parte, el sistema de protección especial debe orientar la aplicación de medidas al *restablecimiento* de derechos vulnerados; garantizar su procedencia sólo respecto de casos *realmente urgentes*, esto es, cuando la intervención satisfaga más derechos que los que restrinja⁶³ y contemplar un *número suficientemente variado* de medidas de protección. En particular, este catálogo debiera contener en forma mayoritaria medidas alternativas a la institucionalización, y siempre de carácter temporal, tales como el acogimiento familiar, la colocación familiar, el abrigo y programas de alternativa familiar.⁶⁴ Asimismo, no debe descartarse la combinación de la medida residencial con breves estancias en familias de acogida –como lo prevé la legislación española–, como acoplamiento para una posterior constitución íntegra de la medida de colocación en familias de acogida⁶⁵.

Por otro lado, cabe resaltar que las medidas de protección de carácter administrativo son compatibles con las denominadas “medidas autosatisfactivas”, como lo sería el recurso de protección consagrado en el art. 20 de nuestra Constitución Política, el cual sería entonces compatible con el procedimiento de protección administrativo⁶⁶.

Por último, deben elevarse los estándares de calidad de la red de servicios residenciales, y fortalecerse su fiscalización. En este sentido, debiera

⁶² Cfr. art. 41 de la ley N° 26.061, de 2005. También se señala en esta norma que las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar, con el objeto de preservar la identidad familiar del NNA; y que las medidas adoptadas con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos.

⁶³ Cfr. RODRÍGUEZ y BLANCK (2008), p. 193. En relación con la urgencia, estos autores señalan que debe exigirse la comprobación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

⁶⁴ Estas medidas intermedias existen en: Ecuador, Perú, Brasil y Uruguay. Las enumera HERRERA (2007), pp. 505-506.

⁶⁵ Así lo propone VIVEROS (2008), p. 35.

⁶⁶ Estas medidas son en la doctrina procesalista moderna argentina las que se enmarcan en procesos de carácter urgente que tienden a satisfacer, proteger o restituir de manera rápida un derecho conculado, cuya finalidad se agota en la misma solicitud. Cfr. GIL DOMÍNGUEZ *et al.* (2007), p. 550.

exigirse la implementación de un enfoque integral en la intervención, que respete el derecho al desarrollo personal y a la inserción socioeducativa y sociolaboral del NNA. Así, debiera requerirse un proyecto socioeducativo general a cada centro de residencia y, al mismo tiempo, la elaboración de un proyecto socioeducativo específicamente diseñado para cada NNA⁶⁷.

V. CONCLUSIONES

1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos reconoce el derecho del NNA a vivir en familia. Esta normativa asume que la familia es el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; por lo cual, la separación de éste de su familia debe ser la última medida a adoptar, siempre que su interés superior lo autorice, y de forma esencialmente temporal.
2. En virtud de estas premisas, el Estado debe propender a que sea la familia la que cumpla la función de cuidado del NNA y, por ende, debe intervenir sólo cuando ella falle en este cometido. En razón de esta intervención, la medida de protección especial de derechos de NNA puede consistir en el alejamiento del NNA de su entorno familiar y comunitario, sólo cuando se hayan agotado todas las acciones positivas tendientes al fortalecimiento familiar y consiguiente permanencia en el núcleo fundamental de origen. Este alejamiento debe materializarse prioritariamente a través de medidas alternativas de cuidado, mas no en la denominada “institucionalización”.
3. En orden a resguardar que la intervención estatal se produzca sólo ante conflictos de relevancia jurídica, y en consideración a la naturaleza restaurativa de dicha intervención, el Estado debe priorizar por respuestas administrativas y no por la judicialización de las necesidades de los NNA que han visto vulnerados sus derechos. Las medidas de protección de derechos de NNA de índole judicial deben reservarse para los casos en que su aplicación implique la separación del NNA de su entorno familiar y comunitario o, bien, para cuando deban revisarse las medidas de protección de derechos de NNA de carácter administrativo.
4. El ordenamiento jurídico chileno reconoce y resguarda de manera altamente insuficiente la protección especial de derechos de NNA, toda vez que contiene normas que niegan, obstaculizan o ambos el derecho del NNA a vivir en familia. Entre las falencias norma-

⁶⁷ Así lo propone VIVEROS (2008), p. 36.

tivas y las deficiencias del funcionamiento judicial del sistema de protección especial de derechos de NNA, se encuentran:

4.1. Imprecisiones en el supuesto normativo de aplicación de medidas de protección de derechos de NNA: no se establece un supuesto determinado que amerite la aplicación de las medidas de protección de derechos de NNA, y el elenco de las mismas está desprovisto de la naturaleza preventiva connatural a su procedencia conforme a los cánones de la CDN.

4.2. Deficiencias de carácter estructural en la sustanciación del procedimiento especial de protección de derechos de NNA: este procedimiento vulnera el derecho del NNA a ser oído, en especial su derecho al debido proceso, al negarle una correcta representación de sus intereses. Además, la ley no contempla un mecanismo adecuado que colabore en que la intervención estatal se produzca sólo ante conflictos de relevancia jurídica (sin transformarse en un modo de conducción a la asistencia social existente), desvirtuando así la naturaleza cautelar general de la medida de protección de derechos de NNA.

4.3. Degeneración de la naturaleza de las medidas de protección de derechos de NNA detectada en la solicitud de las mismas: el actual tratamiento de las medidas de protección de derechos de NNA ha permitido ciertos vicios que desvirtúan la naturaleza jurídica cautelar de estas medidas. Es frecuente que las solicitudes de medidas de protección de derechos de NNA sean utilizadas inescrupulosamente para obtener pronunciamiento sobre el fondo de conflictos jurídicos que deben ventilarse en procedimientos de otra índole, sean civiles o de familia.

4.4 Indeterminación del período de vigencia de la medida de protección de derechos de NNA: aun contra texto legal expreso, la inespecificación de plazos de duración de las medidas de protección de derechos de NNA es una constante en las resoluciones que las ordenan. Esta irregularidad presenta especial gravedad debido a que conlleva, en un importante número de casos, una internación excesiva e innecesaria de NNA en establecimientos residenciales.

4.5. Inobservancia del carácter de *ultima ratio* en la dictación de medidas de protección de derechos de NNA que importan el alejamiento de éste de su entorno familiar y comunitario: no obstante existir texto legal expreso al respecto, el funcionamiento judicial del sistema de protección especial de NNA chileno permite que se contrarie el carácter subsidiario que debe revestir la medida de separación del NNA de su entorno social y familiar.

5. El proyecto de ley de Protección de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que se encuentra en el Congreso Nacional no aborda de manera adecuada las omisiones, vicios y deficiencias del ordenamiento jurídico en materia de protección especial de derechos de NNA y de su funcionamiento judicial.
6. En suma, Chile debe cumplir de manera urgente con las obligaciones internacionales asumidas, estableciendo un sistema de protección integral de derechos de NNA en una ley especial referida a la infancia y a la adolescencia. Esta ley debe incluir el tratamiento de las medidas de protección especial de derechos de NNA a la luz de la CDN, así como mecanismos efectivos de defensa y restitución de los mismos. Este sistema debe contar con una institucionalidad prioritariamente administrativa de protección especial de derechos de NNA, prever una intervención judicial subsidiaria, y establecer defensorías especializadas de derechos de NNA.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

226

- BASCUÑÁN, Carolina y Mónica JELDRES (2013). “Boletín N° 2: El sistema residencial en Chile. Análisis de casos: Aldeas Infantil SOS”. Disponible en http://poderjudicial.cl/noticias/File/BOLETIN%20N2%20Sistema%20Residencial%20en%20Chile.PDF?opc_menu=0&opc_item=1. [Fecha de consulta: 28 de julio de 2013].
- BELOFF, Mary (1999). “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. *Justicia y Derechos del Niño*. N° 1. Santiago: UNICEF y Programa de Derechos del Niño de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2014). Informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAMÉ), 4 de marzo de 2014. Disponible en www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=1157&prmTIPO=INVESTIGAFIN. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014].
- CIPER CHILE (2013). Poder Judicial libera en su sitio web documentos sobre el trabajo que realizó la Comisión Jeldres. Disponible en <http://ciperchile.cl/2013/07/12/poder-judicial-libera-en-su-sitio-web-documentos-sobre-el-trabajo-que-realizo-la-comision-jeldres>. [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2014].
- DIARIO *LA TERCERA* (2013). Justicia pone en marcha plan de mejora en centros Senamé. Diario *La Tercera*. Disponible en <http://diario.latercera.com/2013/09/02/01/contenido/pais/31-145411-9-justicia-pone-en-marcha-plan-de-mejora-en-centros-senamé.shtml>. [Fecha de consulta: 4 de octubre de 2010].
- DIARIO *LA SEGUNDA* (2013). La jueza Jeldres defiende el informe sobre hogares de menores: “Jamás se buscó atacar a nadie”. Diario *La Segunda*. Disponible en

- www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2013/07/864847/la-jueza-jeldres-de-fiende-el-informe-sobre-hogares-de-menores-jamas-se-busco-atacar-a-nadie. [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2014].
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA, Marisa HERRERA (2007). *Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires: Ediar.
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca y Ana BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO (2009). “El derecho del niño a vivir en familia”. *Misclánea Comillas*. Vol. 67, Nº 130. Madrid.
- HERRERA, Marisa (2007), “El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de crianza y educación de los hijos”, en Cecilia GROSMAN (dir.) y Marisa HERRERA (coord.). *Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*. Buenos Aires: LexisNexis.
- LLOVERAS, Nora y Marcelo SALOMÓN (2009). *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- MARÍN, Juan Carlos (2006), “Las medidas cautelares en el Ordenamiento Jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº 8. Santiago.
- MILLÁN, Patricio y Luis VILLAVICENCIO (2002)- “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”. *Revista de Derechos del Niño*. Nº 1. Santiago.
- MORLACCHETTI, Alejandro (2013). “Sistemas nacionales de protección integral de la Infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe”, *Cepal-Unicef*. Disponible en www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacionalesdeproteccióndelainfancia.pdf. [Fecha de consulta: 28 de julio de 2013].
- NÚÑEZ ÁVILA, René y Mauricio CORTÉS ROSSO (2012). *Derecho Procesal de Familia*, Santiago: Abeledo Perrot/LegalPublishing Chile/Thomson Reuters.
- NÚÑEZ ROMERO, Germán (2010). “La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: las medidas de protección en el Derecho chileno”. *Revista Chilena de Derecho de Familia*. Nº 3. Santiago.
- OPCIÓN (2001). “El sistema de protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las oficinas de protección de derechos: un servicio del nivel local”, Documentos. Disponible en www.opcion.cl/documentos/biblioteca/ProteccionDerechos/ElSistemadeproteccion.DOC. [Fecha de consulta: 28 de julio de 2013].
- PODER JUDICIAL (2012). “Proyecto de levantamiento y unificación de información referente a los niños, niñas y adolescentes en sistema residencial de la V región”. Disponible en <http://es.scribd.com/doc/94019306/Informe-Final-Familia-Valpo>. [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2014].
- RADIO BíoBío (2013). Caso Senaime: Jueza desmiente versión de Unicef sobre prohibición de hacer público el informe. Radio BíoBío. Disponible en www.biobiochile.cl/2013/08/26/caso-senaime-jueza-desmiente-version-de-unicef-sobre-prohibicion-de-hacer-publico-el-informe.shtml. [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2014].

- RODRÍGUEZ, Laura y Ernesto BLANCK (2008). “Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección”, en Emilio GARCÍA MÉNDEZ (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires: Fundación Sur-Editores del Puerto.
- UDP-UNICEF (2010). “Informe final estudio ‘niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia’”. Disponible en www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=8. [Fecha de consulta: 28 de julio de 2013].
- UNICEF (2005), “Situación de los niños y niñas en Chile a 15 años de la ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño*. N° 7. Paraguay.
- UNICEF (2012). “Nueva Institucionalidad de Infancia y Adolescencia en Chile (aportes de la sociedad civil y del mundo académico)”. Serie *Reflexiones Infancia y Adolescencia*. N° 13. Santiago.
- VIVEROS, Felipe (2008). “Ejes fundamentales para un Sistema Integral de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia”, 36 pp. Disponible en www.comunitarios.cl/www/attachments/758_Documento%201%20sistema%20Integral%20F.%20Viveros.pdf. [Fecha de consulta: 28 de julio de 2013].

Normas citadas

228

Acta N° 135-2010. Auto Acordado del Centro de Medidas Cautelares de los Cuatro Tribunales de Familia de Santiago. *Diario Oficial*. 14 de septiembre de 2010.

Acta N°37-2014. Auto Acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los Tribunales de Familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia. Disponible en www.poderjudicial.cl/modulos/InfoInstitucional/muestra_doc.php?docid=3081&todas_palabras=&algunas_palabras=&literal=&palabra_1=&proximidad_2=&palabra_3=&flag_ninguna=0. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014].

Constitución Política de la República de Chile.

Decreto N° 839, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. *Diario Oficial de la República de El Salvador*. 16 de abril de 2009.

Decreto con fuerza de ley N° 1, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del *Código Civil*; de la ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la ley N° 17.344, que Autoriza Cambio de Nombre y Apellidos, de la ley N° 16.618, Ley de Menores, de la ley N° 14.908, sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias y de la ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. *Diario Oficial*, 30 de mayo de 2000.

Decreto supremo N° 830, Promulga Convención Sobre los Derechos del Niño. *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990.

Decreto supremo N° 873, Aprueba Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. *Diario Oficial*, 5 de enero de 1991.

- Ley N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia. *Diario Oficial*. 30 de agosto de 2004.
- Ley N° 100, Registro Oficial 737, *Código de la Niñez y de la Adolescencia de la República del Ecuador*, 3 de enero del 2003.
- Ley N° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 26 de octubre de 2005.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. 10 de diciembre de 2007.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. 16 de noviembre de 1990.
- Resolución 45/113. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. Asamblea General de las Naciones Unidas. 14 de diciembre 1990.
- Resolución 64/142. Directrices sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 2009.

Jurisprudencia citada

- P., C. and S. versus United Kingdom (2002): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de octubre de 2002. Disponible en <http://echr.ketse.com/doc/56547.00-en-20020716/view/>. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014].
- Moser versus Austria (2006): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de diciembre de 2006. Disponible en <http://echr.ketse.com/doc/12643.02-en-20060921/view/>. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014].
- Vélez Restrepo y Familiares versus Colombia (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de septiembre de 2012. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014].
- Masacres de Río Negro versus Guatemala(2012):Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de septiembre de 2012. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014].
- Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) versus Costa Rica(2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. [Fecha de consulta: 5 de mayo de 2014].
- Nota aclaratoria: la única información que se entrega sobre las resoluciones judiciales nacionales que se comentan en este trabajo es la fecha de su dictación. Se ha omitido la referencia otros datos que permitan individualizar la sentencia, a objeto de proteger la intimidad de las personas involucradas en estos casos.