

## EJES FUNDAMENTALES PARA UN SISTEMA INTEGRAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Documento de trabajo para el proyecto “Espacios movilizadores para incidir en la política de infancia en Chile”, Corporación La Galeta.

Felipe Viveros\*

En un estado de derecho pleno, tal como entendemos que debe ser el estándar con el que debe medirse el Estado de Chile, la acción pública debe estar totalmente sometida a la Constitución y a las leyes. Por su parte, la intervención administrativa y jurisdiccional del Estado destinada a brindar asistencia, bienestar y protección a las personas debe producirse siempre y en todos los casos en que sea necesaria, respetando los derechos fundamentales de las personas.

Aunque lo anterior sea algo sumamente evidente, cuando nos aproximamos al tema de la función pública de protección de la infancia y adolescencia, especialmente de aquella gravemente vulnerada en sus derechos, nos encontramos con dos tipos de dificultades:

- a) Una legislación vigente no solo dispersa, que hace difícil su conocimiento exacto y debida aplicación, sino que ha sido construida sobre la base del modelo de la llamada “situación irregular”, al cual se le ha incrustado en los últimos años algunos trazos normativos e institucionales que obedecen al modelo de la Convención de los Derechos del Niño.
- b) Derivado de lo anterior, y también de la fuerza que la inercia cultural que el modelo tradicional ejerce sobre los operadores, se constata importantes dificultades en las prácticas administrativas y judiciales para la aplicación de los principios y normas legales congruentes con la Convención de los Derechos del Niño.

---

\* Abogado, profesor Escuela de Trabajo Social, P. Universidad Católica de Chile; consultor e investigador en temas de derecho público.

Tanto o más grave, la legislación y la práctica judicial y de administración de servicios de protección exhibe con frecuencia la prescindencia por parte de los operadores no solo de los imperativos de la Convención, sino la ausencia de vigencia de los mandatos que la propia Constitución Política establece en materia de derechos fundamentales.

En otras palabras, el diagnóstico general que predomina, consignado en informes y estudios empíricos, es el excesivo margen de discrecionalidad que se aprecia en la actuación de los agentes públicos y privados que asumen la función de tomar decisiones respecto de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos.<sup>1</sup> Junto con ello se aprecia un conjunto de inconsistencias y una discontinuidad entre la normativa constitucional –incluyendo las obligaciones internacionales del Estado de Chile, por remisión del artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política–, la legislación civil y la legislación especial que aborda la protección de la infancia y adolescencia, en particular, la Ley de Menores.

Todo lo anterior refuerza la vulnerabilidad de los sujetos que se busca atender y pone en cuestión la legalidad y legitimidad de la respuesta pública que actúa sin ceñirse a los parámetros internacionales y constitucionales.

Por lo anterior, nos parece que la pronta aprobación de un proyecto de ley fundado en la protección integral de la infancia y adolescencia es una oportunidad inmejorable para hacer una contramarcha legislativa que sirva de impulso para colocar a Chile en el escenario de las sociedades que efectivamente respetan, garantizan y protegen los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por ello, como punto de partida nos parece necesario dejar sentado que cualquier sombra de duda sobre las garantías constitucionales de las personas –en este caso, los niños, niñas y

---

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, UNICEF, Estudio de expedientes de protección simple en algunos juzgados de la Región Metropolitana, Santiago, 2001; y Vargas, Macarena, *Diagnóstico de los mecanismos de protección de los derechos a la educación y salud de niños, niñas y adolescentes*, en Revista de Derechos del Niño, N° 3-4, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 11-81.

adolescentes– afectadas por las trascendentales decisiones que adoptan los tribunales y los órganos de la administración pública, menoscaban la legitimidad de cualquier intervención pública, afligen a los ciudadanos afectados, cuestiona la praxis de los profesionales intervinientes y hace dudar de la corrección de las decisiones que se toman en cada caso.

Teniendo en cuenta esta situación, nos parece que un proyecto de reforma legislativo e institucional referido a la protección de la infancia y adolescencia en Chile debería asegurar la efectividad de los siguientes principios o ejes matrices:

### **3.1. Principios constitucionales necesarios de operacionalizar**

Una primera contribución al perfeccionamiento de la legislación que actualmente se discute en el parlamento consiste en asumir en el proyecto actualmente en trámite determinados principios constitucionales e internacionales de máxima jerarquía, que por evidentes, cierto engañoso sentido común los ha hecho injustificadamente pertinentes solo respecto de los adultos, olvidando a los seres humanos que comprendemos en las categorías de niños, niñas y adolescentes.

Existe un conjunto de principios de nivel constitucional que deben ser concretados en el campo de la protección de niños, niñas y adolescentes y que, de cara a la definición de una legislación de protección, es importante tener en cuenta:

1. *Fines del Estado.* El Estado está al servicio de la persona humana y tiene por finalidad el bien común y, en este sentido, está comprometido en crear las condiciones sociales para el logro para todos los integrantes de la comunidad nacional, y también, de forma especial, para los niños, niñas y adolescentes, su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la misma Constitución establece (artículo 1º CPE).

2. *Supremacía constitucional y principio de legalidad.* La intervención pública ha de estar sometida a la ley y al derecho (artículos 6º y 7º CPE) y, dentro de ese marco, ser técnicamente solvente. El desconocimiento técnico profesional y la escasez o ineficiencia en el uso de los recursos no son excusas para el no cumplimiento o el cumplimiento imperfecto por parte del Estado de sus deberes de protección a la infancia y adolescencia.
  
3. *Integración de los tratados internacionales de derechos humanos.* Se debe reconocer sin restricciones el derecho del niño, niña y adolescente a gozar de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución a todas las personas, incluyendo aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (artículo 5º inciso 2º CPE y enunciado general del artículo 19 CPE).

Sin ánimo reiterativo, interesa aquí reforzar como presupuesto básico que el *corpus* doctrinario envuelto en la Convención de los Derechos del Niño es la referencia básica que debe inspirar una nueva legislación sobre protección de la infancia y adolescencia en Chile. De acuerdo con el proyecto de ley, la Convención actúa como herramienta de interpretación de las disposiciones de la ley; sin embargo, nos parece que su fuerza vinculante es todavía mayor, pues en tanto tratado sobre derechos humanos, posee inmediatas implicancias jurídicas para el Estado en orden a sus obligaciones internacionales y, por otra parte, sobre la base del principio de auto ejecutividad de los tratados, surgen internamente también obligaciones para toda autoridad, institución o persona dentro del Estado puestos en situación de respetar o hacer cumplir la normativa internacional de protección de los derechos de la infancia y adolescencia.

4. *Hermenéutica jurídica congruente con la Convención de los Derechos del Niño.* Consecuente con lo anterior, la legislación sobre protección de infancia y adolescencia debe ser armonizada e interpretada de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño (aprobada en Chile en 1990) y demás tratados internacionales, de manera que la protección de la infancia y adolescencia prevista en dichos tratados y acuerdos

internacionales que velan por los derechos de la infancia esté garantizada en bloque a los niños, niñas y adolescentes en Chile. Sobre el supuesto de la plena integración de la Convención al ordenamiento jurídico nacional, creemos que adquieren pleno estatus normativo conceptos fundamentales como el interés superior del niño, su reconocimiento como sujeto de derechos, su autonomía progresiva o en desarrollo, su derecho a expresarse libremente y a expresar su opinión en todos los asuntos y procedimientos judiciales y administrativos que los afecte, su derecho a la igualdad y a la no discriminación, su derecho a una calidad de vida y a una protección en términos de los servicios y prestaciones generales que el Estado debe a las personas, y también protección especial en las situaciones de vulnerabilidad, entre otros aspectos a que el proyecto se refiere expresamente.<sup>2</sup>

5. *Intangibilidad de los derechos fundamentales.* La Constitución garantiza la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que aquella establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio (artículo 19 número 26 CP). Este mandato constitucional cobra particular relieve en materia de infancia, toda vez que la experiencia histórica muestra los graves riesgos de vulneración habidos con ocasión de la aplicación misma de regulaciones tutelares o protectoras.
6. *Principio de convivencia familiar.* El derecho del niño, niña y adolescente a crecer en el seno de una familia que cubra sus necesidades materiales, les proteja y se responsabilice de ellos y el derecho a crecer en un ambiente afectivo que le permita y potencie el desarrollo íntegro de su personalidad. La protección de la familia, en sus diversos aspectos social, económico, jurídico, etc., tiene sustento constitucional y debe ser desarrollada por la legislación, la actividad administrativa y las políticas públicas del Estado. Ello implica que también los niños, niñas y adolescentes han de tener acceso a

---

<sup>2</sup> Ver Cillero Bruñol, Miguel, *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*, en UNICEF-Instituto Interamericano del Niño, Derecho a tener derechos, tomo IV, Montevideo, 1999.

asistencia y prestaciones suficientes, no necesariamente contributivas, de salud, seguridad social, defensa y asesoramiento jurídico, entre otras.

7. *Autonomía y libertad personal.* Niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en los términos del artículo 19 número 7 de la Constitución Política, reforzado por las cautelas especiales establecidas en los artículos 37 letra b) y 40 N° 4 de la Convención de los Derechos del Niño. Este derecho debe ser considerado especialmente en relación con las medidas de carácter residencial o de restricciones efectivas a la libertad en contextos protectores y de legislación penal de adolescentes.
8. *Derecho a la privacidad e intimidad de niños, niñas y adolescentes.* Niños, niñas y adolescentes que requieren protección especial del Estado, y sus familias, ya sea las naturales o las de acogida, en su caso, tienen garantizado el respeto al derecho a la vida privada, a la intimidad y a la honra (artículo 19 número 4 CPE, artículo 16 de la CDN y artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
9. *Principios de actuación y responsabilidad de la administración del Estado.* La administración pública, en su intervención protectora de la infancia, ha de servir con objetividad los intereses generales y actuar de acuerdo con principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas (artículos 8º, 24 y 32 N° 6º CPE y artículo 3º Ley de Bases Generales de la Administración del Estado).

Consecuente con lo anterior, cualquier persona, en este caso, niño, niña o adolescente o sus representantes legales, que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, puede reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño (artículo 38 inciso 2º CPE).

10. *Protección especial del Estado a la infancia vulnerada en sus derechos.* A lo anterior debemos agregar como fuente fundamental que orienta normativamente la actuación del Estado en el ámbito de la protección especial a la infancia y adolescencia, el mandato de protección contenido en la Convención de los Derechos del Niño contenido en sus artículos 3.2 19 y 20. Estas disposiciones prescriben que los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño y, en particular contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo el cuidado de los padres, de un tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Asimismo, en el caso de los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Las medidas a que alude el texto de la Convención comprenden el establecimiento de programas sociales que brinden la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, otras modalidades de prevención, y asistencia para la investigación, tratamiento y observación ulterior en los casos de maltrato, sin perjuicio de la intervención judicial cuando corresponda.

La Convención menciona como formas de cuidado, entre otros, la colocación en hogares de guarda o acogida, la adopción o, de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores, opciones que el proyecto regula o a las que se refiere en concordancia con la legislación común.

### **3.2. Criterios ejes para la formación de un sistema de protección de la infancia y adolescencia**

Una vez identificados en el apartado anterior los principios y derechos constitucionales básicos que deben inspirar una legislación de protección integral de la infancia y adolescencia, corresponde identificar un conjunto de elementos específicos, formales y de fondo, estratégicos y operativos, propios de una técnica de intervención que respete, garantice y promueva los derechos de niños, niñas y adolescentes.

### **1. Construcción de un sistema: Necesidad de continuidad, coherencia y armonía entre la legislación común y la legislación especial de protección**

El sistema de protección de la infancia y adolescencia debe ser coherente y armónico entre sus partes. La protección integral implica un trato igualitario de todos los niños, niñas y adolescentes, cuestión especialmente sensible tratándose de la regulación de la llamada protección “especial”. Esta última se refiere a un subsistema jurídico orientado a niños, niñas y adolescentes que por determinadas circunstancias personales o familiares no pueden dar efectividad a alguno de sus derechos en el seno de su familia, requiriendo el apoyo y asistencia del Estado.

Bajo el concepto de protección integral no basta tener una regulación de los efectos jurídicos del sistema de protección especial de niños, niñas y adolescentes y de la situación de los adolescentes infractores de ley. Es preciso que todo ello se enmarque dentro de una legislación más comprensiva que reconozca explícitamente, desarrolle y dé efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención, establezca procedimientos para la promoción general de estos derechos, establezca sanciones para las infracciones administrativas y consagre acciones para exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones de protección.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Ver Juste Picón, Marián, *Bases para una nueva legislación en materia de protección especial a la infancia y adolescencia*, UNICEF, Santiago, mimeo, abril 1996, p. 6.



En este sentido, la conexión, concordancia y armonía de la legislación de protección especial con las reglas generales de la legislación civil constituyen una exigencia ineludible. Puede afirmarse que el legislador parte de la base que la situación normal de los niños, niñas y adolescentes es que estén protegidos por sus familias. Dentro de la familia, los padres o guardadores son, en principio, los responsables de su crianza y educación. Dicha responsabilidad corresponde en el mismo grado al padre y a la madre.

Ahora bien, el niño es sujeto de derechos y, como tal, cabe reconocerle la plena titularidad de sus derechos y una capacidad progresiva para ejercerlos por sí mismos. Esto no se contrapone con la función de crianza y educación de los padres, sino que la misma se traduce en la función de los padres de proporcionar al niño la dirección y orientación necesarias para su ejercicio en consonancia con la evolución y maduración de su personalidad.

Desde un punto de vista jurídico, la protección es realizada o cumplida civilmente, en primer lugar, por las funciones parentales, en particular a través de la orientación y dirección en el ejercicio de sus derechos (art. 5 CDN) y de la protección familiar (arts. 18, 27.2 CDN), civilmente concebido bajo la forma de un derecho-deber de guarda o cuidado personal. En la legislación comparada, los derechos-deberes de los padres se enmarcan en la institución de la patria potestad. Sabemos que la chilena es una de las pocas legislaciones que en este punto separan los contenidos personales de los patrimoniales, reservando los primeros asuntos a la llamada *autoridad paterna* y los segundos a la *patria potestad* propiamente tal y, a falta de ella, a las tutelas y curadurías.

Por lo tanto, la carencia de la debida protección, normalmente prevista por la legislación civil bajo las reglas del cuidado personal, da origen a la creación de una legislación especial y diferenciada de protección, que debería seguir un *continuum* de cuidado y protección, desde la perspectiva de los derechos amenazados o vulnerados de los niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, el proyecto de ley debiera tender a “civilizar” su normativa, entendiendo esta idea como el imperativo de concebir la protección como complementaria o promotora del cuidado parental o familiar y, sólo en casos excepcionales, proceder a su reemplazo, provisional o permanente, en

este último caso si la protección de los padres fuere insubsanablemente faltante o deficitaria y redundara en riesgos graves y concretos para los derechos del niño, niña o adolescente.

La Convención de los Derechos del Niño, a partir de la consideración del niño como sujeto de derechos, regula la relación jurídica del niño con su familia y con el Estado. La estructura propuesta por la Convención tiene como piedra angular el derecho del niño a su familia, en tanto es el medio más apropiado para su desarrollo integral. La familia asume, en consecuencia, una serie de responsabilidades y deberes que son la contrapartida de este derecho del niño. El Estado, a su vez se convierte en co-responsable de la realización de algunos de los derechos del niño. La familia es la primera y principal responsable de la crianza y educación de los hijos, debiendo asegurarles un desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en un ambiente de libertad y dignidad. El Estado deberá prestar asistencia a los padres para que ellos desarrollen sus funciones (arts. 19.2 y 27.3 CDN), lo que actualmente en Chile se concreta en el plano programático en la Política Nacional de Infancia 2001-2010, conducida y ejecutada sectorial e intersectorialmente por la administración central del Estado y por las municipalidades, en su caso, en el ámbito de programas específicos en las políticas de salud, educación, vivienda y protección social, entre otros y, recientemente, en el programa intersectorial "*Chile Crece Contigo*".

En relación al Estado, la Convención parte de la obligación general del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y desarrollo integral, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley. Esta obligación se traduce, a su vez, en tres obligaciones fundamentales:

- 1) La obligación del Estado de respetar el derecho del niño y de su familia a la intimidad, la libertad y la autonomía de sus relaciones, de forma que estén protegidos contra toda ingerencia estatal ilegal o arbitraria (arts. 16 y 5 de la CDN).
- 2) Complementario con lo anterior, está la obligación del Estado de prestar la asistencia y apoyo necesario a los padres o personas responsables del niño para el desempeño de sus

funciones, adoptando las medidas necesarias para ayudar a los padres en el cumplimiento de sus responsabilidades. En este sentido, la acción del Estado debe dirigirse al fortalecimiento de la familia para que sea en su seno donde el niño encuentre la satisfacción de sus derechos (arts. 3.2, 5, 18 y 27, entre otros, de la CDN).

Sin embargo, dicha responsabilidad está en función del logro del libre desarrollo de la personalidad del niño o adolescente, de forma que cuando este se ve amenazado, se justifica la intervención de los poderes públicos. Por lo tanto, la intervención de los poderes públicos es concebida como supletoria: una intervención justificada y exigible solo cuando no sea posible garantizar la protección del niño o adolescente desde su familia de origen o familia cuidadora.

- 3) En consecuencia, se reconoce como de interés público el buen ejercicio de las funciones de cuidado y protección de los padres hacia sus hijos, por lo que, en caso de deficiencias o irregularidades que puedan provocar riesgos de vulneración o efectiva vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente, los poderes públicos deberán ofertar servicios especiales de apoyo, atención y protección a la infancia y la familia.

No obstante, estos servicios de protección especial solo podrán articularse si el Estado tiene una adecuada cobertura y definición de los servicios sociales generales. Se da la situación de que, cuando el acceso a los programas y servicios generales del Estado tales como salud, educación, vivienda, trabajo y previsión social no abarca a toda la población infantil, el sistema se quiebra, generando un vacío, de manera que los servicios de protección especial terminan reemplazando en sus funciones a otros sectores del Estado, desvirtuando así su auténtica función. Por ello, los servicios de protección especial deben tener funciones claramente definidas, diferenciadas y generalmente subsidiarias frente a los servicios sociales generales, de manera de impedir que los primeros se vean en la necesidad de asumir las competencias no ejercidas por estos últimos.

Lo anterior, sin perjuicio de que el sistema de protección especial a la infancia y adolescencia deba enmarcarse dentro del sistema general de bienestar infantil y del aun más amplio sistema

de bienestar general, encargado de planificar e implementar las diversas acciones tendientes a crear las condiciones sociales y estructurales adecuadas para garantizar el acceso a los bienes y servicios a la totalidad de la población y, en particular, a los niños, niñas y adolescentes.

## **2. Racionalización de la legislación**

Vinculado con lo anterior, se aprecia en el ordenamiento jurídico nacional una cierta tensión entre la regulación del Código Civil y las leyes especiales sobre familia e infancia, de la que no está exenta la normativa del nuevo proyecto de ley. En este punto lo importante es evitar la dispersión normativa para facilitar el conocimiento, interpretación y aplicación de las reglas.

Tal como lo expresa el artículo 1º del proyecto, el objetivo propuesto es *“garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y normar la situación de los menores de catorce años infractores de la ley penal”*. Se trata, entonces, de un objetivo referido a la protección de niños, niñas y adolescentes. No debe perderse de vista este objetivo primordial. Por lo mismo, en principio, no debiera el proyecto modificar las reglas sobre el derecho de familia, ya sea en aspectos personales o patrimoniales, salvo en materias puntuales e imprescindibles que no son objeto de la legislación común o en que la protección especial requiere alterarlas.

Una técnica legislativa adecuada debe propender a un sistema legal armonioso. Por ende, deberían identificarse en el proyecto las normas relativas al derecho de familia y las que puedan tener implicancias en la esfera de las relaciones familiares, para llevarlas a otros cuerpos legales generales. Un ejemplo de las yuxtaposiciones a que pudiera dar lugar el proyecto y la normativa del Código Civil se refiere a la titularidad de la tuición o cuidado personal. Por ejemplo, hay importantes consecuencias que se siguen de la suspensión del cuidado para uno de los padres, pero eso no significa que sea el proyecto el que deba referirse a dichos efectos, sino que debe quedar entregado al derecho común del Código Civil y, si fuere estrictamente necesario, establecer reglas de excepción en la legislación especial.

Consecuentemente, en este punto clave se debe evitar la proliferación de reglas que produce el efecto no deseado de que unas mismas instituciones jurídicas se regulen de manera distinta en textos legales distintos, o bien se repita el precepto, creando confusión y apartando a la legislación de la idea de sistema. Además, el resguardo de la coherencia permite asegurar un principio de igualdad en las relaciones de familia para todos los niños, niñas y adolescentes, criterio totalmente ajeno a la estructura de las relaciones familiares que sirvieron de base y sustento a la legislación de menores que se encontraba estructurada sobre la distinción en la ley –aunque no por ello dejara de ser arbitraria– de diferentes categorías de niños (legítimos vs. ilegítimos y el equivalente ampliado en la ley de menores: “normales” vs. “en situación irregular” o “en peligro material o moral”).

Por otra parte, un proyecto sobre protección de derechos debe reconocer y regular suficientemente el ejercicio de los mismos. Si por el lado del derecho de familia, debe haber una cierta racionalización, no se debe olvidar que el proyecto incide también en cuestiones de derecho público al referirse a ciertos derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Esto es lo que otorga al sistema el carácter de protección integral.

En tal sentido, para armonizar estos aspectos, se propone un método de fijación del derecho consistente en una compilación administrativa de las leyes relativas al derecho de familia e infancia, cuyo efecto más importante consiste en lograr una armonía, concordancia y mayor acceso a la normativa especial. Esta técnica garantiza rigurosidad, por cuanto se trata de una codificación administrativa, que rastrea, ordena, descubre inexactitudes, incoherencias y defectos y propone un texto que no innova normativamente, pero elimina lo inútil, superfluo, contradictorio o redundante y pretende hacer claridad en el derecho vigente.<sup>4</sup>

### **3. Cambio del paradigma de base y de la estrategia normativa**

---

<sup>4</sup> Véase Informe del prof. Carlos Pizarro, *Incidencia del proyecto en materias sustantivas de derecho común y legislación especial*, Universidad Diego Portales, 2006.

Creemos importante que este proyecto de ley abandone definitivamente, en términos conceptuales y prácticos, el modelo normativo que le precede, de la “situación irregular”, fundado básicamente en la idea de “desviación social” y que busca el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes que escapan de la norma social: los que mendigan, los que ejercen el comercio sexual, los que son abandonados, los que desertan de la escuela, los que viven en familias con problemas sociales, los que desobedecen a sus padres, los que se drogan, los que sufren discapacidades psíquicas, etc., y que, por tales circunstancias, se los califica como en “situación de peligro material o moral” o en “situación irregular”.

La forma de transformar el modelo requiere profundizar el enfoque de la *titularidad* de los derechos haciendo explícitos en el texto legal los derechos del niño, niña y adolescente y los mecanismos jurisdiccionales y administrativos que los garantizan y propenden a su efectiva protección.

Se debe superar la estrategia legislativa de control, prevención y tratamiento de la desviación social basada en una autoridad poderosa, con amplias facultades y evitar que por la vía e invocación de la “protección” se apliquen medidas que sean tanto o más coercitivas que las medidas penales o que, paradójicamente, duren más tiempo que estas. Esta observación es particularmente relevante, aunque no exclusiva, para el caso de niños y niñas menores de catorce años implicados en infracciones a la ley penal.

Superar, asimismo, el sistema previo instaurado por la Ley de Menores, en que la única respuesta a las situaciones de vulneración de derechos era dada por el juez, quien ejercía la potestad estatal en el ámbito de la protección, confundiéndose la responsabilidad compartida entre familias, comunidad y Estado con una responsabilidad estatal esencialmente jurisdiccional.

Es necesario que la nueva legislación sea plenamente congruente con el mandato de la Convención, es decir, que la propuesta jurídica efectivamente considere al niño, niña y adolescente como persona con autonomía y capacidad progresivas, con protagonismo, creatividad, intereses y preferencias propios y con responsabilidad y capacidad para tener en cuenta y respetar los derechos de los demás.

Creemos que pese a los avances del proyecto contenido en el Mensaje del Ejecutivo y en el texto aprobado por el Senado, el proyecto propuesto es aun insuficiente en el reconocimiento efectivo, más allá del reconocimiento textual de los derechos, es decir, que se incluya mecanismos precisos y accesibles para su garantía y protección efectivos, tomando en cuenta la particularidad de la infancia y adolescencia dentro del universo de las personas y como fase vital del desarrollo humano, desarrollo que, en definitiva, es desarrollo de sujetos y no de cosas, con sus especiales necesidades y fuente de especiales derechos.

Una lectura del proyecto permite reconocer en él el derecho del niño a ser tratado como sujeto de derechos y no como depositario de prácticas asistenciales. Con todo, se hace necesario reconocer *todas* las consecuencias y aplicaciones prácticas que significa optar por un “enfoque de derechos” en que el sujeto es reconocido como titular de los mismos y, por lo mismo, por regla general, capaz de ejercerlos personalmente. Tal enfoque de los derechos aplicado a la infancia implica asumir una nueva concepción del niño, de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, dejando atrás la idea predominante del niño definido a partir de sus necesidades o carencias, es decir, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo.

Lo anterior se concreta y resulta particularmente relevante en lo tocante a las reglas de comparecencia y actuación judicial de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales contenciosos en que deban intervenir, entre ellos el procedimiento para la aplicación de medidas de protección y la acción especial contemplada en el proyecto. Esta situación ya es crítica en la forma como la concibe la Ley sobre Juzgados de Familia.

#### **4. Definición de niño, niña y adolescente**

El artículo 2º del proyecto dispone que para los efectos de la ley se considerará niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años de edad, y adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad. Esta disposición es concordante con el artículo 16, inciso final, de la Ley N º 19.968, que define niño, niña y adolescente para los efectos de la Ley de Juzgados de Familia. Cabe señalar que las definiciones del artículo 26 del

Código Civil de niño o *infante*, *impúber* y *menor adulto* se mantienen inalteradas y plenamente vigentes, por lo que corresponde armonizar estas definiciones con las contenidas en el proyecto y en la Ley N° 19.968.

Para efectos civiles, la categoría de *infante* mantiene relevancia (por ejemplo, en materia posesoria y en lo referido a la responsabilidad extracontractual o por daños), siendo incorrecto eliminarla o ser absorbida por un concepto amplio de niño o niña. Por esta razón, convendría recoger el concepto de niño o niña del proyecto y distinguir los infantes, que son los menores que no han cumplido los siete años, de los *impúberes*, que son los menores que no han alcanzado los catorce años, eliminándose, así, la diferencia de edad que a este respecto todavía subsiste entre el varón y la mujer. A su turno, los *adolescentes*, o bajo su sinónimo civil tradicional, los *púberes*, serían los que han cumplido los catorce años, pero no han alcanzado los dieciocho, edad para la plena capacidad civil.

De esta forma se armonizaría no sólo el Código Civil con el proyecto, sino, más importante, con la normativa internacional de la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 1º define niño como todo ser humano menor de dieciocho años, comprendiendo a los que se entiende como adolescentes. De este modo, la norma-definición civil denominaría niño o niña a “todo ser humano que no ha cumplido catorce años; infante al niño o niña que no ha cumplido los siete años; adolescente al que ha dejado de ser niño o niña y no ha cumplido los dieciocho años; y mayor de edad o simplemente mayor, al que los ha cumplido”.

## **5. Participación ciudadana y de la comunidad**

Los órganos de la administración pública y los entes delegados deben reconocer la existencia de procesos y dinámicas sociales previas a su intervención, y de experiencias y conocimientos distintos a su saber tecnoburocrático. En tal sentido, los entes que intervienen se incorporan al proceso de protección como un elemento nuevo, externo y transitorio.



La tarea del agente externo es colaborar con el acercamiento de los recursos existentes y potenciar las energías de las familias, la comunidad, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones para generar un producto que establezca, mejore o subsane una determinada situación. Si los entes intervinientes se reconocen externos, la mejor evaluación de sus resultados será su posibilidad de retirarse sin que los logros alcanzados desaparezcan. Por lo tanto, en todos los procedimientos administrativos para determinar la necesidad de aplicar una medida de protección, los órganos públicos o privados que sean competentes deben procurar la mayor participación de los afectados, de su ámbito familiar y comunitario circundante y de las organizaciones de la sociedad civil concernidas en las temáticas de infancia y adolescencia, de manera que las opciones de solución a los problemas surja, en lo posible, de la misma comunidad.

Para operacionalizar este imperativo, resulta necesario disponer de *audiencias* y otras instancias estables, si bien flexibles y de relativa formalidad, en que todos los sujetos interesados puedan expresarse y ser oídos, comenzando por los niños, niñas y adolescentes. Conjuntamente, desarrollar instancias dialogales para la resolución de conflictos como la conciliación y mediación.

## **6. Aplicación del principio de subsidiariedad de la actuación de los poderes públicos**

Se parte de la premisa de que la familia es el núcleo social básico y el lugar preferente donde el niño ha de desarrollarse de forma integral. Solo cuando la familia se torna incapaz de proteger al niño o adolescente en el ejercicio de sus derechos de manera que no puede garantizar su desarrollo integral, deben intervenir los poderes públicos y los entes colaboradores de la sociedad civil.

## **7. Desjudicialización**

El proyecto debe desarrollar un sistema de protección especial a nivel administrativo que resuelva muchos de los problemas que hasta hace pocos años se encontraban sometidos a la

consideración de los juzgados de menores y que, en la actualidad, la misma inercia anterior los conduce ante los juzgados de familia. Se trata de casos en los 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.

El propuesto Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia, frente a los casos concretos de vulneración de derechos, deberá tener la función de organizar y disponer la oferta pública – ejecutada directamente por el Servicio– y privada –a través de los organismos colaboradores acreditados que integran su red– de proyectos y programas orientados a la prevención, promoción y protección de los derechos, evitando hasta donde corresponda, judicializar aquellas situaciones que pueden ser resueltas preferentemente en el ámbito local o administrativo, por vías eminentemente consensuales o persuasivas, mas no estrictamente judiciales.

Para ello, la entidad administrativa especializada, esto es, el futuro Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia, debe reunir competencias y atribuciones exclusivas en materia de protección especial, con facultades decisorias y de ejecución, sin perjuicio de las facultades de control jurisdiccional que corresponda al juez competente o al Ministerio Público, en su caso.

Con todo, nos parece que el sistema adolece de vacíos y de una peligrosa concentración de funciones. Junto con la necesidad de una ley orgánica –cuyo diseño aun no es conocido por la opinión pública– que establezca la creación, organización, funcionamiento, atribuciones, control, planta y presupuesto de una institución pública especial que administre el sistema, creemos importante que el sistema tienda, como ocurre en otros contextos, a diversificar ciertas atribuciones del órgano administrativo rector, entregando determinadas facultades al Ministerio Público –de manera que los jueces no terminen ejerciendo funciones acusatorias– o, mejor aun, creando una institución autónoma de nivel legal o constitucional, no vinculada ni dependiente de la administración pública central. Para el desempeño de esta función de defensa y supervigilancia postulamos la necesidad de legislar en Chile sobre una figura del tipo “*Defensor de la infancia y la adolescencia*” o análoga (ver más abajo, apartado 12).

## **8. Descentralización**

El proyecto parece bien encaminado al establecer una primera instancia administrativa local, con asiento en cada comuna o en una agrupación de comunas. Esta instancia, expresada en el proyecto a través de las *oficinas de protección de derechos* (OPD), que ya existen en la red de complementariedad SENAME - Municipios, ejerce funciones vinculadas a la protección integral en casos específicos de exclusión social o vulneración específica de derechos.

Relacionado con esta idea, se hace necesaria la adecuada coordinación entre los servicios públicos que intervienen en aspectos generales y específicos de la protección de la infancia y adolescencia y entre estos y determinados entes privados. No es claro, sin embargo, cuál es el modelo institucional desde el cual se podría estructurar esta protección local, no pareciendo suficientes las oficinas de protección de derechos que el proyecto postula como dependientes del Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia.

## **9. Interés superior del niño despejado de la simple condición de pobreza**

Si bien, el modelo de la protección integral y el mandato de la Convención cubren todas las hipótesis en que niños, niñas y adolescentes requieran de la acción positiva del Estado, se debe tener especial cuidado de no confundir el ámbito de competencias del órgano encargado de la protección especial de la infancia y adolescencia (actualmente el SENAME) con los problemas que pueden derivar de una grave deficiencia de los recursos familiares y comunitarios que afectan al niño o adolescente. La falta de recursos y de bienes básicos, como vivienda adecuada, ingresos laborales mínimos, o la falta de acceso a servicios de educación y de salud es un problema que debería ser resuelto al nivel de las políticas sociales generales y sectoriales o, al menos, en un ámbito intermedio de carácter comunitario o local, en el que se accede a subsidios, servicios y atenciones focalizados en los sectores de mayor necesidad.

Cuando el Mensaje del proyecto de ley se propone, por ejemplo, cautelar los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural a través de una acción especial de

protección, resulta indispensable no incurrir en la desviación típica de que los servicios de protección especial terminen absorbiendo las falencias de los servicios y programas sociales generales y sectoriales específicos. Los niños y sus familias tienen derecho a tener sus necesidades básicas cubiertas; garantizar esta cobertura es deber de las políticas, programas y servicios sociales generales o de ámbito intermedio. Los servicios de protección especial de la infancia y adolescencia no pueden verse presionados o evaluados institucional ni socialmente por su capacidad de solucionar el problema general de la extrema pobreza o la marginación económica y social, ni menos ellos mismos adolecer de los servicios mínimos para acoger a los niños, niñas y adolescentes en condiciones dignas de habitabilidad, comodidad y bienestar.<sup>5</sup>

#### **10. Integralidad del enfoque e intervención**

Ante la detección de una situación que puede dar lugar a la aplicación de una medida de protección, los órganos públicos competentes no se deben orientar a resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante la aplicación de una medida aislada y acotada al individuo, prescindiendo del contexto que probablemente explica y origina el problema puntual que motivó la intervención.

Desde el punto de vista subjetivo, se debe considerar en el diagnóstico y programa la situación del grupo familiar y social en que el niño o adolescente habita y se desenvuelve. Consecuentemente, 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 o desprotección.

#### **11. Derecho subjetivo a la protección**

El deber de los poderes públicos de proporcionar servicios de protección a los niños, niñas y adolescentes y a sus familias se traduce en verdaderos derechos individuales. De esta forma, a los niños o adolescentes y sus padres deberá reconocerse un verdadero derecho a acceder a los

---

<sup>5</sup> Juste Picón, op. cit., pp. 17-18.

servicios y a la protección contemplados en la ley, derecho jurídicamente exigible al punto que su negación será base para reclamarlo a través de la acción especial correspondiente.

## 12. Protección jurisdiccional de derechos fundamentales

El proyecto de ley concibe una nueva acción jurisdiccional, denominada “*acción especial de protección de derechos*”, como una acción cautelar de derechos fundamentales, tendiente a restablecer el imperio del derecho frente a los casos de amenaza, perturbación o privación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El problema fundamental que se observa en relación con esta nueva acción jurisdiccional es la redundancia o duplicidad regulatoria que genera frente a la acción constitucional de protección, lo que queda más en evidencia al haberse recortado en su primer trámite legislativo el conocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales del niño, lo que constituía su innegable novedad en el proyecto original. La intención e inspiración de crear esta acción cautelar es destacable positivamente. Sin embargo, si el propio proyecto se encarga de poner de relieve y reafirmar constantemente que niños, niñas y adolescentes son tan sujetos de derechos como el resto de las personas (los adultos), no se divisa la razón para compartimentalizar la posibilidad de ejercer aquel recurso, más allá y sin perjuicio de las desviaciones y disfuncionalidades que dicho recurso ha ido adquiriendo en virtud de su entendimiento jurisprudencial rutinario y la práctica litigiosa común, cuestiones que, por supuesto, también son imprescindibles de abordar y corregir en las instancias que corresponda.<sup>6</sup>

Por otra parte, otros dos elementos del diseño concreto adoptado por el legislador respecto de esta acción resultan también problemáticos. Por una parte, la radicación en los Juzgados de Familia de la competencia para conocer los casos de vulneración de los derechos. Se comprende que tales tribunales constituyen la sede judicial especializada y más cercana a las temáticas de infancia –sin perjuicio de no confundir los asuntos de familia con la protección especial, más allá de sus indudables conexiones–, pero su carácter de primera instancia no deja de evidenciar que

---

<sup>6</sup> Ver Espejo, Nicolás, *Protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el proyecto de ley sobre protección de derechos de la infancia*, mimeo, Universidad Diego Portales, 2006.

los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes contarían con un órgano judicial protector de menor jerarquía que el resto de las personas. A lo anterior se sumaría el problema aun no superado de deficiente diseño organizativo de los tribunales de familia, muchos de ellos, en Santiago y en las ciudades más pobladas, en virtual colapso de funcionamiento.

El dilema que el legislador debe dilucidar en este punto tiene que ver con priorizar esa cercanía y aparente expedición de la justicia de familia o preferir un mejoramiento estructural que habilite plenamente a los tribunales superiores a abordar y resolver directamente las cuestiones sobre derechos del niño, en plena posesión y despliegue del *corpus* y cultura jurídicos relativamente nuevos implicados en el paradigma de la Convención.

En segundo lugar, la expresa mención de las violaciones a los derechos de carácter económico, social y cultural (DESC) de la infancia, como susceptibles de ser decididas a través de la nueva acción especial, nos remite a un problema estructural de nuestro ordenamiento jurídico. ¿Es posible que por la vía legal se eluda la indefensión plasmada constitucionalmente respecto del reconocimiento y protección de los DESCs, en general? No se puede desconocer que la vigencia de los DESC es una cuestión que divide a la doctrina nacional en materia de protección de derechos humanos y que nuestro derecho positivo constitucional y legal en estas materias es bastante deficitario. No obstante estar plenamente convencidos de la necesidad de protección de los DESC en Chile, acorde con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado, resulta difícil sustentar las incoherencias que se producen de aceptar que niños, niñas y adolescentes tendrían teóricamente garantizada la protección de sus DESC, mientras el resto de las personas no.

Quizás este defecto institucional podría salvarse legalmente mediante ciertas modificaciones al proyecto, conforme con las cuales, en virtud del principio de interés superior del niño (artículo 3º CDN), el tribunal que conozca de la vulneración de un DESC que afecte a niños, niñas o adolescentes, se vea en la necesidad de ordenar a cualesquiera autoridades e instituciones públicas o privadas cuya función sea el bienestar social, el considerar en forma primordial en el caso concreto en que sean requeridos, la prioridad jurídica de brindar la atención y cuidado necesarios para resguardar el derecho vulnerado.

Por otra parte, un mejoramiento adicional susceptible de introducir en el proyecto tiene que ver con establecer como presupuesto de dicha acción especial la vulneración de derechos colectivos y difusos, tal como ocurre con la acción establecida en el Código de la Infancia del Brasil.

### **13. Institución de la Defensoría del niño**

Diversos autores han sostenido que sin instituciones independientes enfocadas por completo a los derechos de los niños, estos derechos rara vez tendrán la prioridad que merecen.<sup>7</sup> Los niños y niñas requieren de un defensor; una voz sólida e independiente que promueva sus derechos y represente sus intereses y que disminuya “la brecha entre la retórica de los derechos y la realidad de vida de los niños, asegurando que los derechos sean materializados en leyes, políticas y prácticas”.<sup>8</sup>

El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha puntualizado que existen motivos adicionales para velar porque se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños, entre esos motivos, reconocer que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos; que rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; que la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso que determina la política pública en el ámbito de sus derechos; que los niños tienen considerables dificultades para recurrir al sistema judicial para solicitar protección de sus derechos o reparación de las violaciones a sus derechos; finalmente, que los niños tienen un limitado acceso a organizaciones que pueden defender sus derechos.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Ver Tello Escobar, Cristóbal, *El Defensor del Niño: ¿Una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas?*, en Revista de Derechos del Niño, números 3-4, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p. 93-95.

<sup>8</sup> Innocenti Research Centre (UNICEF), *Independent Institutions Protecting Children's Rights*, en Innocenti Digest Nº 8, Florencia, junio 2001, citado en Tello Escobar, op. cit., nota anterior.

<sup>9</sup> Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, Observación General Nº 2, *El Papel de las Instituciones Nacionales Independientes de Derechos Humanos en la Promoción y Protección de los Derechos del Niño*, CRC/GC/2002/2, noviembre 2003, citado en Tello Escobar, op. cit., p. 95-96.

Tales argumentos parecen tener, lamentablemente, plena vigencia en Chile. El proyecto de ley sobre protección de derechos se encamina a la superación de algunas de estas dificultades, sin embargo, su propuesta institucional es modesta pues solo implica una reformulación del SENAME y nuevas competencias a los Juzgados de Familia. Tampoco define nuevas atribuciones al Ministerio Público, ni mejora las condiciones de defensa técnica en el contexto de los intereses manifiestos de niños, niñas y adolescentes enfrentados al sistema judicial.

Por tal razón, y siguiendo una tendencia exitosa en el derecho comparado,<sup>10</sup> proponemos la creación de una figura legal de derecho público del tipo *Defensor* o *Defensoría del Niño*, que promueva y posicione en las autoridades y en los implementadores y ejecutores de políticas públicas una mayor consideración respecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes, que se condiga con la prioridad comprometida en tal sentido por el Estado al suscribir y honrar el cumplimiento de la Convención, que promueva el respeto por la opinión de los niños, asegurando de conformidad al artículo 12 de la Convención, el derecho de cada niño, a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y a que esta opinión sea debidamente tomada en cuenta en función de su edad y madurez. A través de estas y otras funciones, la figura del Defensor se orientaría a la difusión y valorización de los derechos del niño en la sociedad y, particularmente, al interior del Estado.

La idea de un Defensor o Defensoría del Niño se funda en la recomendación del Comité de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, de promover la creación de instituciones nacionales especializadas en la protección y promoción de los derechos humanos.<sup>11</sup> Al efecto, los llamados "*Principios de París*" contienen un conjunto de orientaciones sobre el rol, la composición, el estatus y las funciones que deben tener estas instituciones nacionales. Este instrumento postula que las instituciones de protección de los derechos

---

<sup>10</sup> Véase Tello Escobar, op. cit., pp. 97-123, que analiza las experiencias de la figura del Defensor del Niño tal como se halla establecida en Noruega, Gales y la Comunidad Autónoma de Madrid. Instituciones defensoras de los derechos del niño existen, además, en numerosos países de Europa, Oceanía y América Latina. En nuestra región cabe consignar los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala y Nicaragua. Véase también Cillero, Miguel, *Defensorías de la Infancia: Experiencia internacional*, Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, 2004.

<sup>11</sup> Naciones Unidas, Resolución 48/134 de la Asamblea General, 20 de diciembre de 1993.



humanos deben tener un mandato amplio, contar con las competencias necesarias para su efectivo ejercicio, un marco normativo establecido a nivel constitucional y/o legal, mecanismos de designación de sus miembros que aseguren la representación pluralista de la sociedad civil involucrados y que se garantice la independencia de las instituciones nacionales respecto del gobierno, asegurando los recursos, infraestructura, estabilidad y autonomía necesarios para desarrollar con solvencia las funciones encomendadas.

De cara a la creación de un Defensor del Niño especializado, o sección de una institución o defensoría más amplia (por ejemplo, Ombudsman, Comisión de Derechos Humanos o Defensoría del Pueblo), sus funciones primordiales se encaminarían a la elaboración de opiniones, recomendaciones, propuestas y reportes o informes sobre cualquier asunto concerniente a la protección y promoción de los derechos del niño, dirigidos al gobierno, parlamento u otro estamento público responsable. También le correspondería promover y procurar por todos los medios a su alcance la adecuación de la legislación, regulaciones y prácticas a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (de niños, niñas y adolescentes) en que el Estado es parte, y asegurar su efectiva implementación. Finalmente, también le cabría contribuir a la formulación de programas de educación e investigación orientados a la enseñanza primaria, secundaria y superior y a círculos profesionales y sociales concernidos.

Para desarrollar sus funciones, el Defensor debería contar con potestades que le permitan considerar libremente toda materia que corresponda al ámbito de su competencia sin autorización o requerimiento de una autoridad superior; oír a cualquier persona y obtener cualquier información o documento necesario para evaluar dichas materias; solicitar la iniciación de acciones legales o, en su caso, poseer él mismo la titularidad de acciones de protección de los derechos fundamentales; difundir públicamente sus opiniones y recomendaciones; consultar a otros organismos responsables; desarrollar relaciones y redes de colaboración con organizaciones públicas, privadas y no gubernamentales. Además, el Defensor podría asumir competencias cuasi-jurisdiccionales, pudiendo recibir y escuchar reclamos y peticiones individuales, pudiendo resolverlos por vías no adversariales, como la conciliación y la

mediación, o bien informar al peticionario o reclamante sobre sus derechos, derivar el caso a las autoridades competentes o realizar las recomendaciones pertinentes, proponiendo medidas regulatorias o rectificatorias.

#### **14. Separación de la vía de protección de la vía infraccional o penal**

El enfoque basado en la autonomía y los derechos del niño distingue entre la intervención estatal fundada en la responsabilidad del niño por hechos que atentan contra los derechos de otros, y la intervención estatal dirigida a asegurar y restituir al niño, niña o adolescente los derechos que a ellos les son violados o vulnerados.

Por una parte, el niño o niña es visto como ciudadano, que progresivamente ejerce en mayor medida sus derechos fundamentales por sí mismo. Al mismo tiempo se reconoce cierto grado de responsabilidad del adolescente por sus actos que, cuando se traducen en la violación de los derechos más básicos de otras personas pueden conducir legítimamente a sanciones, necesarias para prevenir ese tipo de atentados. Pero el Estado, en su actividad sancionatoria y preventiva se encuentra enfrente con un sujeto particular, dotado de derechos y al que el ordenamiento jurídico debe ofrecer los medios necesarios para asegurar dichos derechos, independientemente de la edad o etapa de la vida en que aquél se encuentre.

Por otra parte, frente a la violación o amenaza de los derechos del niño, sus padres y el Estado resultan obligados, no solo en forma negativa o pasiva (abstenerse de atentar contra los derechos), sino también en forma positiva o activa, esto es, se les impone el deber de remover obstáculos, de crear las condiciones para la plena vigencia de los derechos del niño o niña, y de intervenir cada vez que éste o quien lo represente, reclame la restitución en el goce de sus derechos.

Desde este punto de vista, la forma como se realice la tarea de dirección y orientación encomendada por la Convención a los padres y guardadores, siempre debe respetar el hecho de

que el niño es titular de sus propios derechos y debe gozar de un espacio de autonomía real, el que va cambiando a medida que las capacidades del niño evolucionan o maduran.

El principio de separación de las vías trata, entonces, de evitar convertir la respuesta punitiva al delito en una respuesta “educativa” y circunscribir el papel de los adultos como representantes o asumiendo una responsabilidad directiva en el ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta distinción ha sido tradicionalmente problemática porque muchas veces las dos hipótesis de intervención estatal han ido juntas o confundidas: se afirma que un niño o niña comprometidos en actos delictivos sufre de abandono o explotación, surgiendo la tentación en la intervención estatal de dar una “respuesta integral”.<sup>12</sup>

En efecto, la intervención estatal –y comunitaria– en resguardo de los derechos de los niños admite variadas formas, abarcando problemas muy disímiles. Son casos que requieren formas de protección diversas. Por ejemplo, en un extremo nos encontramos con algunas problemáticas familiares entre padres e hijos que se resuelven en la legislación civil, como el cuidado personal, la relación personal directa y regular o los alimentos debidos; en otro, aparece la necesidad de intervenir para proteger a los niños del maltrato o abuso de sus padres u otros miembros del grupo familiar. Están también otros casos complejos como la protección contra el trabajo infantil o la dependencia del alcohol y las drogas.

Los casos probablemente más comprometedores para el niño son los referidos a las infracciones penales que pueden cometer. Recientemente, ha entrado en vigor un sistema de responsabilidad penal de adolescentes (Ley N° ...). Sin embargo, el proyecto de ley de protección de infancia, por voluntad del Ejecutivo, busca hacerse cargo de las infracciones penales que pudieren cometer niños y niñas de edad inferior a catorce años. Con todo, en toda la escala de situaciones ejemplificadas en los párrafos precedentes, el único factor en común es la justificación que se ofrece para la intervención pública, esto es, dar efectividad y protección a los derechos del niño,

---

<sup>12</sup> Couso Salas, Jaime, *Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos*, en *De la tutela a la justicia*, Ed. Corporación Opción - UNICEF, 1ª ed., Santiago, 1998, p. 73.

quedando descartadas la invocación a la “defensa de la sociedad”, “el orden público” o la “seguridad ciudadana”.

Consecuentemente, es el interés superior del niño, entendido como la vigencia y efectividad del conjunto de sus derechos, el valor que debe primar teórica y prácticamente en el llamado legal a la protección especial, la cual busca satisfacer los derechos de los niños, niñas y adolescentes precisamente frente a situaciones actuales de amenaza o vulneración provenientes de la acción u omisión de sus padres o guardadores o de la propia conducta de los niños.

En tercer lugar, puede ocurrir que las amenazas o violaciones a los derechos de los niños pueden provenir de acciones u omisiones del Estado, pero en este caso –previsto en el proyecto de ley– más que medidas de protección especial de los derechos, proceden los recursos destinados a la protección de los derechos fundamentales, normalmente garantizados en la Constitución y los tratados internacionales (en nuestro medio, las acciones constitucionales de protección y de amparo), así como en el derecho comparado encontramos acciones para la protección de intereses difusos y colectivos de los niños.

De lo anterior se desprende que deben quedar claramente separados y delimitados los ámbitos de intervención:

- a) sancionatorio, que implica una cierta limitación de la libertad del niño o niña, acotada dicha limitación por el respeto de sus propios derechos y garantías; y
- b) de resguardo o restitución de derechos amenazados o violados, el que, en principio no puede implicar restricción de los derechos del niño o niña, sino al contrario, un medio para su garantía y restitución.

Consecuentemente, la legislación –y el proyecto de ley del Ejecutivo– deben considerar una separación nítida de competencias, en cuanto a las autoridades llamadas a intervenir en cada hipótesis, en cuanto a procedimientos y medidas y programas.

Atendida la complejidad del problema, es importante que el sistema regulatorio de la situación de niños y niñas infractores de la ley penal, tenga características especiales diferenciadas del sistema de protección propiamente tal.

### **15. Derecho a la defensa jurídica**

Es indispensable, en general, y en especial en materia de aplicación de medidas de protección, que niños, niñas y adolescentes cuenten con defensa jurídica técnica y autónoma, que les garantice su derecho a participar en la toma de decisiones en el ámbito de los procedimientos regulados por la Ley de Juzgados de Familia. El carácter de persona sujeto de derechos y la dignidad del niño exige que este pueda involucrarse en las diversas etapas del proceso. Ello, a su vez, requiere que esté permanentemente informado del curso del proceso, incluso de las resoluciones de mero trámite, y que tenga la oportunidad de intervenir en la configuración de esas decisiones, todo lo cual resulta impracticable sin una representación técnica de sus intereses manifiestos en el mismo juicio. Para ello debe contar con un abogado que esté atento al curso del proceso y esté habilitado para defender los intereses del niño en las diversas instancias.<sup>13</sup> Esta garantía de defensa técnica está reconocida en la Convención de los Derechos del Niño y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, en Chile la regulación legal del derecho a la defensa técnica de niños, niñas y adolescentes posee algunos defectos, pues considera que la necesidad de defensa técnica para los niños –distinta de la que podrían proporcionarle sus padres– es una excepción, al ligarla a la eventual existencia de un “interés independiente o contradictorio” con el de aquellos. No obstante, una lectura cabal del derecho de participación de los niños, consagrado en la

---

<sup>13</sup> Couso, Jaime, *El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*, en Revista de Derechos del Niño números 3-4, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, p. 158-160.

Convención, lleva a la conclusión de que, por definición, sus intereses son por lo menos independientes de los de sus padres.<sup>14</sup>

Si la defensa técnica está al servicio de la efectiva participación de los niños en la toma de decisiones que afectan su vida, aquella debe adoptar por regla general la forma de un “abogado del niño”, más que la de un “*curador ad litem*”, que es la figura que consagra la Ley de Juzgados de Familia. En efecto, un curador ad litem introduce un filtro que tiende a distorsionar la representación del interés manifiesto del niño en el proceso, reflejado en sus deseos y sentimientos, introduciendo en su lugar la versión de tales intereses que hace el representante – curador, en este caso–sobre la base de lo que más conviene al niño en tanto su “interés superior”.<sup>15</sup>

El abogado del niño debe ser, entonces, una figura diferente del curador ad litem o de los abogados de los padres, en su caso. Se trata de un profesional al cual el niño pueda vincularse con los mismos deberes de lealtad y confidencialidad que dicho abogado debería a un cliente mayor de edad. Por tal razón, creemos necesario revisar y perfeccionar en el proyecto de ley y también en la actual Ley de Juzgados de Familia (artículo 19), la norma relativa a la representación judicial de niños, niñas y adolescentes.

## **16. Causales que autorizan la intervención de protección especial**

El proyecto de ley, en su artículo 33 describe cinco causales que provocan la vulneración de los derechos del niño, niña y adolescente y que autorizan la aplicación de medidas de protección: la ausencia de los padres o de las personas responsables de su cuidado personal; la incapacidad o imposibilidad, transitoria o permanente, de los padres o guardadores; el incumplimiento voluntario o negligente de las obligaciones de protección de los padres o personas responsables, cuando ello comprometa su vida o su integridad física o psíquica; ser víctima de maltrato, abuso

---

<sup>14</sup> Couso, op. cit. nota anterior, p. 159.

<sup>15</sup> Millán y Villavicencio, op. cit, p. 77 y siguientes, citado en Couso, op. cit., p. 159.

o explotación sexual; la necesidad urgente de proporcionarle atención de salud para proteger su vida e integridad física en caso de adicciones extremas.

La ley chilena entrega al juez de familia determinar la existencia de los hechos constitutivos de las hipótesis genéricas de “*maltrato, descuido u otra causa calificada*” referidas en el inciso 3º del artículo 225 del Código Civil, o a la situación también genérica de *abandono* mencionada en el artículo 238 del mismo Código o a las hipótesis planteadas en los números 2 y 3 del artículo 12 de la Ley 19.620 sobre Adopción, que señalan causales que dan lugar a la declaración de susceptibilidad de adopción. El artículo 226 del Código Civil remite, a su vez, al artículo 42 de la Ley de Menores, que expone un conjunto abierto de causales de inhabilidad física y moral de los padres, las que, habiendo sido objeto de profunda crítica por la doctrina nacional e internacional más moderna, serían reemplazadas precisamente por lo dispuesto en el actual artículo 33 del proyecto de ley actualmente en trámite.<sup>16</sup>

La falta de protección está determinada, entonces, por una doble circunstancia: el incumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de los deberes de protección establecidos en la ley común para el cuidado personal y la guarda de los niños, niñas y adolescentes y, como consecuencia de ello, la privación de su necesaria asistencia moral o material, en los términos todavía criticables de la Ley de Menores actualmente vigente.

Como cuestión de fondo, estas hipótesis de protección-intervención tienen sustento en la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 9 señala que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, *excepto* cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior de niño”.

---

<sup>16</sup> Ver García Méndez, Emilio, Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral, Eds. Forum Pacis, Bogotá, 1994.

La misma Convención agrega que tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, cuando el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Como ya se ha insistido en este documento, desde el punto de vista interno, la protección de niños, niñas y adolescentes tiene su fundamento jurídico básico en la guarda o custodia de los hijos, entendido como un derecho-deber de los padres en relación con la crianza y educación de los mismos. De acuerdo con la doctrina, esto incluye concretamente la obligación de velar por el hijo, tenerlo en su compañía, alimentarlo y educarlo y procurarle una formación integral. Así lo define la legislación española, en este punto muy similar al conjunto de derechos-deberes parentales prescritos en la ley civil chilena. La reforma del Código Civil de 1998 (llamada “ley de filiación”) reforzó estas funciones parentales sobre bases no discriminatorias al señalar que los hijos tienen iguales derechos civiles con independencia de su filiación. La guarda o cuidado personal forma parte del estatuto jurídico filiativo, formando, a su vez, parte de la potestad de los padres y de todos aquellos que, en subsidio –es decir, a falta o por inhabilidad de los mismos–, deban ejercer tales potestades.

La misma ley civil señala esta última posibilidad al referirse a la situación, en principio excepcional de “maltrato, descuido u otra causa calificada” que autoriza a sacar al niño de su medio familiar cuando su interés superior lo exija, autorizándose legalmente en estos supuestos la alteración de la tuición parental. La tradicional legislación “protectora de menores” aparece en buena medida en esta frontera de infracción o vacío civil y construye una normativa diferenciada a partir del fenómeno socialmente más visible de la infancia abandonada o en situación de maltrato, abuso o explotación.

### **17. Características esenciales de las medidas de protección**

El principio rector es que las medidas de protección de carácter administrativo aplicables a los adolescentes y a los padres de los niños o adolescentes serán *voluntarias*, salvo las excepciones legalmente establecidas, las cuales se interpretarán de forma restrictiva.



Toda legislación garantista debe suprimir la existencia de medidas de protección de duración indeterminada y los *plazos* que se decidan o apliquen deben ser los estrictamente necesarios para superar la situación que le da origen, sobre la base que toda medida debe entenderse como de carácter provisional o temporal.

Se debe evitar en cuanto sea posible la *separación del niño* respecto de su hogar y de su entorno familiar. Ello presupone que los padres o guardadores no han infringido sus deberes de guarda y custodia. Tales circunstancias se deben presumir siendo la excepción lo contrario. Las autoridades administrativas y judiciales y los equipos técnicos que deben asesorarlos deberán procurar la atención del niño, niña o adolescente dentro de su propia familia como una posibilidad preferente y hasta donde sea posible.

En caso de separación, legalmente adoptada, de los hijos respecto de sus padres o de alguno de ellos, se debe mantener, en la medida que sea positivo para el niño o adolescente, sus lazos afectivos y familiares, garantizándoles el derecho de estos a comunicarse libremente con ambos padres. Por lo tanto, la aplicación de las medidas no debe erosionar la relación parental mediante restricciones innecesarias y que eventualmente afecten otros derechos, como limitación de visitas, control de la correspondencia, etc. En todo caso, las limitaciones que se establezcan deben aprobarse mediante resolución judicial fundada.

Otro principio atendible, relacionado con el anterior es el de la *proporcionalidad y adecuación* de las medidas, dependiendo de cuál es el derecho vulnerado o amenazado; y el principio de *mínima interferencia* en la vida del niño, de manera que la intervención protectora no altere su vida escolar o social.

Las autoridades y órganos intervinientes tienen el deber de brindar *atención inmediata* al niño o niña que la requiera, actuando de conformidad con sus competencias o efectuando la respectiva derivación o traslado al órgano competente, poniendo los hechos en conocimiento de los guardadores y representantes legales del niño o adolescente. En general, tales autoridades y

órganos tienen el deber de *agilizar los procedimientos* administrativos y judiciales a su cargo, en razón del *sentido del tiempo* propio de los niños y adolescentes, que son personas que transitan por una fase breve y extremadamente delicada y decisiva de su ciclo vital, de manera que la intervención sea lo menos traumática posible.

Las medidas que se adopten deben ser *individualizadas* y no genéricas, estandarizadas o rutinarias. Cada “caso” es, en realidad, una persona y un sistema familiar vivo y concreto: un niño, niña o adolescente con una existencia real y concreta y un mundo de relaciones, cuya suerte inmediata se está decidiendo a través de la adopción de una medida legal, todo lo cual requiere una aproximación psicosocial y existencial de extrema fineza en relación con la situación concreta del individuo o individuos particulares que deberán experimentarla.

### **18. Condiciones especiales de las medidas residenciales**

Las medidas más graves que pueden adoptarse son las de carácter residencial, que implican la residencia o habitación forzosa del niño, niña o adolescente en un lugar que no es su hogar. Teniendo en cuenta que es nada menos que la libertad individual lo que está en juego, resulta indispensable que en todos los casos en que proceda la medida de ingreso a un centro residencial, se requiera obtener previamente una *autorización judicial* y que se consideren como requisitos para su imposición la voluntariedad o la existencia de un riesgo grave y concreto a la vida e integridad física.

Asimismo, es importante precisar en el proyecto que las medidas de ingreso a un centro residencial tienen un carácter subsidiario respecto de las restantes medidas de protección, es decir, solo serán procedentes cuando no sea posible la mantención de un niño, niña o adolescente en una familia, o que hayan fracasado los demás programas e instrumentos menos invasivos o interventores para su protección, o estos sean impracticables, inadecuados o insuficientes. Incluso, como lo plantea la legislación española,<sup>17</sup> estimamos conveniente prescribir la posibilidad adicional de compatibilizar la medida residencial con breves estancias

---

<sup>17</sup> Véase Ley de Menores 3/1999 de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha.

en familias de acogida, como acoplamiento para una posterior constitución íntegra de esta última medida, que tienda a atenuar la institucionalización del niño, niña o adolescente.

Asimismo, en la adopción de medidas residenciales, la ley debe reconocer que la relación del niño con el exterior no sufra más alteraciones que las implicadas en el alojamiento y cuidado personal a cargo de los centros autorizados para acogerlos, facilitando en todo lo posible las actividades fuera del centro y las visitas familiares, excepto cuando medie resolución judicial en sentido contrario.

Relacionado con lo anterior, solo excepcionalmente y de forma expresa, se podrá limitar a niños, niñas y adolescentes su entrada y salida de los establecimientos en que hayan sido acogidos por necesidades educativas y de protección, limitación para la que debe exigirse autorización judicial.

En tercer lugar, no debe perderse de vista que la finalidad última de la medida residencial es la reintegración del niño, niña o adolescente en su familia. Por tanto, este criterio ha de presidir en todo momento la medida de protección, de manera que su adopción debe efectuarse siempre proyectando su carácter solo temporal y no definitivo, y concibiéndola solo como un instrumento para articular el ejercicio de los derechos del niño con la perspectiva de permitirle recuperar una vida familiar normalizada.

En términos prácticos, esa misma reintegración requerirá que el centro que se ubique al efecto deba hallarse cercano física o geográficamente al entorno familiar y social del niño, así como procurar que su relación con el exterior no sufra alteraciones.

En cuanto al estatus de los niños, niñas y adolescentes acogidos en centros residenciales, la ley debe reconocer su derecho a desarrollarse personalmente y a beneficiarse de aquellas medidas que declaran perseguir su protección y cuya finalidad es permitir su inserción socio-educativa y socio-laboral, entre otras. Para el logro de esta finalidad postulamos que la ley exija la existencia

de un *proyecto socio-educativo* que deberá tener cada centro, así como la elaboración de un proyecto socio-educativo específicamente diseñado para cada niño, niña o adolescente.

Más aun, creemos conveniente que el proyecto de ley contemple un breve catálogo de derechos y deberes específicos de los niños, niñas y adolescentes residentes.<sup>18</sup>

Sobre la base del concepto amplio de protección que debe inspirar cualquier proyecto de reforma al sistema de protección de infancia y adolescencia, proponemos complementar las medidas establecidas en la ley con otras que junto con prevenir y evitar las situaciones de vulneración, cierren el ciclo situando familiar y socialmente a los niños, niñas y adolescentes en la mejor posición posible mediante medidas de resocialización o reinserción, incluso una vez superada la efectiva situación de desprotección. Estas medidas deben tener un carácter voluntario, en el sentido de requerir el consentimiento de los niños, niñas o adolescentes involucrados y buscarán precisamente facilitar su plena autonomía e integración social, orientando su formación hacia los ámbitos profesional y laboral y/o, en su caso, hacia su desarrollo personal específico.

Santiago, abril 2008.

---

<sup>18</sup> Véase, a modo de ejemplo, el artículo 66 de la Ley de Protección del Menor de la Comunidad Autónoma de Madrid.