

Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

**HACIA UN REDISEÑO NORMATIVO DEL SISTEMA
DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE**



Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

**HACIA UN REDISEÑO NORMATIVO DEL SISTEMA
DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE**



Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, Nº 2
“Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile”

©Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF

Autores: Nicolás Espejo Yaksic (UNICEF) y Fabiola Lathrop Gómez

Edición: Carolina Silva

Diseño y diagramación: Carlos Bravo

Registro de Propiedad Intelectual: 250794

Edición de 500 ejemplares

Santiago de Chile

Mayo de 2015

Impresión: Andros Impresores

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	05
INTRODUCCIÓN	07
I EL SISTEMA DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE	09
Principales falencias del sistema de protección especial de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile	14
II PRINCIPIOS PARA UN REDISEÑO NORMATIVO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE	19
1. PROTECCIÓN REFORZADA DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SU VIDA FAMILIAR	19
2. LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN	25
3. NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN	31
4. TEMPORALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN	37
5. DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN	39
6. SUPERVISIÓN AUTÓNOMA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN	44
7. ESPECIALIZACIÓN Y DILIGENCIA EXCEPCIONAL EN LA DICTACIÓN, SUPERVISIÓN Y REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN	48
8. INTEGRALIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN ESPECIAL: REFORZAMIENTO DEL ROL DE LA ADMINISTRACIÓN	54
CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	67

PRESENTACIÓN

Al celebrar los 25 años desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Estado de Chile ha decidido emprender una serie de reformas tendientes a contar con una nueva institucionalidad de infancia.

El presente estudio realizado por UNICEF esperamos sea un aporte a la identificación de las bases principales para un rediseño normativo o legal del sistema chileno de protección especial¹ de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Ha sido elaborado a la luz de los más altos estándares jurídicos comparados e internacionales, en especial, aquellos dispuestos por la CDN, de modo tal de ayudar a orientar los debates técnicos y legislativos que se avecinan.

En el marco de la protección de los derechos de aquellos niños que ven sus derechos amenazados o vulnerados en el contexto familiar, UNICEF considera que las reformas legales que se aproximan constituyen una oportunidad única para el logro de dos fines concretos; por una parte, la prevención y protección pertinente y eficaz del derecho a la integridad física y psíquica de los niños y niñas, así como su bienestar general en este contexto y por otra, al reforzamiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a su vida familiar, en el marco de un sistema que busque otorgar protección a sus derechos. En el contexto de grave vulneración o amenaza de derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de los adultos responsables de su cuidado, el respeto concurrente de ambos fines es lo que garantiza su interés superior, en los términos establecidos en el Art. 3.1 de la CDN.

UNICEF pone a disposición este estudio y espera se constituya en un aporte técnico que permita consolidar un efectivo sistema de protección integral a los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile.



Hai Kyung Jun
Representante de UNICEF en Chile

¹ Con la expresión “sistema de protección especial” nos referimos a aquel régimen legal vigente en Chile que determina las hipótesis de intervención a favor de toda persona menor de 18 años de edad, cuando ella ha sido objeto de grave vulneración o amenaza a sus derechos, debido a negligencia, abuso, maltrato u otra forma de violencia por parte de los adultos responsables de su cuidado.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se propone un rediseño normativo del sistema de protección especial de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) vigente, en base a ocho principios fundamentales: 1) Protección reforzada del derecho de los NNA a su vida familiar; 2) Legalidad de las medidas de protección; 3) Necesidad y proporcionalidad de las medidas de protección; 4) Temporalidad de las medidas de protección; 5) Derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos de protección; 6) Supervisión autónoma de las medidas de protección; 7) Especialización y diligencia excepcional en la dictación, supervisión y revisión de las medidas de protección y; 8) Integralidad de la intervención en materia de protección especial: rol fundamental de la Administración.

Este estudio sugiere que la consagración y observancia de estos principios permitiría contar con un sistema que garantice, de mejor manera, el derecho de los NNA a ser sujetos de protección especial en el contexto de sus relaciones familiares. Tales principios facilitarían, a su vez, una mejor y más pertinente intervención preventiva, cautelar y restauradora de los derechos de los NNA en caso de amenaza o vulneración grave a sus derechos. Por último, una reforma orientada a cumplir efectivamente con los principios antes identificados, ayudaría a fortalecer el rol específico que compete no solo a los tribunales de justicia, sino a la Administración, en la protección integral y especial, en el ámbito territorial o comunal.

El presente trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se describe brevemente la regulación del sistema chileno de protección especial de derechos de NNA y sus principales falencias; en segundo lugar, se desarrollan dogmáticamente los principios que deben guiar su proceso de reformulación, así como su recepción normativa nacional y comparada; por último, se entregan conclusiones generales.

La metodología utilizada contempló el estudio de las fuentes internacionales y de la doctrina especializada; y la recopilación y el análisis comparado de algunas legislaciones americanas y europeas que cuentan con sistemas de protección integral de la infancia y de la adolescencia. Respecto de estas últimas, las normativas española, francesa e inglesa fueron consideradas como las más representativas del continente europeo. En el caso americano, teniendo en cuenta su especial diversidad cultural y jurídica, estimamos que las legislaciones más representativas del funcionamiento de los sistemas de protección integral de derechos de la infancia y de la adolescencia de la región son la argentina, brasileña, colombiana, mexicana y peruana.

Por último, cabe señalar que se sostuvieron entrevistas con funcionarios del Consejo Nacional de la Infancia, del Servicio Nacional de Menores (SENAME), del Ministerio de Justicia de Chile y de académicos expertos en el área. A su vez, los resultados iniciales de este estudio se presentaron y confrontaron en un taller conformado por académicos y representantes de diversas instituciones y organizaciones de la sociedad civil².

2 Taller celebrado en la ciudad de Santiago el día miércoles 20 de agosto de 2014 con representantes de Aldeas Infantiles SOS, Biblioteca del Congreso Nacional, Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile, Ministerio de Justicia, Corporación Opción, Servicio Nacional de Menores (SENAME), UNICEF-Chile, Universidad Central de Chile y Universidad Diego Portales.

I EL SISTEMA DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE

El ordenamiento jurídico chileno permite la intervención pública en casos de vulneración o amenaza de derechos de NNA. Esta intervención es de carácter judicial y se caracteriza por la adopción de “medidas de protección”.

El Art. 30 de la Ley de Menores³ (en adelante, la LM) se refiere a tales mecanismos al establecer que en los casos previstos en el Art. 8 N° 7 de la Ley que crea los Tribunales de Familia⁴ (en adelante, la LTF) podrán decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los “(...) menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (...)”.

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 Art. 30 de la Ley de Menores”⁵.

El Art. 30 inciso segundo de la LM contiene el elenco de tales medidas:

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 sustituto o en un establecimiento residencial.

El catálogo de las medidas de protección de derechos de NNA contenidas en el mencionado Art. 30 de la LM no es taxativo. En efecto, establece que: “En particular, el juez podrá: (...)” disponer alguna de las dos medidas enumeradas. Al utilizar el vocablo “en particular”, el Art. 30 de la LM solo sugiere al juez que preste especial atención a aquellas medidas establecidas en los números

3 Ley N° 16.618, de 1967, contenida actualmente en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2000.

4 Ley N° 19.968, de 2004.

5 El procedimiento judicial es especial y está regulado en el Párrafo Primero del Título IV de la mencionada Ley de Tribunales de Familia (Arts. 68 a 80 bis).

1 y 2 del mismo artículo. Sin embargo, la textura abierta de dicha norma faculta al juez a dictar cualquier otra medida que estime “necesaria” para proteger los derechos del NNA que hayan sido vulnerados o amenazados.

Por otra parte, sin perjuicio de las medidas de protección señaladas, el Párrafo primero del Título IV de la LTF –que regula la aplicación judicial de las medidas de protección de derechos de los NNA–⁶ permite adoptar “medidas cautelares especiales” en cualquier momento del procedimiento de protección especial, y aun antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello sea necesario para proteger los derechos del NNA. Así, el Art. 71 inciso primero de la LTF enumera como medidas cautelares especiales de este procedimiento:

- a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;*
- b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente en cuidado provisorio a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;*
- c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;*
- d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación para enfrentar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;*
- e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;*
- f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;*
- g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudios del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará las medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos;*

6 El Título IV de la LTF regula también los siguientes procedimientos especiales: el procedimiento relativo a los actos de violencia intrafamiliar (Párrafo segundo); los actos judiciales no contenciosos (Párrafo tercero); y el procedimiento contravencional ante los Tribunales de Familia (Párrafo cuarto).

h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e

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

Esta norma ha planteado dudas sobre el carácter taxativo o enunciativo del elenco que contiene. Por una parte, la gran limitación a las potestades del juez en el procedimiento de protección especial de derechos de NNA estaría dada por el *numerus clausus* de las medidas cautelares contenidas en el Art. 71 de la LTF⁷. Sin embargo, podría sostenerse que el Art. 22 inciso primero de la LTF, referido a la potestad cautelar general del procedimiento de familia, autoriza la adopción de otras medidas cautelares no enumeradas en el Art. 71 de la LTF. En efecto, el Art. 22 inciso primero de la LTF establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas solo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se quiere evitar”⁸.

La poca claridad de la legislación en cuanto a la naturaleza de cada una de las medidas establecidas en los Arts. 30 de la LM, y 22 y 71 de la LTF genera confusiones acerca de las hipótesis de su procedencia, taxatividad y plazos de duración⁹. Puede observarse que medidas enunciadas como cautelares especiales en la LTF son dictadas como medidas de protección definitivas en el procedimiento de protección especial, debido a que las medidas del Art. 30 de la LM son más reducidas en número que las del Art. 71 de la LTF. A ello se agrega la posibilidad de dictar medidas cautelares de carácter conservativo o innovativo no enumeradas en ninguno de los catálogos referidos.

En suma, si bien todas estas medidas referidas son de índole cautelar (general), las indicadas en el Art. 71 de la LTF son *propiamente* cautelares en casos de vulneración o amenaza de derechos de NNA, por lo cual debieran proceder en condiciones de singular excepcionalidad, gravedad y

7 Cfr. Núñez, René y Cortés, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Santiago, Abeledo Perrot/LegalPublishing Chile/Thomson Reuters, 2012, p. 364.

8 Cfr. Núñez, Germán, “La Judicatura de Familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: Las Medidas de Protección en el Derecho Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, núm. 3, 2010, p. 271. A esta última posición parece adherir Marín, Juan Carlos (“Las medidas cautelares en el Ordenamiento Jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 8, 2006, p. 21), al afirmar que en materia de familia la legislación reconoce por primera vez una “potestad cautelar genérica del juzgador”.

9 Existe jurisprudencia que da cuenta de esta situación. *Vid.* Lathrop, Fabiola, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 22, 2014, p. 211.

riesgo inminente, ser adoptadas siempre por autoridad judicial, y proceder por un término particularmente breve (90 días, conforme al inciso final del Art. 71 de la LTF)¹⁰.

Una deficiencia adicional es que se observa que las medidas de protección —en particular aquellas gatilladas vía denuncia— son utilizadas para preparar demandas de contenido civil, como es el cuidado personal del NNA o su adopción¹¹. En este sentido, cabe aclarar que las medidas de protección de derechos del NNA adoptadas por la autoridad administrativa, y en su caso judicial, materializan el deber del Estado de intervenir ante situaciones de vulneración o amenaza grave de los derechos de NNA. Sin embargo, estas medidas inciden directamente en las relaciones jurídicas privadas tanto del NNA como de los adultos que forman parte de su familia y entorno, en las que no necesariamente se observa tal vulneración o amenaza. Por esta razón, la ley debiera ser clara en cuanto a que la medida de protección de derechos del NNA tiene por objeto poner fin a la vulneración o amenaza grave de dichos derechos (naturaleza cautelar) y no dirimir conflictos de derechos de naturaleza sustancial. La medida de protección dictada debe dejar sin efecto la vulneración o amenaza grave de los derechos del NNA, garantizando la vigencia de otros derechos, tanto del NNA como de los adultos responsables de su cuidado, que no están involucrados directamente en dicha vulneración o amenaza grave.

Las medidas de protección de derechos de NNA y las medidas cautelares referidas anteriormente son ejecutadas por el Servicio Nacional de Menores (SENAME¹²). Este Servicio es un organismo gubernamental dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de la promoción, protección y restitución de dichos derechos de NNA. El Área de Protección de Derechos de SENAME corresponde a aquellas prestaciones destinadas a NNA, y sus familias, que se encuentran en situaciones de riesgo y vulnerabilidad social. Esta área se compone de las siguientes líneas de acción: Centros Residenciales, Diagnóstico y Programas. Cada una de estas líneas cuenta con Bases Técnicas y Orientaciones elaboradas por SENAME.

10 Cabe señalar que los objetivos y límites de la tutela cautelar están sufriendo revisiones en diversos ámbitos del ordenamiento jurídico chileno, especialmente en el relativo a la familia. Así, en la actualidad se observa un tránsito desde 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 plano 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 abusivas. Cfr. Marín, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el Ordenamiento Jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 8, 2006, pp. 13, 14 y 16.

11 Así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina nacional. *Vid.* Núñez, Germán, “La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: las medidas de protección en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, núm. 3, 2010, pp. 264 y 274; y la jurisprudencia citada en Lathrop, Fabiola, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 22, 2014, p. 214.

12 Creado mediante Decreto de Ley N° 2.465, de 10 de enero de 1979, que contiene su Ley Orgánica.

La línea de acción Centros Residenciales ofrece las siguientes prestaciones: a) Residencias de protección para mayores; b) Residencias especializadas para mayores; c) Residencias para lactantes y preescolares; y d) Residencias para niños/as con discapacidad. La línea de acción Diagnóstica provee la prestación de Proyectos de Diagnóstico Ambulatorio (DAM) para la evaluación de situaciones que enfrentan o han enfrentado NNA que han requerido intervención de Tribunales y considera: a) Programas de familias de acogida; b) Programas ambulatorios de discapacidad; c) Programas de prevención; d) Programas especializados; e) Programa de intervención integral especializada; f) Programa especializado en explotación sexual infantil y adolescente; y g) Programas especializados en temáticas de NNA en situación de calle.

Para cumplir con la función de promoción, protección y restitución de derechos de NNA, SENAME administra directamente centros de atención; adjudica y fiscaliza proyectos y programas postulados por una red de colaboradores acreditados por el propio Servicio; y controla el procedimiento de adopción de NNA¹³.

Los centros de atención directa reciben un 37% del presupuesto institucional; la red privada se adjudica el 63% restante a través del Sistema de Subvenciones que fija un “monto de subvención” para cada NNA que se atienda diariamente en la red asistencial de SENAME. En el año 2013 se encontraban funcionando 61 centros y proyectos administrados por SENAME (4,4% de la oferta programática) y 1.335 proyectos y/o programas administrados por organismos colaboradores acreditados por SENAME (95,6% de la oferta programática de SENAME)¹⁴.

13 La Ley Nº 20.032, de 2005, regula dicho Sistema de Subvenciones, es decir, determina la forma y condiciones en que SENAME financia las actividades desarrolladas por los colaboradores acreditados. El Art. 3 de esta ley señala que SENAME podrá subvencionar las actividades desarrolladas por los colaboradores acreditados relativas a las siguientes líneas de acción: Oficinas de Protección de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (OPD), los Centros Residenciales, los Programas y el Diagnóstico.

14 Cfr. SENAME. Unidad de Estudios. *Anuario Estadístico Institucional 2013*, mayo 2014. Disponible en http://www.sename.cl/wsename/otros/AE_2013.pdf [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2014]

Principales falencias del sistema de protección especial de derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile

El sistema de protección especial de derechos de los NNA en Chile ha sido recientemente objeto de un duro diagnóstico por parte del Congreso Nacional. Este diagnóstico atiende principalmente a aquellos factores operativos del sistema de protección especial, tanto en lo referido al actuar de los tribunales de justicia, como del SENAME¹⁵. Sin perjuicio de la relevancia de este diagnóstico, estimamos que a los efectos de un proceso tendiente a rediseñar normativamente el sistema de protección especial de derechos de los NNA en Chile, se deben considerar cinco falencias fundamentales. La forma específica en que estas deficiencias del sistema de protección especial de derechos de los NNA se manifiestan, es la siguiente:

a) **Desproporcionalidad de las medidas adoptadas para proteger los derechos de los NNA, en especial, en lo referido a los derechos de los NNA a su vida familiar**

Es posible observar que la intervención pública encaminada a proteger los derechos de NNA en caso de grave vulneración o amenaza, resulta, en muchos casos, desproporcionada. Ello, debido a que, a pesar de orientarse hacia la protección de derechos como la integridad física y psíquica de los NNA o de su derecho a la salud o la educación, un alto porcentaje de las medidas dictadas restringen excesivamente otros derechos del NNA, en especial, su derecho a vivir en familia.

Según los datos públicos del SENAME, entre enero y septiembre de 2014, casi 16.000 NNA habían sido separados de su medio familiar de origen. Se trata de una cifra considerable si se toma en cuenta el fuerte impacto que puede generar la separación de un NNA de su

15 Entre las principales deficiencias del sistema, según indica la Cámara de Diputados de Chile, destacan: 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; 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; NNA que permanecen institucionalizados sin que exista una medida vigente que lo permita; 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; desarraigo de NNA de sus lugares de origen por estar institucionalizados en residencias que se ubican a más de 150 kilómetros de aquellos; 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; desconocimiento o no aplicación de las reglas de la Organización de Naciones Unidas al respecto, vigentes en Chile; 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 desconectadas entre sí y; 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. Cfr. Informe de 18 de octubre de 2013 emitido por la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, en <http://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=10254&formato=pdf> [fecha consulta: 5 de mayo de 2014] e; Informe de 4 de marzo de 2014 por la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (SENAME) de la Cámara de Diputados de Chile, en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=1157&prmtipo=INVESTIGAFIN> [fecha consulta: 5 de mayo de 2014] y en http://ciparchile.cl/pdfs/2014/04/sename/INFORME_SENAME.pdf [fecha consulta: 20 de julio de 2014].

familia de origen. A su vez, de ese total, 11.370 NNA habían sido atendidos en un programa en modalidad “residencial” (es decir, habían sido separados de su medio familiar e ingresados a un centro dependiente del Servicio o de una institución colaboradora) y solo 5.520 de ellos habían sido atendidos y derivados a un programa de familia de acogida¹⁶.

La estructura normativa y orgánica del sistema de protección especial en Chile considera de forma aislada al NNA que está sufriendo una vulneración o amenaza en sus derechos, obviando el contexto en el que se desarrolla. De esta forma, el sistema carece de suficientes elementos preventivos y reparadores de tales vulneraciones que permitan concentrar los esfuerzos en el *fortalecimiento del propio ambiente familiar, social y comunitario del NNA*. Solo cuando ello resulte imposible, el sistema de protección especial debiera recurrir a medidas que importen la separación de los NNA de su ambiente familiar y comunitario directo.

b) Excesiva discrecionalidad en la determinación de la vulneración o amenaza del derecho en cada caso

Como se ha visto, en un número sustancial de casos, la autoridad determina una medida de protección que implica la separación del NNA de su familia. Sin embargo, en una proporción también considerable, las resoluciones que ordenan las medidas de protección carecen de una justificación estrictamente necesaria, en base a *test* formales y objetivos de afectación al interés superior del niño¹⁷.

Ni las recomendaciones que formula el SENAME para la adopción de una medida de protección, ni las decisiones judiciales que ordenan dicho tipo de medidas, se encuentran obligadas a verificar elementos formales y objetivos de afectación al bienestar o el interés superior del niño, en base a criterios pre-determinados por la ley (lo que se denomina en legislación comparada “*el check list del bienestar o el interés superior del niño*”)¹⁸. Esta ausencia de criterios formales establecidos en la ley importa que muchas decisiones judiciales pueden ser adoptadas sin tener en cuenta elementos objetivos, asociados al bienestar del NNA, o que, de hacerlo, no se recurra a medidas menos gravosas para sus derechos.

16 Cfr. SENAME, Boletín Estadístico Niños/as y Adolescentes, Tercer Trimestre 2014, Departamento de Planificación y Control de Gestión, en: http://www.sename.cl/wsename/otros/bestnacionales/2014/Boletin_201409_Nacional.pdf [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2014]

17 Cfr. *supra* nota núm. 16.

18 “[...] a court shall have regard in particular to: (a) the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding); (b) his physical, emotional and educational needs; (c) the likely effect on him of any change in his circumstances; (d) his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant; (e) any harm which he has suffered or is at risk of suffering; (f) how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs; (g) the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question”. Cfr. Children Act 1989, Section 1 (3).

Esta práctica no se ajusta a los principios de *legalidad* y de *necesidad* que deben inspirar el sistema de protección especial de derechos de NNA. Así, la medida de protección que se adopte debe respetar estrictamente los términos que la hacen procedente (supuesto de hecho de la intervención), así como determinar su tipo, de acuerdo a la gravedad de la vulneración o amenaza del derecho (estadios de intervención) y siguiendo siempre un proceso de verificación de estándares objetivos de interés superior (*check list*).

c) **Excesiva judicialización del proceso para la determinación de medidas de protección**

El sistema chileno de protección especial de derechos de los NNA es exclusivamente judicial. Esto es, son los Tribunales de Familia los que determinan la procedencia, forma y duración de una medida de protección, así como los sujetos destinatarios de la misma.

Sin perjuicio del rol fundamental que asiste a los Tribunales de Familia en materia de protección de derechos de NNA, la excesiva judicialización de los procesos protectores genera graves dificultades. Dada la naturaleza eminentemente preventiva y restauradora de la intervención pública en materia familiar, asociada a programas y metodologías flexibles y comunitarias, el proceso judicial conspira contra la efectividad de dichas intervenciones. En particular, el proceso judicial constituye un espacio especialmente eficaz para la tutela de los derechos involucrados y para la verificación del cumplimiento de los estándares legales. Con todo, el proceso judicial no resulta ser el mecanismo más idóneo (con independencia de la adopción de medidas especiales¹⁹) para la prevención de la vulneración, ni para la intervención psico-social del entorno familiar y comunitario del NNA.

En consecuencia, el sistema de protección especial debiera comprenderse como parte integrante de una política global para el fortalecimiento del derecho a vivir en familia. Lo anterior importa reconocer como instrumentos principales de acción, a las políticas universales y focalizadas (incluida la oferta en protección especial), que permiten el desarrollo de entornos de bienestar integral para los NNA, en el marco de sus relaciones familiares y comunitarias. El rol de los tribunales de justicia en esta materia, en consecuencia, debe ser fijado en base a un previo aseguramiento de un soporte administrativo robusto, de alta calidad, territorialmente desplegado y con el que los jueces puedan relacionarse en su dimensión cautelar.

19 "A pesar de su relevancia, [el derecho al acceso a la justicia] es un derecho que no es garantizado de manera efectiva para niños, niñas y adolescentes. Ello debido a que los procedimientos judiciales fueron diseñados por adultos y pensados para adultos. Si reconocemos que los niños son personas diferentes a los adultos, en consecuencia los procesos judiciales debieran ajustarse a partir de las características específicas de la infancia". Cfr. Cumbre Judicial Iberoamericana, *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*, p. 16. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Lists/BannerVerticalV2/Attachments/30/Protocolo%20Iberoamericano.pdf> [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2014]

d) Insuficientes mecanismos de revisión y supervisión de las medidas adoptadas

Sin perjuicio de la existencia de determinadas normas actualmente vigentes en la LTF respecto a obligaciones específicas en materia de revisión y supervisión de las medidas de protección,²⁰ así como de orientaciones dadas por la Corte Suprema de Chile para su mejor aplicación,²¹ el sistema de protección carece de suficientes mecanismos de revisión y supervisión efectivos de los derechos de los NNA sujetos a medidas de protección.

En particular, el sistema de protección especial de los derechos de los NNA exhibe dos déficits específicos en esta materia. De un lado, carece de un adecuado sistema global de revisión y supervisión de todas las medidas de protección adoptadas (no solo de aquellas que impliquen su ingreso al sistema residencial) en base a indicadores de derechos de los NNA, diseñados en conformidad a la CDN. De otro lado, los NNA no tienen acceso a un sistema de supervisión autónomo e independiente (*Ombudsperson* o *Defensor de la Infancia*), al que puedan acudir directamente, respecto de las medidas de protección adoptadas. En otras palabras, son las mismas instituciones que intervienen en el sistema de protección especial, sea por vía de la determinación de una medida (jueces) o en la ejecución de la misma (SENAME u organismos colaboradores privados), las que deben, a su vez, establecer si los derechos de los NNA han sido vulnerados en el contexto de dicha intervención.

20 Cfr. Art. 76 de la LTF: "Obligación de informar acerca del cumplimiento de las medidas adoptadas. El director del establecimiento, o el responsable del programa, en que se cumpla la medida adoptada tendrá la obligación de informar acerca del desarrollo de la misma, de la situación en que se encuentra el niño, niña o adolescente y de los avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos en la sentencia. Ese informe se evacuará cada tres meses, a menos que el juez señale un plazo mayor, con un máximo de seis meses, mediante resolución fundada.

En la ponderación de dichos informes, el juez se asesorará por uno o más miembros del consejo técnico".

Art. 78 de la LTF: "Obligación de visita de establecimientos residenciales. Los jueces de familia deberán visitar personalmente los establecimientos residenciales, existentes en su territorio jurisdiccional, en que se cumplan medidas de protección.

El director del establecimiento deberá facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada niño, niña o adolescente atendido en él. Asimismo, deberá facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión.

Las visitas de que trata el inciso anterior podrán efectuarse en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedan de seis meses entre una y otra, considerándose el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales.

Después de cada visita, el juez evacuará un informe que contendrá las conclusiones derivadas de la misma, el que será remitido al Servicio Nacional de Menores y al Ministerio de Justicia.

Existiendo más de un juez en el territorio jurisdiccional, las visitas deberán hacerse por turno, de acuerdo con el orden que determine el juez presidente del comité de jueces del juzgado de familia.

Sin perjuicio de las obligaciones señaladas en los incisos anteriores, los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, y en que se cumplan medidas de protección".

21 Cfr. Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Chile, "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". Contenido en el Acta 37-2014, de 14 de marzo de 2014.

e) **Desconexión de la protección especial de derechos de los NNA de un sistema integral de garantías de derechos**

Una de las deficiencias más importantes del sistema de protección especial de derechos de NNA en Chile, es que se encuentra desconectado de un sistema integral de garantías fuertemente anclado a nivel territorial o municipal.

En la actualidad, el sistema de protección especial de derechos de los NNA absorbe indebidamente un cúmulo de necesidades y carencias experimentadas por los propios NNA y sus familias, especialmente en el ámbito preventivo. Lo anterior importa una presión sobre la efectividad del sistema de protección especial, que se ve forzado a concentrar sus esfuerzos, a su vez, en el ámbito reactivo y reparador. En la medida que un sistema integral de garantías funcione pertinentemente, se previene la intervención especial de protección de derechos. Y ello debe ocurrir en el lugar donde viven los NNA: sus comunas o territorios.

La autoridad administrativa, particularmente en sede de protección integral, cumple una importante función de prevención de las situaciones de desprotección de derechos de NNA. Asimismo, corresponde primaria y principalmente a los servicios locales de la Administración la función de prevenir, valorar e intervenir coordinadamente en situaciones que podrían derivar en desprotección, de modo tal de otorgar una respuesta pertinente y sensible al contexto familiar y comunitario en el que los derechos de los NNA se desarrollan. Estas funciones, originalmente dadas a las Oficinas de Protección de Derechos (OPDs), no han podido ser desplegadas efectivamente a nivel municipal o local, lo que genera una indebida prevención y respuesta frente a hipótesis de amenaza o vulneración grave a los derechos de los NNA. Como se verá más adelante, este rol primario concedido a la Administración debiera ser debidamente complementado con una clara y eficaz función de control jurisdiccional por parte de los tribunales de justicia, especialmente cuando se trata de medidas que importen la separación del NNA de su medio familiar.

II PRINCIPIOS PARA UN REDISEÑO NORMATIVO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE

El presupuesto esencial del sistema de protección especial de derechos de NNA es respetar y efectivizar el principio de interés superior del niño. Conforme a la doctrina especializada, y considerando los estándares internacionales de Derechos Humanos en la materia, podemos decir que el interés superior del niño se satisface, en sede de protección especial, respetando los siguientes principios:

- Protección reforzada del derecho de los NNA a su vida familiar
- Legalidad de las medidas de protección
- Necesidad y proporcionalidad de las medidas de protección
- Temporalidad de las medidas de protección
- Derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos de protección
- Supervisión autónoma de las medidas de protección
- Especialización y diligencia excepcional en la dictación, supervisión y revisión de las medidas de protección
- Integralidad de la intervención en materia de protección especial: reforzamiento del rol de la Administración

A continuación se desarrollan el sentido y alcance de cada uno de estos principios, tanto en sus aspectos dogmáticos, como legislativos y jurisprudenciales.

1. PROTECCIÓN REFORZADA DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SU VIDA FAMILIAR

El sistema de protección especial debe tener como eje central la protección de los derechos de los NNA, de una manera compatible con el goce del derecho a la vida familiar. Este derecho 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 Arts. 5, 18, 19, 20 y 27

de la CDN; del Art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; del Art. 15 del Protocolo de San Salvador y; del Art. 11 letra b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

Las normas anteriores reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que ella cumpla la función de cuidado del NNA y que, en consecuencia, puede y debe intervenir solo cuando ella falle en este cometido y siempre que se cumpla con las exigencias del Derecho y dentro de los límites previstos en él²².

La normativa internacional eleva los estándares de exigencia en la intervención, reforzando la vigencia del derecho a la vida familiar, toda vez que conlleve separar al NNA de su familia. Así, una medida de esta naturaleza debe ser la última alternativa de intervención disponible y estar autorizada por la satisfacción del interés superior del NNA. La Directriz N° 3 sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños es meridianamente clara en este aspecto: “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 permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella (...)”²³.

En el sistema regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que ella debe ser protegida por la sociedad y el Estado;²⁴ agregando que “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

22 Cfr. Lázaro, Isabel, “Intervención pública en la protección de menores y respeto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo”, en *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, pp. 263 y 265.

23 Contendida en la Resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General N°64/142-2009 (énfasis añadido).

24 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 del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”²⁵.

Esta Corte ha señalado también 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”²⁶.

A su vez, al decidir sobre supuestas violaciones del derecho a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 esta medida debe ser considerada como temporal, por lo cual se le 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 padres²⁷.

Por último, el mismo Tribunal ha reiterado recientemente esta interpretación del derecho a la vida familiar, valorando equilibradamente los intereses envueltos. Así, ha señalado que el juez debe conceder particular importancia al interés superior del niño, el que, dependiendo de la naturaleza y gravedad de la situación, puede superponerse al interés del progenitor²⁸. Asimismo, ha afirmado que la toma a su cargo de un niño por la autoridad pública no pone fin a sus relaciones familiares naturales, debiendo propenderse a la reintegración en su familia²⁹.

1.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno

La Constitución Política de la República de Chile reconoce a la familia “como el núcleo fundamental de la sociedad”³⁰. A pesar de ello, la legislación chilena no contiene en sede de protección especial una norma general que garantice el derecho del NNA a vivir en familia, sino que solo se refiere a este derecho con ocasión de la medida que implica la separación del NNA de ella.

25 Corte IDH, Caso *Masacres de Río Negro versus Guatemala* (2012), Párrafo 145.

26 Corte IDH, Caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) versus Costa Rica* (2012), Párrafo 145. En este mismo sentido, *Vid.* Corte IDH, Caso *Vélez Restrepo y Familiares versus Colombia* (2012), Párrafo 225. En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado: “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”. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, punto 5 del Párrafo 137.

27 TEDH, *P., C. and S. versus United Kingdom* (2002), Párrafos 116 y 117.

28 TEDH, *Johansen versus Noruega* (1996), Párrafo 78.

29 TEDH, *Couillard Maugery versus Francia* (2004), Párrafo 270.

30 Constitución Política de la República de Chile, Art. 1 Inc. 2º.

Así, conforme al inciso segundo del Art. 30 de la LM, si la medida de protección es la del ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto 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 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.

Por último, el Art. 74 LTF establece en términos similares que solo cuando sea *estrictamente necesario* para salvaguardar los derechos del NNA, y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que el NNA tenga una relación de confianza y, solo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección; agregando que la resolución que disponga la medida deberá ser fundada.

Como se puede advertir, el derecho a la vida familiar de los NNA se encuentra reconocido en la legislación solo en relación a las medidas que implican su separación del medio familiar. A pesar de ello, y como se ha indicado antes, la separación del NNA de su familia (sea al sistema residencial o sea a un programa de acogimiento) sigue constituyendo una práctica ampliamente extendida en el contexto de la adopción de medidas de protección. Esto es, sin perjuicio de la existencia de normas expresas que califican la separación del medio familiar como una extrema excepción (Art. 30 LM y Art. 74 LTF), el sistema judicial chileno ha hecho uso de esta medida de un modo extensivo. A su vez, una vez dictadas las medidas que implican separación, no existe obligación legal de fortalecer paralelamente el medio familiar y comunitario para facilitar el pronto retorno de los NNA.

Por otra parte, el legislador chileno no reconoce expresamente la necesidad de diseñar, ejecutar y evaluar las demás medidas de protección que no impliquen separación (Art. 30 Nº 1 LM), de modo tal que ellas fortalezcan el ámbito familiar y comunitario del NNA. Dadas las fuertes relaciones de dependencia de los NNA con su contexto familiar y comunitario, resulta indispensable que toda medida destinada a prevenir o restaurar sus derechos fortalezca las capacidades y habilidades de su medio familiar. El derecho a la vida familiar y la protección individual de otros derechos del niño van de la mano.

1.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

Diversos ordenamientos jurídicos comparados reconocen y protegen el derecho a la vida familiar, tanto del NNA como de los integrantes de su familia. Este propósito se advierte en el espíritu de diversos cuerpos legales, como en el texto de sus leyes³¹.

En especial, la legislación de Brasil consagra el derecho del NNA a vivir en familia en el Capítulo III del Título II del Estatuto del Niño y el Adolescente, sobre el “derecho a la convivencia familiar y comunitaria”, estableciendo que todo NNA tiene derecho a ser criado y educado en su familia, y excepcionalmente en una familia sustituta, y a que se le asegure una convivencia familiar y comunitaria³².

La participación de la familia, y en especial del NNA a través del ejercicio de su derecho a ser oído, está estrechamente relacionada con el debido proceso y la naturaleza restitutiva de derechos que debe revestir el sistema de protección especial. En cuanto a la intervención en y para la familia, la intervención temprana en el conflicto y la prevención de situaciones de riesgo de negligencia y abuso, requieren la utilización de mecanismos centrados en las familias y en la anticipación de potenciales problemas.

Al respecto, algunos modelos de intervención comparados, en casos de abuso y negligencia respecto de NNA, se centran en la “protección” del niño, o bien en “servicios” orientados a la familia. El primero de estos sistemas predomina en países como Estados Unidos, Canadá y Reino Unido, y tienden a concentrar los esfuerzos en respuestas ante situaciones de “crisis”³³. La experiencia vivida en el pasado en países como Suecia, demuestra que este sistema de “protección” redundó en un alto número de NNA alejados de sus familias. En cambio, el segundo modelo, dominante en Dinamarca, Finlandia, Alemania, Bélgica, Holanda y Suecia en la actualidad, intenta canalizar los recursos en la provisión de condiciones para la familia, de manera de reducir el surgimiento de las “crisis” que la vulneración de derechos de NNA produce. De esta forma, resulta claro que una intervención temprana en

31 Es el caso de Argentina: Arts. 11 incisos 2 y final, 37 y 41 de la Ley 26.061; Colombia: Art. 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia; España: Art. 11.2 letra b) de la Ley 1/1996; Francia: Art. 371-4 inciso 1° del Código Civil; México: Arts. 3 letra D, 4, 23 y siguientes de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Federal); y de Perú: Art. 8 del Código de los Niños y Adolescentes. En el Reino Unido no se observa garantía de este derecho en el texto expreso de la ley, aunque sí en su espíritu.

32 Art. 19: “Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

33 Cfr. Broadhurst, Karen and Harwin, Judith, “Child welfare and child protection policy in England and Wales”, en Eekelaar, John (edited by), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, Oxford, 2014, p. 250. Las autoras afirman que el modelo inglés está desplazándose hacia el segundo de estos sistemas.

el conflicto y la prevención de situaciones de riesgo requieren la utilización de mecanismos centrados en las familias y en la anticipación de potenciales problemas³⁴.

En materia de participación familiar y del NNA, la gran parte de los ordenamientos jurídicos modernos desarrollan estos principios. En general, la aplicación de las medidas de protección de derechos del NNA prevé una intervención primaria en su contexto familiar, sea para evaluarlo como para determinar medidas dirigidas a los adultos responsables de su cuidado. En este sentido, cabe mencionar la existencia de mecanismos que tienden a reforzar las habilidades parentales, como, asimismo, aquellos destinados a informar y orientar a los miembros significativos del entorno del NNA. En particular, se observa que el legislador propicia que las medidas de protección sean acordadas con la familia del NNA, estimulando la conciliación entre sus miembros.

Así, por ejemplo, en Argentina, una vez que el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos toma conocimiento de la denuncia de vulneración o amenaza de derechos de un NNA, debe citar tanto al NNA como a sus familiares o responsables a una audiencia con el equipo técnico de dicho servicio. En ella se debe poner en conocimiento de los citados la denuncia recepcionada, la forma de funcionamiento del Sistema de Protección y Promoción de Derechos, los programas existentes para solucionar el problema y sus formas de ejecución, las consecuencias esperadas, los derechos de que goza el niño, el plan de seguimiento y el carácter consensuado de la decisión que se adopte³⁵.

Argentina,³⁶ Brasil,³⁷ Colombia,³⁸ España,³⁹ Francia,⁴⁰ México,⁴¹ y Perú⁴² desarrollan ampliamente la participación familiar, estableciendo los mecanismos que tienden a la superación de circunstancias familiares, además de los sistemas de apoyo y educación en la crianza, y en algunos casos económicos, siempre teniendo en consideración el derecho del NNA a ser oído y a participar de todas las decisiones que le afecten.

34 *Ibidem*.

35 Arts. 35 y 41 letra a) de la Ley 26.061; arts. 7 inciso 2° y 34 de la Ley 13.298.

36 *Ibidem*.

37 Art. 94 N°V del Estatuto del Niño y el Adolescente.

38 Art. 26 inciso 2°, 53 párrafo 1°, 56, 79 y siguientes, Arts. 105 y 107 párrafo 2° del Código de la Infancia y Adolescencia.

39 Art. 22 de la Ley 1/1996.

40 Arts. L221-1 letra a) del Código de la Familia y la Asistencia Social.

41 Art. 24 y Capítulo Décimo Tercero de la Ley Federal.

42 Arts. 9 y 146 del Código de los Niños y Adolescentes.

1.3 Recomendaciones

El sistema normativo chileno debe garantizar expresamente y con carácter general el derecho del NNA a vivir en familia. El principio de protección de la vida familiar del NNA en sede de protección especial enfatiza que el elemento esencial de la intervención pública a través de todas y cada una de las medidas de protección debe asegurar la evaluación, contextualización y reparación del derecho vulnerado o amenazado en el propio entorno familiar del NNA. Asimismo, en caso de ser necesaria la separación del NNA de su familia, las medidas de protección deben encaminarse al pronto retorno de dicho NNA a su contexto familiar. Por último, el diagnóstico y el diseño de todo mecanismo y programa de intervención deben considerar la situación del grupo familiar y social en que el NNA vive y se desenvuelve. El principio fundamental en esta materia es el de proteger los derechos del NNA, a la vez que fortalecer las competencias, habilidades y contextos familiares y comunitarios en que vive.

2. LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

El principio de legalidad implica que la medida de protección de derechos del NNA que se adopte debe respetar estrictamente los términos que la hacen procedente. En especial, el principio de legalidad se manifiesta por medio de una precisa identificación del *supuesto de hecho* de la medida de protección. En otras palabras, lo que se requiere es que el supuesto de hecho que habilita la interposición de la medida de protección tenga contornos claros y precisos⁴³.

Así entendido, el principio de legalidad constituye una de las más importantes garantías primarias que asisten a los NNA. Toda vez que la aplicación de una medida de protección a favor de un NNA importará la restricción de otros derechos distintos de los que se busca cautelar, el legislador debe precisar estrictamente aquellas hipótesis de hecho que habilitarán su dictación. De no ser este el caso, los NNA (y sus familiares) se verían expuestos a una afectación ilegítima de sus derechos constitucionales y convencionales (CDN).

43 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que estas condiciones deben estar establecidas por una norma con rango de ley. Cfr. Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, p. 101. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2014].

2.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno

En cuanto a la existencia del principio de legalidad en el sistema jurídico chileno, cabe alertar que la normativa vigente no establece un supuesto de hecho de aplicación de medidas de protección suficientemente determinado. En efecto, el Art. 30 de la LM solo establece que en los casos previstos en el Art. 8 N° 7 de la LTF podrán decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los “(...) menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (...)”. En otras palabras, esta norma sustantiva no precisa las hipótesis de hecho que habilitan la dictación de una medida de protección en caso de vulneración o amenaza.

A su vez, la legislación chilena afecta adicionalmente el principio de legalidad, al no contar con un elenco taxativo de medidas de protección. En efecto, el Art. 30 de la LM establece que, en los casos previstos en el Art. 8 número 7 de la TLF (“todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”), el juez podrá decretar las *medidas que sean necesarias* para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. El mismo artículo establece que, *en particular*, el juez podrá:

- 1) *disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;*
- 2) *disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.*

Al utilizar el vocablo “en particular”, el Art. 30 de la LM solo sugiere al juez que preste especial atención a aquellas medidas establecidas en los números 1 y 2 del mismo artículo. Sin embargo, la textura abierta de dicho artículo faculta al juez a dictar cualquier otra medida que estime “necesaria” para proteger los derechos del NNA que hayan sido vulnerados o amenazados. Ello afecta la certeza jurídica que debe regir las hipótesis de intervención en la vida familiar en general y en los derechos de los NNA en particular.

Un eventual aumento en el número de medidas de protección a favor de los NNA, con el objeto de dotar de mayor espacio para intervenciones adecuadas en base a criterios de necesidad y proporcionalidad, no debe afectar la plena aplicación del principio de legalidad, como garantía primaria a favor de los NNA. Consecuentemente, el catálogo de medidas de protección a favor de los NNA, en el contexto de un futuro marco normativo en Chile,

debiera ser idealmente taxativo. Al importar una restricción a los derechos de los NNA y de los adultos, el legislador debe precisar estrictamente el catálogo de medidas de protección, a fin de evitar un discrecional uso de medidas coactivas, en el marco de un sistema de garantías a los derechos fundamentales (tanto de los NNA como de sus familiares).

2.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

En lo que dice relación con el cumplimiento de la legalidad de la medida de protección, en la mayoría de las legislaciones más modernas, el supuesto de hecho de la aplicación de la medida está determinado por la vulneración de derechos del NNA o la amenaza de vulneración de derechos del NNA⁴⁴.

En el sistema inglés, las medidas de protección son procedentes cuando: a) se estima que el solicitante tiene una sospecha fundada de que el NNA está sufriendo un daño importante o que es muy probable que lo sufra (medida de evaluación);⁴⁵ b) la evaluación del NNA sea necesaria para determinar si se ha producido este daño o si es probable que lo sufra; o bien, c) cuando no sea posible realizar la evaluación, o esta resulte positiva (en este caso procede una orden de protección de urgencia)⁴⁶. Asimismo, el NNA podrá ser apartado de su hogar, de acuerdo a las instrucciones de la orden de evaluación, solo si esto es necesario de acuerdo a los objetivos de la misma⁴⁷.

44 En algunas de estas normativas el enunciado que lo contiene es más genérico, como es el caso de México, y en otras es más específico, como la ley argentina, que exige que la vulneración o amenaza esté comprobada; o la brasileña, que establece expresamente que la acción u omisión de amenaza o que vulnera los derechos del NNA reconocidos en la ley pueden provenir sea de la sociedad, del Estado, por falta o abuso de los padres o responsables del niño, o bien, en virtud de la propia conducta del NNA. Cfr. Art. 21 de la Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (México); Art. 35 de la Ley 26.061 (Argentina); Art. 98 del Estatuto del Niño y el Adolescente (Brasil).

45 Sección 43 de Children Act 1989: "Child assessment orders. On the application of a local authority or authorised person for an order to be made under this section with respect to a child, the court may make the order if, but only if, it is satisfied that— (a) the applicant has reasonable cause to suspect that the child is suffering, or is likely to suffer, significant harm; (b) an assessment of the state of the child's health or development, or of the way in which he has been treated, is required to enable the applicant to determine whether or not the child is suffering, or is likely to suffer, significant harm; and (c) it is unlikely that such an assessment will be made, or be satisfactory, in the absence of an order under this section".

46 Secciones 44, 44A, 44B, y 45 de Children Act 1989. Sección 44: "Orders for emergency protection of children. Where any person ("the applicant") applies to the court for an order to be made under this section with respect to a child, the court may make the order if, but only if, it is satisfied that— (a) there is reasonable cause to believe that the child is likely to suffer significant harm if— (i) he is not removed to accommodation provided by or on behalf of the applicant; or (ii) he does not remain in the place in which he is then being accommodated; (b) in the case of an application made by a local authority— (i) enquiries are being made with respect to the child under section 47(1)(b); and (ii) those enquiries are being frustrated by access to the child being unreasonably refused to a person authorised to seek access and that the applicant has reasonable cause to believe that access to the child is required as a matter of urgency; or (c) in the case of an application made by an authorised person— (i) the applicant has reasonable cause to suspect that a child is suffering, or is likely to suffer, significant harm; (ii) the applicant is making enquiries with respect to the child's welfare; and (iii) those enquiries are being frustrated by access to the child being unreasonably refused to a person authorised to seek access and the applicant has reasonable cause to believe that access to the child is required as a matter of urgency".

47 Subsección 43 (9) de Children Act 1989: "The child may only be kept away from home—(a) in accordance with directions specified in the order; (b) if it is necessary for the purposes of the assessment; and (c) for such period or periods as may be specified in the order".

En Francia, las medidas de protección pueden adoptarse en caso de peligro del NNA, o “si las condiciones de su educación estuvieran seriamente comprometidas”⁴⁸.

En el mismo sentido, la legislación catalana diferencia entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo (y otras de daño particulares, como la violencia “machista” y la “mutilación femenina”⁴⁹). Un niño se encuentra en una situación de *riesgo* cuando su desarrollo y bienestar se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre y cuando para la protección efectiva del niño o el adolescente no sea necesaria la separación del núcleo familiar. Por su parte, un niño se encuentra en situación de *desamparo* cuando esté en una situación de hecho en la que le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar⁵⁰.

La relevancia de la legislación catalana estriba en el nivel de precisión del supuesto de hecho que habilita la dictación de una medida de protección (en base a las dos hipótesis genéricas de riesgo y desamparo). Así, el legislador catalán, dispone:

Art. 102. Definición y concepto.

1. A los efectos de lo establecido por la presente Ley, se entiende por situación de riesgo la situación en la que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre y del núcleo familiar.

2. Son situaciones de riesgo:

a) La falta de atención física o psíquica del niño o el adolescente por parte de los progenitores, o por los titulares de la tutela o de la guarda, que comporte un perjuicio leve para la salud física o emocional del niño o el adolescente.

b) La dificultad grave para dispensar la atención física y psíquica adecuada al niño o al adolescente por parte de los progenitores o de los titulares de la tutela o de la guarda.

48 Art. 375 del Código Civil: “Si la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado estuvieran en peligro, o si las condiciones de su educación estuvieran seriamente comprometidas, podrán ser ordenadas judicialmente medidas de asistencia educativa a instancia de sus padres conjuntamente, o de uno de ellos, de la persona o del servicio a quien el hijo hubiera sido confiado o del tutor, del propio menor o del Ministerio Público. El juez podrá quedar encargado de oficio a título excepcional. Podrán ser ordenadas al mismo tiempo para varios hijos que dependieran de la misma patria potestad. La resolución fijará la duración de la medida sin que ésta pueda, cuando se trate de una medida educativa ejercida por un servicio o una institución, exceder de dos años. La medida podrá ser renovada mediante resolución motivada”.

49 Art. 76 de la Ley 14/2010 (Prevención de la ablación o la mutilación genital de las niñas y las adolescentes).

50 En el derecho nacional español también se distingue entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo. Cfr. Arts. 12, 17 y 18 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 1996.

c) La utilización, por parte de los progenitores o por los titulares de la tutela o de la guarda, del castigo físico o emocional sobre el niño o el adolescente que, sin constituir un episodio grave o un patrón crónico de violencia, perjudique su desarrollo.

d) Las carencias que, por no poder ser adecuadamente compensadas en el ámbito familiar, ni impulsadas desde este mismo ámbito para su tratamiento mediante los servicios y recursos normalizados, puedan producir la marginación, la inadaptación o el desamparo del niño o el adolescente.

e) La falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo y el abandono escolar.

f) El conflicto abierto y crónico entre los progenitores, separados o no, cuando anteponen sus necesidades a las del niño o el adolescente.

g) La incapacidad o la imposibilidad de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de controlar la conducta del niño o el adolescente que provoque un peligro evidente de hacerse daño o de perjudicar a terceras personas.

h) Las prácticas discriminatorias, por parte de los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda, contra las niñas o las jóvenes, que conlleven un perjuicio para su bienestar y su salud mental y física, incluyendo el riesgo de sufrir la ablación o la mutilación genital femenina y la violencia ejercida contra ellas.

i) Cualquier otra circunstancia que, en caso de persistir, pueda evolucionar y derivar en el desamparo del niño o el adolescente⁵¹.

Art. 105. Concepto.

1. Se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar.

2. Son situaciones de desamparo:

a) El abandono.

b) Los maltratos físicos o psíquicos, los abusos sexuales, la explotación u otras situaciones de la misma naturaleza efectuadas por las personas a las que corresponde la guarda o que se han llevado a cabo con el conocimiento y la tolerancia de esas personas.

c) Los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal. A tales

51 Art. 102 de la Ley 14/2010.

efectos, se entiende por maltrato prenatal la falta de cuidado del propio cuerpo, consciente o inconsciente, o la ingestión de drogas o sustancias psicotrópicas por parte de la mujer durante el proceso de gestación, así como el producido indirectamente al recién nacido por parte de la persona que maltrata a la mujer en proceso de gestación.

d) El ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el niño o el adolescente.

e) El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, o de los titulares de la tutela o de la guarda, que repercuta gravemente en el desarrollo del niño o el adolescente.

f) El suministro al niño o al adolescente de drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia psicotrópica o tóxica realizado por las personas a las que corresponde la guarda o por otras personas con su conocimiento y tolerancia.

g) La inducción a la mendicidad, a la delincuencia o a la prostitución por parte de las personas encargadas de la guarda, o el ejercicio de estas actividades llevado a cabo con su consentimiento o tolerancia, así como cualquier forma de explotación económica.

h) La desatención física, psíquica o emocional grave o cronificada.

i) La violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo.

j) La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones.

k) Las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al niño o al adolescente de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad.

l) Cualquier otra situación de desatención o negligencia que atente contra la integridad física o psíquica del niño o el adolescente, o la existencia objetiva de otros factores que imposibiliten su desarrollo integral⁵².

Como puede advertirse, en las legislaciones citadas y a diferencia de la chilena, las hipótesis de hecho para la determinación de una medida de protección se encuentran debidamente precisadas por el legislador, reduciendo, de este modo, la aplicación discrecional de las mismas. Es así como el juez o quien dicte la medida correspondiente, debe identificar, fundadamente, la hipótesis de hecho descrita por el legislador.

2.3 Recomendaciones

Conforme al principio de legalidad, el órgano llamado a aplicar la medida de protección debe sujetarse estrictamente a los términos que ameritan su procedencia (hipótesis de hecho). Para la consecución de este fin, el supuesto de hecho de la medida de protección debe estar descrito de forma tal que no admita confusiones. En este sentido, debiese precisarse, en el texto de la ley, las diversas situaciones específicas que describen una amenaza o vulneración grave a los derechos de los NNA. A su vez, el catálogo de medidas de protección también debiera estar suficientemente precisado por el legislador, a través de un elenco taxativo de las mismas. Al importar una restricción a los derechos de los NNA y de los adultos, el legislador debe determinar estrictamente el catálogo de medidas de protección, a fin de evitar un discrecional uso de medidas coactivas, en el marco de un sistema de garantías a los derechos fundamentales.

3. NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Un sistema de protección especial de los derechos de los NNA cumple con la CDN no solo cuando las medidas de protección dictadas se basan en una auténtica vulneración o amenaza grave de derechos. Junto con lo anterior, la autoridad que determina la procedencia de la medida de protección, debe acreditar que la misma es, a la vez que legal, *necesaria en el caso concreto*, para el respeto de los derechos del NNA involucrado. Esto es, el órgano que dicta la medida de protección debe justificar que esa medida específica (y no cualquier otra), protege más derechos de los que restringe y que, al hacerlo, la medida se orienta eficazmente a la satisfacción de los derechos que pretende cautelar.

En otras palabras, la medida de protección no solo debe establecer la existencia de una hipótesis de hecho que habilita su dictación, sino que, a la vez, debe indicar que la intervención decretada es estrictamente necesaria para la consecución del fin proteccional que busca obtener. Como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en innumerables ocasiones y a propósito de los criterios para restringir derechos fundamentales:

[...] la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del(los) (otros) derecho(s) [...] ⁵³

De modo tal que la necesidad en la dictación y mantención de una medida de protección respecto de un NNA se relaciona directamente con el carácter *proporcional* de la misma: los medios escogidos para la protección del derecho gravemente amenazado o vulnerado no deben jamás sacrificar indebidamente otros derechos fundamentales involucrados. Esto significa que el fin legítimo de las medidas de protección y orientado a proteger, por ejemplo, la integridad física o psíquica del NNA, debe obtenerse por medios que no conculquen, restrinjan o suspendan desproporcionadamente otros intereses legítimos del propio NNA y/o de sus familiares (tales como el derecho a ser oído y tomado en cuenta, o el derecho a la vida familiar, entre otros).

3.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno

El ordenamiento jurídico chileno carece de una regla general referida a los principios de necesidad y proporcionalidad, aplicable al procedimiento proteccional. El único ejemplo de un incipiente reconocimiento de estos principios se advierte en el Art. 74 de la LTF, que dispone que la medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres "(...) solo procederá cuando sea *estrictamente necesario* para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada (...)". Sin embargo, esta disposición se refiere exclusivamente a las medidas de protección que impliquen separación del medio familiar.

Un correcto reconocimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad debiera importar una adecuada distinción entre diversos *estadios de intervención* respecto de los NNA amenazados o vulnerados en sus derechos. Dichos estadios de intervención permiten distinguir entre amenazas o vulneraciones a los derechos, en función de su gravedad. Así, es indispensable que, luego de haber verificado la hipótesis de hecho que habilita la intervención, el órgano competente seleccione la medida específica, en base a dos estadios de intervención:

- **Primer estadio:** dado por situaciones que no revisten alta gravedad y que permiten que la intervención se aplique en el propio contexto de vida (familia y comunidad) del NNA, previniendo una agudización de la vulneración o amenaza, a la vez que respetando proporcionalmente su derecho a vivir en familia. Para este primer estadio es indispensable contar con un catálogo de medidas de protección suficientemente

53 Cfr. Corte IDH, Caso *Ricardo Canese* (2004), Párrafo 96; Corte IDH, Caso *Palamara Iribarne* (2005), Párrafo 85; Corte IDH, Caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador* (2008), Párrafo 62.

amplio, particularmente focalizado en el desarrollo de las capacidades de las familias y contextos comunitarios en los que los NNA viven. Dado su carácter eminentemente preventivo, las medidas dictadas en el contexto del primer estadio de intervención debieran constituir la regla general. Su desplazamiento hacia otras medidas más intensas debiera estar claramente establecido como excepcional y sujeto a un estricto escrutinio de justificación, en base a los principios de necesidad y proporcionalidad.

- **Segundo estadio:** si la gravedad de la amenaza o vulneración a los derechos del NNA es de mayor intensidad, el órgano competente debe proveer al NNA un contexto de vida apropiado que lo aleje de la vulneración o amenaza. Este contexto de vida (que llamaremos acogimiento) puede ser transitorio, permanente, e incluso pre-adoptivo, conforme a las circunstancias concretas de desprotección. En todos los casos la medida en cuestión debe restringir *proporcionalmente* otros derechos del NNA, incluido su derecho a vivir en familia, lo que importa privilegiar modalidades de acogimiento “familiar” y no “residencial”. Lo anterior implica que el acogimiento debe ser prioritariamente familiar: el NNA debe ser ubicado en un espacio conformado preferentemente por una familia. A su vez, esta familia debe ser, en primer orden, la familia de origen del NNA. En el evento de no existir esta alternativa o de ser ella contraria al interés del NNA, debe evaluarse la pertinencia de un acogimiento familiar de segundo tipo, es decir, en una familia (o persona) con la que el NNA no tenga vínculo de parentesco o especial cercanía. Una vez agotado este nivel de intervención, y siempre que ello sea estrictamente necesario, podría recurrirse excepcionalmente al acogimiento residencial y evitando esta modalidad en la primera infancia.

En la medida que el legislador precise, de manera inequívoca, estos estadios de intervención, las medidas de protección a favor de los NNA pueden resultar más cercanas a la correcta aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad.

3.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

Una gran cantidad de ordenamientos jurídicos comparados establecen que las medidas de protección de derechos de NNA deben ser necesarias y proporcionales, debiendo dictarse a través de una resolución de carácter excepcional. Los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, aunque no en todos los casos con estas denominaciones, están consagrados tanto en las leyes de protección de derechos de NNA como en otros cuerpos normativos de menor jerarquía.

La idea de necesidad estricta en la intervención judicial ha sido reconocida por el legislador inglés a través del principio de “no intervención” (*no order principle*)⁵⁴. Conforme a este principio (que integra una de las dimensiones de la idea de interés superior de los NNA), los tribunales de justicia deben evitar adoptar medidas respecto de los NNA, salvo que se acredite estrictamente que ello resulta indispensable para mejorar su situación actual.

Algunos países latinoamericanos, junto con considerar siempre como excepcional la medida de protección que implique la separación del NNA, establecen que ella procede luego de haberse intentado otras medidas menos extremas. Por ejemplo, la legislación argentina señala la necesidad de considerar las medidas que importan separación de los NNA de sus familias como “excepcionales” y solo cuando hayan sido previamente implementadas otras que no generan tal efecto⁵⁵. Lo anterior permite reforzar el mandato legal de preferir medidas más proporcionales. Esta regla es seguida por la legislación peruana,⁵⁶ así como por la brasilera, que considera la medida de separación como provisoria y excepcional de transición para la reinserción familiar⁵⁷. Otras legislaciones, como las de España, México y Colombia, enuncian la necesidad y/o proporcionalidad de manera más general, sea como principios rectores (España⁵⁸), como criterio para separar a los NNA de sus familias (México⁵⁹), o dentro del reconocimiento del derecho a vivir en familia que les asiste (Colombia⁶⁰).

En la legislación comparada, los principios de necesidad y proporcionalidad se reconocen también a través de un catálogo amplio de medidas de protección. Este catálogo amplio de

54 “Where a court is considering whether or not to make one or more orders under this Act with respect to a child, it shall not make the order or any of the orders unless it considers that doing so would be better for the child than making no order at all.” Cfr. Children Act 1989, Section 1 (5).

55 Art. 40 Ley 26.061. En el Derecho argentino se contemplan dos tipos de medidas de protección: las denominadas “excepcionales” (Art. 39, Ley 20.061), que implican separación del NNA de su familia, y las que no tienen tal carácter (Art. 37, Ley 20.061). El Art. 37 de la Ley 26.061 enuncia de forma no taxativa las siguientes medidas: a) aquellas tendientes a que los NNA permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; c) asistencia integral a la embarazada; d) inclusión del NNA y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) cuidado del NNA 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 del NNA a través de un programa; f) tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del NNA o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; y g) asistencia económica.

56 Art. 8 inciso 3° de la Ley 27.337, Código de los Niños y Adolescentes.

57 Art. 31, Estatuto de Crianças y Adolescentes.

58 Art. 11 N°2 letra b) de la Ley 1/1996.

59 Art. 2 III del Acuerdo A/002/2009.

60 Art. 22 Código de la Infancia y la Adolescencia.

medidas da cuenta de la necesaria flexibilidad, pertinencia y conducencia que debe inspirar el diseño de un sistema de medidas de protección, en el marco de una intervención necesaria y proporcional de parte del Estado. La revisión de distintas legislaciones comparadas permite advertir, entre otras, las siguientes medidas de protección:

- evaluación del NNA y de su contexto familiar (en general);
- supervisión o vigilancia del ámbito en que se desenvuelve el NNA (en general);
- supervisión de la educación del NNA;
- amonestación hacia los padres o responsables del NNA, con asistencia obligatoria a cursos pedagógicos;
- retiro del NNA de la actividad que amenace o vulnere sus derechos con su consiguiente ubicación en programas de atención especializada para el restablecimiento de derechos;
- adopción de acciones policivas, administrativas o judiciales (en general);
- que el NNA se mantenga viviendo en su entorno familiar;
- que el NNA continúe siendo cuidado en su propio hogar aunque proveyendo orientación a los padres;
- exclusión de la “persona relevante” para el NNA (quien lo tiene bajo su cuidado o responsabilidad);
- entrega del NNA al padre o madre que no vive con él o que no ejerce la autoridad parental, o a otro miembro de la familia, o a un servicio sanitario o educativo;
- inclusión o permanencia del NNA en programas escolares;
- inclusión del NNA en programas de fortalecimiento familiar;
- orientación a los padres o responsables del NNA;
- inscripción y asistencia obligatoria a establecimientos educacionales;
- sometimiento a tratamientos médicos, psicológicos o psiquiátricos se trate de NNA como de sus padres;
- inclusión en programas de tratamiento de adicciones;
- entrega de becas de estudio o para asistencia a jardines infantiles o a programas de alfabetización;
- asistencia económica; y
- asistencia a embarazadas.

En especial, siendo procedente la separación del NNA de su entorno, los ordenamientos analizados contemplan medidas que, aunque son similares en su funcionamiento y

objetivos, presentan diversas denominaciones. En general se trata de programas de alternativa familiar⁶¹. Entre ellas, se encuentran:

- acogimiento en institución;
- colocación en programa de acogimiento familiar;
- permanencia temporal, excepcional y provisional en ámbitos familiares alternativos o en entidades de atención social y/o de salud;
- abrigo⁶²; y
- colocación en familia sustituta.

Asimismo, las medidas residenciales pueden combinarse con breves estancias en familias de acogida, como acoplamiento para una posterior constitución íntegra de la medida de colocación en familias de acogida⁶³. Estas serían, en general, las intervenciones previas a la adopción, institución concebida como la medida de protección de derechos más radical que puede proveer el ordenamiento jurídico, toda vez que implica el alejamiento definitivo de su núcleo familiar de origen.

Para el caso chileno, el catálogo de medidas existentes resulta ser insuficiente, impreciso y carente de estándares adecuados de satisfacción de derechos de los NNA. En este orden de cosas, el legislador debiera emprender una revisión sistemática de la pertinencia y calidad de cada una de las medidas de protección vigentes, en base al impacto concreto que ellas generan en la satisfacción de los derechos de los NNA y sus familias. A su vez, y en base a lo anterior, es esperable que el elenco de medidas de protección se amplíe, precise y dote de los recursos, estándares y sistemas de control que permitan dar seguridad, a los propios NNA y sus familias de que la intervención del Estado se encuentra justificada en conformidad a la CDN.

61 Estas medidas existen en Ecuador, Perú, Brasil y Uruguay. Las enumera Herrera, Marisa, “El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de crianza y educación de los hijos”, en Grosman, Cecilia (Dir.) y Herrera, Marisa (coord.), *Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 505-506. Asimismo, en España existen diversos tipos de hogares en donde ellas se llevan a cabo: hogares de primera acogida y de emergencia; hogares de convivencia familiar; hogares de preparación para la independencia de adolescentes; hogares y centro para adolescentes con problemas emocionales o conductuales. Cfr. Bravo, Amaia y Del Valle, Jorge, “Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil”, en *Papeles del Psicólogo*, 2009, vol. 30(1), p. 45.

62 El Art. 35 bis de la Ley 14.537, de la Provincia de Buenos Aires, establece que esta medida tiene por objeto “brindar al niño, niña o adolescente un ámbito alternativo al grupo de convivencia cuando en éste se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos, hasta tanto se evalúe la implementación de otras medidas tendientes a preservarlos o restituirlos”. Se trata de una medida de convivencia alternativa para la cual son considerados prioritarios la familia ampliada u otros miembros de la comunidad vinculados con el NNA.

63 Cfr. Viveros, Felipe, *Ejes fundamentales para un Sistema Integral de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia*, 2008, p. 35. Disponible en http://www.comunitarios.cl/www/attachments/758_Documento%201%20sistema%20Integral%20F.%20Viveros.pdf [fecha de consulta: 28 de julio de 2013]

3.3 Recomendaciones

La legislación chilena debe reconocer y precisar el sentido y alcance de los principios de necesidad y proporcionalidad en materia de protección especial de derechos de los NNA, y no solo en la hipótesis de separación del NNA de su entorno familiar. En particular, debe garantizarse que todas las medidas de protección procedan solo respecto de casos de auténtica y grave vulneración o amenaza de derechos (necesidad) y que, de ser ese el caso, la medida escogida restrinja, en la menor medida posible, otros derechos de los propios NNA y de sus familiares (proporcionalidad).

Con miras a obtener este objetivo, el legislador debiera precisar diversos estadios de intervención que orienten la adopción de medidas estrictamente proporcionales, en función de la intensidad de la gravedad de la amenaza o vulneración de derechos del caso. En este orden de cosas, el sistema de protección debiera establecer un claro mandato de maximización de aquellas medidas que permiten intervenir la vida personal y familiar de los NNA y sus familias, por medios estrictamente proporcionales (menos invasivos). Cuando la gravedad del caso lo amerite, y solo luego de una justificación estricta en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, se debiera recurrir a medidas excepcionales, que impliquen la separación de los NNA de sus familias. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la gravedad de la circunstancia de hecho habilite la separación de la familia, el sistema de protección debiera seguir teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad. Esto importará que deban preferirse, salvo excepciones calificadas fundadas en el interés superior del niño, medidas que fortalezcan el derecho de los NNA a la vida familiar (acogimiento familiar), en perjuicio de aquellas medidas de carácter residencial (acogimiento residencial).

4. TEMPORALIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La temporalidad de toda medida de protección dictada a favor de un NNA importa tres dimensiones fundamentales: a) al constituir una medida excepcional de intervención en la vida familiar, el legislador debe fijar plazos breves y determinados de toda medida de protección; b) la medida de protección de derechos del NNA debe suspenderse en cuanto la situación de vulneración o de amenaza haya cesado y; c) en caso de ser indispensable para el cumplimiento de sus fines, la medida de protección puede ser prorrogada, si y solo si, se ha justificado estrictamente su prolongación.

El respeto del principio de temporalidad redunda en el derecho del NNA y los adultos a la vida familiar. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que el paso del

tiempo puede tener efectos irreversibles en el equilibrio mental del niño, en tanto permanece en un estado de incertidumbre respecto a su destino final, sea en el seno de su familia de origen o de una familia de acogida⁶⁴.

4.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno

El principio de temporalidad de las medidas de protección no se encuentra debidamente reconocido por el sistema de protección especial chileno. En efecto, la legislación establece la obligación de señalar plazos solo respecto de resoluciones judiciales que ordenen medidas de protección que importan la separación del NNA de su familia (no así respecto del resto de las medidas de protección).

De acuerdo con el inciso tercero del Art. 30 de la LM, la medida de internación en un establecimiento de protección tiene 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 dicha revisión, el tribunal solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo. Asimismo, la medida de separación puede ser renovada en las mismas condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar⁶⁵.

4.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

Distintos sistemas de protección comparados establecen un límite breve de vigencia de la medida de protección. Por ejemplo, la legislación colombiana establece plazos determinados, de *ocho días* para la medida de protección de ubicación en hogar de paso, y de *seis meses* para la ubicación en hogar sustituto (ambas figuras reguladas en el Código de la Infancia y Adolescencia)⁶⁶. A su vez, la ley federal argentina no da un plazo determinado para la duración de la medida de protección, aunque el Decreto Reglamentario 415/2006 ha establecido que ella no podrá exceder de *noventa días*, prorrogables en caso que se mantengan las circunstancias que le dieron origen⁶⁷.

64 TEDH, *Bronda versus Italia* (1998), Párrafo 61. La Corte Europea ha considerado, también, que se viola el derecho a la vida familiar al no proveerse los medios necesarios para no comprometer, de manera definitiva, las posibilidades de renovar una relación entre los padres e hijos. TEDH, *E. P. versus Italia* (1999), Párrafo 69. Para la Corte, una interrupción prolongada de contactos entre los progenitores y los hijos o los encuentros demasiado espaciados en el tiempo, corren el peligro de comprometer toda posibilidad cierta de colaborar a superar las dificultades surgidas en la vida familiar. TEDH, *Roda y Bonfatti versus Italia* (2006), Párrafo 115.

65 Además, las medidas cautelares especiales que pueden adoptarse, de acuerdo con el Art. 71 LTF, no pueden durar más de *noventa días*.

66 Arts. 57 y 59 del Código de la Infancia y Adolescencia.

67 Art. 39 del Decreto 415/2006.

En el caso inglés, la ley reglamenta la duración máxima de las medidas de protección, indicando que las “órdenes de evaluación” no podrán exceder de *siete días*, y que las “medidas de protección de emergencia” no podrán exceder de *ocho días*. La misma legislación contempla la posibilidad de prórroga⁶⁸.

4.3 Recomendaciones

La legislación chilena debe consagrar la vigencia del principio de temporalidad de la protección especial de derechos de NNA de manera general, y no solo en hipótesis de separación del NNA de su entorno familiar. Ello significa que la ley debe fijar un plazo breve y determinado de duración de las medidas de protección, atendiendo al fin que se busca lograr con su aplicación. A su vez, el principio de temporalidad importa que la medida de protección debe suspenderse en cuanto la situación de vulneración o de amenaza haya cesado. Por último, el principio de temporalidad permite que, en caso de ser estrictamente necesario, la medida de protección pueda ser prorrogada, si y solo si, se justifica su prolongación en base a una revisión estricta de las circunstancias de hecho vigentes y de la conducencia de tal renovación.

5. DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PROTECCIÓN

Todos los procesos en los que se adopten decisiones que puedan afectar los derechos de los NNA, deben garantizar que estos sean oídos (directamente o por vía de un tercero que vele por sus derechos) y que su opinión sea tomada en cuenta⁶⁹. En los procedimientos de familia, el de-

68 Parte V, subsecciones 43 (5), 44A (4) y Sección 45 Children Act 1989.

Section 43 (5): “A child assessment order shall— (a) specify the date by which the assessment is to begin; and (b) have effect for such period, not exceeding 7 days beginning with that date, as may be specified in the order”.

Section 44A (4): “The court may provide that the exclusion requirement is to have effect for a shorter period than the other provisions of the order”.

Section 45: “Duration of emergency protection orders and other supplemental provisions. An emergency protection order shall have effect for such period, not exceeding eight days, as may be specified in the order.

Where— (a) the court making an emergency protection order would, but for this subsection, specify a period of eight days as the period for which the order is to have effect; but (b) the last of those eight days is a public holiday (that is to say, Christmas Day, Good Friday, a bank holiday or a Sunday), the court may specify a period which ends at noon on the first later day which is not such a holiday.

Where an emergency protection order is made on an application under section 46(7), the period of eight days mentioned in subsection (1) shall begin with the first day on which the child was taken into police protection under section 46”.

69 Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

recho del niño a ser oído implica que el NNA sea informado y orientado previamente al inicio del procedimiento; tenga acceso a la jurisdicción, especialmente en cuanto a la asistencia jurídica gratuita; su derecho a la defensa sea efectivo mediante el nombramiento de un letrado o, en su caso, defensor judicial; se le otorgue audiencia y sea oído por un equipo técnico adscrito al tribunal; y se proteja debidamente su intimidad y seguridad a través de decisiones referentes a audiencias no públicas y actuaciones reservadas⁷⁰.

Específicamente en el ámbito de los procedimientos de protección especial, el derecho de los NNA a ser oídos debe ser considerado tanto en la determinación de la aplicación de una medida especial de protección, para determinar el contenido de la misma, así como para su revisión, modificación y cese⁷¹. A los efectos de asegurar el derecho a la representación y a la defensa legal de los niños en el marco de los procesos de protección, es necesario regular la participación de los defensores en los procedimientos y asegurar la disponibilidad del servicio de defensa pública especializada y gratuita en todo el territorio, así como establecer los estándares de calidad del servicio⁷².

5.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno

Respecto al derecho de los NNA a ser *oídos directamente* por el tribunal, la LTF establece que en el procedimiento de protección especial de derechos del NNA, “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez”; agregando que podrá escucharlos en audiencias especiales, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica⁷³. Asimismo, permite que tal procedimiento se inicie a requerimiento del propio NNA,⁷⁴ y señala que este será informado en un lenguaje que le resulte comprensible⁷⁵.

70 Cfr. Arangüena, Coral, “La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales”, en Carpi y Ortells Ramos (edit.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol 2º, Universitat de Valencia, Valencia, 2008, pp. 155 a 164; citado por Serrano, Mercedes, “Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores”, en De Hoyos Sancho, Montserrat (coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.

71 Cfr. Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, p. 112. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2014].

72 *Ibid.*, p. 117.

73 Art. 69 LTF.

74 Art. 70 LTF.

75 Art. 72 inciso 2 LTF.

A su vez, en relación al derecho a ser *oído por medio de un representante*, el Art. 19 Inc. 2º de la LTF obliga a designar “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” (*curador ad litem*)⁷⁶.

Sin perjuicio de distintos esfuerzos desplegados por el Poder Judicial de Chile para garantizar de mejor manera el derecho del NNA a ser oído directamente en esta materia,⁷⁷ los NNA cuentan aún con una incipiente institucionalidad que les permita hacer efectivo este derecho. En este orden de cosas, resulta indispensable que el Estado de Chile asegure los recursos materiales y humanos que permitan la aplicación efectiva de aquellos estándares, reglas y protocolos que facilitan el ejercicio del derecho del NNA a ser oído, de un modo amigable y sensible a su especial vulnerabilidad⁷⁸.

A su vez, respecto de la representación de la opinión del NNA en los procedimientos de protección, la figura del *curador ad litem* resulta insuficiente para velar por sus derechos adecuadamente. Al ser nombrado a criterio del propio juez, no todo procedimiento de protección cuenta con un representante independiente de los derechos del NNA. A su vez, en aquellos casos en que el juez designa un *curador ad litem*, la falta de cobertura,

76 “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”.

77 Respecto de la disminución del efecto de la comparecencia en juicio para NNA, destacan el proyecto de instalación de “Cámaras Gesell” a nivel de tribunales de familia y de “Sala Especial para declaración de niños víctimas de delitos sexuales”, en materia penal.

78 Un buen ejemplo de estándares y consideraciones especiales para oír a los NNA en juicio se encuentra en el recientemente aprobado *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*, pp. 15-92, en: <https://www.scjn.gob.mx/Lists/BannerVerticalV2/Attachments/30/Protocolo%20Iberoamericano.pdf> [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2014]

especialización y dedicación exclusiva de esta figura, conspira en contra del rol protagónico que dicha representación debiera lograr⁷⁹.

A las deficiencias antes descritas, se suma el hecho de que los NNA carecen de mecanismos autónomos e independientes que les permitan ser oídos y tomados en cuenta en sede administrativa (frente al SENAME o a otras instancias de carácter administrativo y en las que se determinan sus derechos).

5.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

En derecho comparado, ordenamientos como el brasileño y catalán se refieren al derecho de los NNA a ser oídos directamente por el tribunal. Así, la normativa brasileña ordena que “el niño y el adolescente, por separado o en compañía de los padres, responsable o la persona que él indique, así como sus padres o representantes tienen derecho a ser escuchados y a participar en los actos en la definición de la medida de promoción de derechos y de protección, siendo sus opiniones debidamente consideradas (...)”⁸⁰. En Cataluña, la ley establece que: “2. Los niños y los adolescentes pueden manifestar su opinión por sí mismos o mediante la persona que designen. 3. En el ejercicio del derecho a ser escuchado deben respetarse las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación”⁸¹.

A su vez, el sistema inglés contempla la obligación de informar al niño, considerarlo e incluso reconocerle el derecho a rechazar las evaluaciones médicas o siquiátricas que se hayan ordenado a su respecto⁸².

79 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, “Informe final estudio ‘niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia’”, 2010, p. 135. Disponible en http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=8 [consultada el 28 de julio de 2013]. En este documento puede encontrarse un análisis general del reconocimiento del derecho del NNA a ser oído en Tribunales de Familia.

80 Número XII del Párrafo Único del Art. 100 del Estatuto del Niño y el Adolescente de 13 de julio de 1990 (Ley N° 8.069).

81 Art. 7 de la Ley 14/2010.

82 Parte V, Subsecciones 43 (8), 46 (3) (c) y (d) Children Act 1989.

Sección 43 (8): “Regardless of subsection (7), if the child is of sufficient understanding to make an informed decision he may refuse to submit to a medical or psychiatric examination or other assessment.”

Sección 46 (3): “As soon as is reasonably practicable after taking a child into police protection, the constable concerned shall— (c) inform the child (if he appears capable of understanding)—

(i) of the steps that have been taken with respect to him under this section and of the reasons for taking them; and

(ii) of the further steps that may be taken with respect to him under this section;

(d) take such steps as are reasonably practicable to discover the wishes and feelings of the child”.

En cuanto al derecho a ser *oído por medio de un representante*, diversos ordenamientos consagran figuras de representación judicial de los intereses de los NNA, garantizando, de este modo, su debido proceso⁸³. En algunos países (Argentina⁸⁴ y Perú⁸⁵), la ley regula las figuras del Defensor del Niño y del Abogado/a representante del Niño en forma separada. En Colombia y México, en cambio, se trata de una sola institución que desempeña ambas funciones (Defensoría de la Familia en Colombia⁸⁶ y Defensoría de los Derechos de la Infancia en México⁸⁷). Brasil solo cuenta con la figura del curador especial, que representa los intereses del NNA cuando estos colisionen con los de sus padres o responsables,⁸⁸ al igual que el Código Civil español⁸⁹.

5.3 Recomendaciones

Chile debe adoptar mecanismos que hagan efectiva la participación del NNA en todos los procedimientos en que sus derechos puedan verse afectados. Esa participación debe ser del propio NNA, sea que la ejerza directamente o a través de un representante designado al efecto. Lo anterior implica una profunda modificación al estado actual del derecho de los NNA a ejercer su derecho a ser oídos y tomados en cuenta, de manera independiente a los intereses de sus adultos responsables. El NNA debe ser oído en todas las actuaciones que se desarrollen en el marco de un procedimiento de protección especial, es decir, tanto en la determinación, contenido, revisión, modificación y cese de la medida de protección. Asimismo, deben reconocerse y garantizarse facultades procesales específicas para hacer efectivo su derecho al debido proceso. Ese derecho a ser oído y tomado en cuenta no solo debe ser efectivo en el ámbito judicial, sino también a nivel administrativo, sea directamente frente a la Administración, como frente a instituciones privadas que ejerzan funciones protectorales. En todo caso, debe garantizarse no solo la existencia formal del acceso y de la representación del NNA, sino la calidad, pertinencia y adecuación de los mecanismos destinados a efectivizar el derecho a ser oído y tomado en cuenta.

83 En la mayoría de los casos debe ser un abogado/a especializado en la materia. Sin embargo, en otros, como Francia, se trata del defensor de turno, esto es, un letrado que no necesariamente tendrá la idoneidad profesional, para representar a un NNA.

84 Arts. 47 y siguientes de la Ley 26.061.

85 Defensoría del Niño y del Adolescente.

86 Arts. 79 y siguientes del Código de la Infancia y la Adolescencia.

87 Art. 7 de la Ley para el Distrito Federal.

88 Arts. 141 y siguientes del Estatuto del Niño y Adolescente.

89 Art. 299 del Código Civil español.

6. SUPERVISIÓN AUTÓNOMA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La supervisión autónoma se orienta hacia la verificación de la satisfacción de todos los derechos de los NNA, en el contexto de la aplicación de una medida de protección (excepcional o no excepcional). En particular, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de los estándares que ha establecido el ordenamiento nacional e internacional para la aplicación de las medidas de protección de derechos del NNA. Sus competencias se relacionan con el control de observancia de los principios que se han desarrollado en este estudio, así como de las condiciones materiales en que se encuentra el NNA sujeto a tal medida.

Como ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es importante que los sistemas de protección cuenten con mecanismos de supervisión de las medidas de protección a cargo de una autoridad autónoma, como podría serlo una Defensoría de los Derechos del Niño o de la Niñez, con atribuciones que incluyan la denuncia ante la autoridad administrativa y judicial competente de las falencias generales del sistema de protección especial de derechos de NNA, así como la situación particular de cada NNA sujeto a medida de protección de sus derechos⁹⁰. En los casos en que el NNA ha sido separado de su familia, y conforme a lo dispuesto por las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, la supervisión debiera realizarse, a lo menos, *cada tres meses*⁹¹ (e idealmente menos, en la medida que se reduzca dramáticamente el plazo de las órdenes que ameritan separación del medio familiar).

90 En efecto, en armonía con la Directriz 130 sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, sin perjuicio de la supervisión que realicen las autoridades administrativas en cuanto al funcionamiento de las instituciones que acogen NNA, es importante establecer un sistema adicional y periódico de inspecciones y visitas por parte de un mecanismo de control independiente. Esto constituye una garantía adicional idónea para supervisar la adecuada protección y cuidado de los NNA que se encuentran acogidos en esos lugares. Cfr. Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, p. 159. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2014].

91 Directriz 67: “Los Estados deberían garantizar el derecho de todo niño en acogimiento temporal a la revisión periódica y minuciosa —preferiblemente cada tres meses por lo menos— de la idoneidad del cuidado y tratamiento que se le da, teniendo en cuenta sobre todo su desarrollo personal y cualquier variación de sus necesidades, los cambios en su entorno familiar y si, en vista de lo anterior, la modalidad de acogimiento sigue siendo necesaria y adecuada. La revisión debería estar a cargo de personas debidamente calificadas y habilitadas e implicar plenamente al niño y a todas las personas importantes en su vida”. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/64/434)] 64/142, Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños.

6.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno

En materia de supervisión, la legislación chilena obliga a los jueces de familia a visitar personalmente los establecimientos residenciales existentes en su territorio jurisdiccional en que se cumplan medidas de protección (en general, no solo de las que ellos ordenan)⁹².

En concordancia con ello, la LTF obliga a informar acerca del cumplimiento de las medidas adoptadas, señalando que el director del establecimiento, o el responsable del programa en que se cumpla la medida adoptada, tendrá la obligación de informar acerca del desarrollo de la misma, de la situación en que se encuentra el NNA y de los avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos en la sentencia. Este informe debe evacuarse cada *tres meses*, a menos que el juez señale un plazo mayor, con un máximo de *seis meses* mediante resolución fundada⁹³.

Respecto del rol de la Administración, la legislación vigente es poco clara respecto a las funciones administrativas de supervisión. Hasta el presente, el SENAME ha concentrado históricamente sus funciones en la supervisión “técnica y financiera”⁹⁴ de los programas bajo su control, y no, en cambio, en una supervisión de derechos de los NNA en el sistema de protección⁹⁵.

En suma, el sistema jurídico chileno parece contar con algunas normas respecto a la obligación de visita judicial y supervisión judicial, así como un mandato legal débil respecto a la supervisión de derechos, por parte de SENAME. En todo caso, ni en uno ni en otro caso, la ley es precisa y clara sobre el objetivo, características y estándares que deben cumplir los mecanismos de supervisión de los derechos de los NNA sujetos a una medida de protección.

92 El art. 78 LTF agrega que “(...) El director del establecimiento deberá facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada niño, niña o adolescente atendido en él. Asimismo, deberá facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión.

Las visitas de que trata el inciso anterior podrán efectuarse en cualquier momento, dentro de lapsos que no excedan de seis meses entre una y otra, considerándose el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales.

Después de cada visita, el juez evacuará un informe que contendrá las conclusiones derivadas de la misma, el que será remitido al Servicio Nacional de Menores y al Ministerio de Justicia.

Existiendo más de un juez en el territorio jurisdiccional, las visitas deberán hacerse por turno, de acuerdo con el orden que determine el juez presidente del comité de jueces del juzgado de familia.

Sin perjuicio de las obligaciones señaladas en los incisos anteriores, los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, y en que se cumplan medidas de protección”.

93 Art. 76 LTF.

94 Cfr. Art. 1, inc. 1º del Decreto Ley 2465, de enero de 1979, que crea el Servicio Nacional de Menores.

95 El Art. 13 de la Ley 20.032 se refiere someramente a la supervisión por parte de SENAME, al establecer que “los colaboradores acreditados deberán llevar un registro general de las solicitudes y atenciones realizadas y de otros hechos relevantes, que será de libre acceso para la Dirección Regional y para el supervisor del SENAME respectivos”, agregando que un Reglamento determinará los contenidos de dicho registro (contenido en el Decreto Supremo N° 356 de 1980, publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1980, Reglamento del Servicio Nacional de Menores).

Es por tal razón, que han sido la práctica judicial y la administrativa, las que han intentado suplir dicha orientación, a través de proyectos piloto (Ministerio de Justicia-SENAME) o de auto-regulaciones para orientar la función judicial (Corte Suprema).

A su vez, la legislación chilena no establece un órgano autónomo de supervisión, independiente del propio órgano del Estado que ordena las medidas (Poder Judicial) y de aquel organismo administrativo (o privado) que las ejecuta (SENAME u organismos colaboradores privados). Lo anterior no parece acorde con la verificación independiente de los derechos de los NNA, en conformidad a lo que ha dispuesto el Comité de los Derechos del Niño respecto a las instituciones independientes de defensa de los derechos de los NNA⁹⁶.

6.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

Distintos ordenamientos jurídicos comparados establecen organismos autónomos de supervisión de las medidas de protección adoptadas por la autoridad competente. Así, el Código de la Familia y la Asistencia Social de Francia señala que los organismos responsables de la supervisión de la protección especial brindada (tutela) por el Estado son sus respectivos representantes a nivel local (departamento)⁹⁷. Asimismo, en este país, el juez puede, por sí mismo o mediante funcionario, visitar al NNA que fuera objeto de una medida de internamiento, como también delegar su competencia al juez del lugar donde el niño haya sido internado en forma voluntaria o por resolución judicial⁹⁸. Por su parte, la propia institución encargada del cumplimiento de la medida debe remitir al juez competente, un informe sobre la situación actualizada del niño, de acuerdo a la periodicidad fijada por el juez y, en su defecto, en forma *anual*⁹⁹.

A su vez, la legislación de protección integral a la infancia en Argentina crea la figura del Defensor de la Infancia, reconociendo como una de sus funciones esenciales, la de:

Supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las niñas, niños o adolescentes, sea albergándolos en forma transitoria o permanente, sea desarrollando programas de atención a los mismos, debiendo denunciar ante las autoridades competentes cualquier irregularidad que amenace o vulnere los derechos de todas las niñas, los niños o los adolescentes¹⁰⁰.

96 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 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, 15 de noviembre de 2002.

97 Art. L224-2 de dicho Código.

98 Art. 1198 del Código de Proceso Civil, en concordancia con el Art. 375-2 del Código Civil.

99 Art. 1199-1 del Código de Proceso Civil, en concordancia con el Art. 375-2 del Código Civil.

100 Art. 55. Funciones, letra e). Ley 20.061.

En un sentido similar, la *Children's Act* de 2004 inglesa crea la figura autónoma del *Children's Commissioner*, concediéndole facultades amplias de supervisión de los derechos de los NNA. Entre otras funciones cautelares, la legislación inglesa dispone:

*El Comisionado de la Infancia o una persona autorizada por él podrá, para los propósitos de sus funciones bajo esta sección y en cualquier momento que considere razonable: (a) entrar a cualquier lugar, en la medida que no sea una morada privada, para los propósitos de entrevistar a cualquier niño internado o bajo cuidado; y (b) si el niño consiente, entrevistar al niño en privado*¹⁰¹.

Estas funciones de supervisión reconocidas por las legislaciones argentina e inglesa se ajustan a lo dispuesto por el Comité de los Derechos del Niño, en relación a las funciones de las instituciones independientes de derechos humanos en materia de infancia. Entre tales funciones, destacan:

*[...] 19. a) Realizar investigaciones sobre cualquier situación de violación de los derechos del niño, ya sea por denuncia o por propia iniciativa, en el ámbito de su mandato; y [...] s) De conformidad con el artículo 3 de la Convención, que obliga a los Estados Partes a asegurarse de que 'las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada', realizar visitas a los centros de menores (y a todos los lugares en que haya menores recluidos para su reforma o castigo) y a las instituciones de atención al menor con el fin de informar sobre la situación y formular recomendaciones para que mejore*¹⁰².

Como se puede advertir de los ejemplos citados, las funciones de supervisión autónoma del sistema se orientan hacia la verificación del estado de respeto o vulneración de los derechos de los NNA, especialmente en el contexto de aquellas medidas que importan su separación del medio familiar.

101 Children Act 2004, Section 2 (8), a), b). "The Children's Commissioner or a person authorised by him may for the purposes of his function under this section at any reasonable time— (a) enter any premises, other than a private dwelling, for the purposes of interviewing any child accommodated or cared for there; and (b) if the child consents, interview the child in private".

102 Comité de los 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, 15 de noviembre de 2002, Párrafo 19, letras a) y s).

6.3 Recomendaciones

Sin perjuicio de la obligación propia de la Administración (SENAME) y del Poder Judicial (Tribunales de Familia) de verificar la satisfacción de los derechos de los NNA bajo alguna medida de protección, debiera crearse por ley una figura autónoma e independiente que permita supervisar el estado de los derechos de los NNA. Esta figura autónoma e independiente (Defensor de la Infancia) debiera contar con facultades expresas para inspeccionar periódicamente los organismos y dependencias que ejecuten las medidas ordenadas, sea en el ámbito del acogimiento residencial como el familiar. En base a dichas facultades de inspección autónomas, el Defensor de la Infancia debiera poder formular recomendaciones orientadas a los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Judicial y Legislativo), para la adopción de aquellas medidas que permitan garantizar, de manera efectiva y permanente, los derechos de los NNA que ingresan al sistema proteccional.

7. ESPECIALIZACIÓN Y DILIGENCIA EXCEPCIONAL EN LA DICTACIÓN, SUPERVISIÓN Y REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La especialización y la diligencia excepcional son principios orientadores del sistema de protección especial de derechos de NNA encaminados a exigir el máximo profesionalismo en el abordaje de las problemáticas de la infancia y de la adolescencia. La *especialización* se refiere a las específicas competencias de que deben estar dotados los órganos y personas que conforman el sistema de protección especial de derechos de NNA. La administración de este sistema debe garantizar un enfoque particularmente adaptado a las necesidades, intereses y condiciones del NNA, y de su entorno familiar y comunitario¹⁰³.

El principio de *especialización* significa prestar particular atención a requerimientos de edad, género, etnia, religión, discapacidad y cultura que presenten los NNA cuyos derechos se encuentren bajo vulneración o amenaza. De este modo, resulta pertinente exigir que los órganos y personas que conforman el sistema de protección especial de derechos de NNA cuenten con conocimientos y experiencia adecuados a cada uno de estos enfoques.

103 Cfr. Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, p. 90. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2014].

A su vez, el principio de *diligencia excepcional* consiste en que la autoridad pública y todo órgano, servicio e institución que conforme el sistema de protección especial de derechos de NNA, debe actuar con un cuidado superior al ordinario al acometer las funciones que dicho sistema le confiere. Los estándares de exigencia en el cumplimiento y celeridad de sus actuaciones deben ser particularmente altos. En este sentido, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que para ser eficaces, las medidas dirigidas a reunir a un progenitor y su hijo deben ser adoptadas rápidamente, evitando con ello consecuencias negativas e irremediables vinculadas al paso del tiempo. Desarrollando la dimensión objetiva del derecho a la vida familiar, ha puesto de relieve la necesidad de que los poderes públicos tengan un papel activo en la garantía del derecho a la vida familiar. En especial, la actitud positiva y vigilante de los poderes públicos es imprescindible en supuestos complejos, como los que implican una pluralidad de intereses no convergentes¹⁰⁴.

Asimismo, en el contexto regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que la diligencia reforzada de carácter excepcional se refiere a todos los aspectos vinculados con la toma de decisiones por parte de las autoridades públicas que impliquen la separación del NNA de su familia y el ingreso en una modalidad de acogimiento alternativo. Esto es, la diligencia especial cubre el análisis de las circunstancias que rodean y afectan al NNA, la valoración objetiva de los impactos que ellas tienen en sus derechos, la justificación de las decisiones, la celeridad en su adopción, y la oportuna revisión de las mismas. La Comisión agrega que este estándar de diligencia excepcional requiere que todas las autoridades intervinientes lo respeten, es decir, incluye a las autoridades judiciales y administrativas. Por último, señala que el cumplimiento del deber de diligencia debe estar supervisado a través de mecanismos establecidos normativamente, y que de su inobservancia deben derivarse responsabilidades y sanciones¹⁰⁵.

7.1 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno

En cuanto al principio de *especialización*, el órgano judicial competente en Chile para conocer del procedimiento de protección de derechos de NNA tiene carácter especializado en el área de familia. Así, conforme a la legislación chilena, el Juzgado de Familia está integrado por jueces que han acreditado formación profesional en esta área¹⁰⁶. A su vez, cada Juzgado cuenta con un Consejo Técnico conformado por profesionales cuya función general es asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los

104 TEDH, *Saleck Bardi versus España* (2011), Párrafos 52 y 66.

105 Cfr. Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013, pp. 87 y 88. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2014].

106 El número 5 del Art. 6º Transitorio de la LTF establece que los jueces de familia deben haber aprobado un curso habilitante impartido por la Academia Judicial.

asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad¹⁰⁷. El Art. 5 de la LTF establece tres funciones de este Consejo que resultan pertinentes en la determinación de las medidas de protección de derechos de NNA. Esta norma señala que los profesionales que conforman este Consejo: “En particular, tendrán las siguientes atribuciones: a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas; b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente; (...)”. Por su parte, la ley establece que el juez puede hacerse asesorar por este Consejo al decidir sobre la objeción de informes periciales que se plantee en la audiencia de juicio del procedimiento de protección de derechos de NNA¹⁰⁸. Asimismo, la ley establece que el juez se asesorará por uno o más miembros del Consejo en la ponderación de los informes que debe evacuar el director del establecimiento, o el responsable del programa, en que se cumpla una medida de protección¹⁰⁹.

Respecto de la Administración, la Ley Orgánica de SENAME establece entre sus funciones el auspiciar y organizar cursos, propiciar y realizar estudios e investigaciones, y recopilar y procesar información estadística en materias de su competencia dirigidas a la sociedad y organizaciones en general¹¹⁰. Sin embargo, esta ley no contiene obligaciones expresas de especialización a sus funcionarios; solo el Art. 6 de la Ley Nº 20.032 exige cierta especialización al señalar que podrán ser acreditados como colaboradores las personas jurídicas que dentro de sus finalidades contemplen el desarrollo de acciones acordes con los fines y objetivos de esta ley y las personas naturales que tengan *idoneidad y título profesional* para el desarrollo de la línea de acción de diagnóstico¹¹¹.

La ley no establece exigencias específicas a la autoridad judicial y administrativa correspondientes relacionadas al manejo de características de edad, género, etnia, religión, discapacidad y cultura que presenten los NNA cuyos derechos se encuentren bajo vulneración o amenaza.

107 La ley establece que el Consejo Técnico debe estar integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia, determinando como requisitos para acceder a este órgano: el poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por alguna universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por este; y acreditar experiencia profesional idónea y formación especializada en materias de familia o de infancia de a lo menos dos semestres de duración, impartida por alguna universidad o instituto de reconocido prestigio que desarrollen docencia, capacitación o investigación en dichas materias (Arts. 5 y 6 LTF).

108 Art. 73 LTF.

109 Art. 76 LTF.

110 Art. 4 números 12, 13 y 14 del Decreto Ley 2465, de enero de 1979, que crea el Servicio Nacional de Menores.

111 Esta ley data de 2005, y establece la forma y condiciones en que SENAME subvencionará las actividades desarrolladas por los colaboradores acreditados.

En cuanto a la *diligencia excepcional*, la ley se refiere al cuidado que le cabe observar a la autoridad judicial solo con ocasión de la medida de protección de derechos del NNA que importe separación de su familia. Así, para la supervisión de las medidas de protección que impliquen separación del NNA, establece que las visitas a los establecimientos en que los NNA se encuentren pueden efectuarse en cualquier momento. Sí es obligatoria esta inspección dentro de lapsos que no excedan de *seis meses* entre una y otra, considerándose el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales¹¹².

Asimismo, a nivel infralegal, se exige prioridad en el conocimiento de materias de protección de derechos de NNA. Un Auto Acordado de la Corte Suprema de Chile estableció que los Tribunales de Familia deben contar con salas especializadas y concentradas para el conocimiento de las materias de protección y solicitudes de entrega inmediata, como asimismo para la resolución de las medidas cautelares urgentes que se deriven de esas mismas materias. Además, ordenó que a tales salas sean asignados jueces con dedicación preferente¹¹³.

En cuanto a la diligencia excepcional de la Administración, la ley la consagra incipientemente con ocasión de las medidas de protección que importan separación del NNA de su entorno. Así, se ordena al director del establecimiento en que se lleva a cabo tal medida, facilitar al juez el acceso a todas sus dependencias y la revisión de los antecedentes individuales de cada NNA atendido en él. Asimismo, le ordena facilitar las condiciones que garanticen la independencia y libertad de ellos para prestar libremente su opinión¹¹⁴.

112 Art. 78 inciso tercero LTF. Para los casos de carácter ambulatorio, esta obligación es solo facultativa. El inciso final del Art. 78 LTF establece que: “Los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, y en que se cumplan medidas de protección”.

113 El Acta 135-2010, publicada el 14 de septiembre de 2010, que contiene el Auto Acordado del Centro de Medidas Cautelares de los Cuatro Tribunales de Familia de Santiago, agregó un Art. 12 bis al Acta 98-2009 sobre Gestión y Administración de Tribunales de Familia. Esta disposición establece: “Los órganos de la administración de los Tribunales de Familia deberán establecer en su plan de trabajo anual la formación de salas especializadas y concentradas para el conocimiento de las materias de violencia intrafamiliar, protección, infraccionales y solicitudes de entrega inmediata, como asimismo para la resolución de las medidas cautelares urgentes que se deriven de esas mismas materias.

En dichas salas se realizarán también las audiencias de preparación, de juicio y de revisión de medidas a que se refiere el artículo 80 de la Ley 19.968.

A tales salas serán asignados jueces con dedicación preferente. El número de ellas estará determinado por la proporción entre la cantidad de las referidas materias especiales en relación al número total de ingresos del tribunal, respecto de las causas que generan audiencia.

En la derivación de asuntos a las diversas salas se cuidará siempre de dar cumplimiento a los plazos legales de agendamiento.

El administrador dispondrá de un sistema de notificación oportuna y de comunicación expedita de las medidas cautelares que se adopten.

Los Ministros visitadores cuidarán de la formación de estas salas y recabarán los antecedentes necesarios sobre su constitución, tiempos de espera de los usuarios, vinculación con la red social de apoyo y la asignación de jueces con dedicación preferente.

En los tribunales de tamaño menor las materias a que se refiere este artículo se concentrarán por día en las respectivas salas”.

114 Cfr. Art. 78 LTF. Esta norma agrega que: “Después de cada visita, el juez evacuará un informe que contendrá las conclusiones derivadas de la misma, el que será remitido al Servicio Nacional de Menores y al Ministerio de Justicia”.

Existe también un deber de información periódica y detallada de parte de SENAME hacia los Juzgados de Familia en cuanto a la oferta programática vigente de acuerdo a las líneas de acción desarrolladas, su modalidad de intervención y la cobertura existente en ellas, sea en sus centros de administración directa o bien en los proyectos ejecutados por sus organismos colaboradores acreditados¹¹⁵.

En suma, siendo la especialización un componente general de la Justicia de Familia, se observan exigencias legales respecto de las competencias de los profesionales que conocen de los procedimientos de protección de derechos. En todo caso, no puede afirmarse que la exigencia de especialización se encuentre particularmente reforzada en casos de vulneración o amenaza grave de derechos de NNA. Esta falencia resulta más patente aún en el caso de SENAME y las organizaciones privadas a cargo de la ejecución de las medidas de protección de tales derechos, las que cuentan con insuficientes condiciones para una especialización de alto estándar. Asimismo, sin perjuicio de incipientes elementos de diligencia excepcional, ésta no es un principio estructurante del sistema de protección especial de derechos de NNA, toda vez que se advierte su presencia solo en casos de separación del NNA de su familia.

7.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

La especialización de los órganos que ejecutan las medidas de protección de derechos de NNA o que participan en ello de alguna manera, es exigida por distintos ordenamientos latinoamericanos. Perú lo exige para los profesionales involucrados en investigaciones tutelares¹¹⁶. Argentina, respecto de la exigencia de ciertas profesiones para conformar el equipo técnico de los Servicios Locales de Protección de derechos¹¹⁷. Brasil, respecto de los funcionarios en los lugares de acogimiento residencial, la policía y los órganos jurisdiccionales¹¹⁸. En Colombia, respecto del Ministerio Público (policías)¹¹⁹. México, en cuanto al Consejo Tutelar¹²⁰. En el contexto europeo, únicamente Francia lo desarrolla en el Código

115 Cfr. Art. 80 bis LTF. Esta norma agrega que: "Si el juez estima necesario decretar una medida respecto de la cual no existe en la Región oferta de las líneas de acción indicadas en la ley N° 20.032, comunicará tal situación al Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, quien deberá adoptar las medidas tendientes a generar tal oferta en el menor tiempo posible. Entretanto, el juez decretará alguna de las restantes medidas del artículo 71.

Pero, si la cautelar dispuesta es la de la letra h) de dicho artículo, el Servicio Nacional de Menores deberá darle cumplimiento de inmediato y sin más trámite".

116 Art. 2 letra b) del Decreto N° 011-2005.

117 Art. 20 de la Ley 13.298.

118 Art. 92 párrafo 3 del Estatuto del Niño y el Adolescente.

119 Art. 90 del Código de la Infancia y Adolescencia.

120 Art. 9-II de la Ley para la Primera Infancia del Distrito Federal.

de la Educación, regulando la capacitación obligatoria de los profesionales que trabajen con NNA cuyos derechos han sido vulnerados¹²¹.

En cuanto al énfasis que el sistema debe otorgar frente a NNA que se encuentran en condiciones especiales, es de destacar la legislación argentina, que establece que al adoptar las medidas de protección especial de derechos se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico¹²². Por otra parte, los órganos encargados de participar en el procedimiento de medidas de protección de NNA han sido sometidos a un régimen de diligencia excepcional en determinadas legislaciones. Así, se les hace responsables administrativa, civil o penalmente del cumplimiento de dichas medidas.

Argentina establece la responsabilidad penal de quien no dé cumplimiento efectivo a la disposición del Art. 40 de la ley federal, que regula la procedencia de las medidas excepcionales¹²³. Brasil establece responsabilidad civil, administrativa y penal para el director de alguno de los programas de acogimiento familiar o institucional cuando incumpla las disposiciones del Estatuto del Niño y el Adolescente; regula la responsabilidad administrativa en caso de informar al juez cuando una entidad de acogimiento institucional recibe un niño (lo cual debe ser realizado dentro del plazo de *veinticuatro horas*); y regula una serie de sanciones independientes de las civiles o penales que puedan proceder¹²⁴.

La ley de la Comunidad Autónoma de Madrid también cuenta con un sistema de infracciones administrativas, contemplando la tipificación de la falta, la sanción y el procedimiento aplicable¹²⁵. Colombia ha establecido este nivel de diligencia para el caso del Defensor de Familia, señalando su responsabilidad cuando incurra en demoras en el procedimiento y en el caso de incumplir el deber de reserva sobre las decisiones tomadas (esta última, aplicable también a los funcionarios de la Defensoría de la Familia)¹²⁶. La ley federal de México en materia de primera infancia igualmente establece la responsabilidad de los servidores públicos, remitiendo, en caso de incumplimiento, al procedimiento a que derive la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos¹²⁷. Perú contempla la responsabilidad de aquellos funcionarios que incumplan las obligaciones del cargo, quedando obligados al pago

121 Art. 542-1 del Código de la Educación.

122 Art. 41 letra b) de la Ley 26.061.

123 Art. 40 de la Ley 26.061.

124 Arts. 92 párrafo 6, 93 y siguientes del Estatuto del Niño y el Adolescente.

125 Arts. 97 y siguientes de la Ley 6/1995.

126 Art. 81 N° 1 y N° 5 del Código de la Infancia y Adolescencia.

127 Art. 10 de la Ley de Protección a la Primera Infancia del Distrito Federal.

de daños y perjuicios por el incumplimiento de las disposiciones de la ley de la materia, además de las multas que puedan imponerse, sin perjuicio de la responsabilidad penal que les quepa¹²⁸. Finalmente, el Reino Unido regula la responsabilidad de la autoridad local por el incumplimiento de algún deber; al respecto, no solo impone responsabilidad sino también ordena el cumplimiento del acto en un determinado plazo¹²⁹.

7.3 Recomendaciones

Las implicancias psicosociales que acarrea la vulneración de los derechos de NNA exigen que los funcionarios, equipos profesionales y órganos que conforman el sistema que administra las medidas de protección estén dotados de especiales competencias. El sistema legal chileno debe garantizar la existencia de un enfoque particularmente adaptado a las necesidades, intereses y condiciones del NNA, y de su entorno familiar y comunitario. Lo anterior importa la consagración legal del principio de especialización en materia de infancia, para todas las instituciones que intervienen en esta materia.

Las autoridades intervinientes en los procedimientos para la determinación, aplicación, supervisión y revisión de las medidas especiales de protección deben contar con los conocimientos y formación necesarios. En especial, el enfoque de derechos exige que el abordaje frente a situaciones de vulneración sea pertinente en consideración al género, etnia, religión, discapacidad y cultura de cada NNA.

Por último, toda autoridad pública y todo órgano, servicio e institución que conforme el sistema de protección especial de derechos de NNA, debe estar obligado por ley a observar la máxima diligencia en el cumplimiento de las funciones conferidas, cuestión que se manifiesta específicamente en la celeridad de los procedimientos.

8. INTEGRALIDAD DE LA INTERVENCIÓN EN MATERIA DE PROTECCIÓN ESPECIAL: REFORZAMIENTO DEL ROL DE LA ADMINISTRACIÓN

El sistema de protección especial de derechos de NNA debe priorizar respuestas administrativas de carácter preventivo y evitar la judicialización excesiva de las necesidades de los NNA que han visto vulnerados sus derechos. En este sentido, las autoridades administrativas deben colaborar

128 Art. 70 del Código de los Niños y Adolescentes.

129 *Children Act* 1989, Section 84 (Part XI).

con las familias en general (preventivamente); velar por que los responsables del NNA cumplan con los deberes de protección (a través de programas universales y voluntarios); e intervenir subsidiariamente, a través de sus servicios locales, si no se observa esta función de cuidado. En este último caso, el grado de desatención o desprotección de los derechos del NNA determinará el tipo de intervención pública (subsidiariedad progresiva)¹³⁰.

En el funcionamiento de esta instancia administrativa debe tenerse como principio básico el de *coordinación y colaboración* de los servicios sociales, de manera de garantizar una actuación coherente, rápida y efectiva¹³¹. Asimismo, debe fortalecerse la intervención local de la autoridad administrativa y preverse mecanismos eficaces de denuncia, sea de parte del propio NNA como de terceros y, en su caso, de la autoridad judicial. Lo anterior implica contar con 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, a través de: a) órganos administrativos de protección de derechos; b) poder judicial especializado y; c) defensorías especializadas¹³².

La idea de *prioridad de la actuación administrativa* no implica discrecionalidad o falta de verificación de la legalidad de su actuar. Las decisiones adoptadas por la Administración deben estar siempre sujetas a criterios y reglas formales para la adopción de medidas de protección a favor de los NNA. Ello importa garantizar, a lo menos, tres aspectos fundamentales: 1) que el órgano administrativo radicado a nivel local posea el poder legal, la capacidad y la idoneidad técnica para evaluar, dictar y supervisar las medidas de protección que se puedan determinar a favor de un NNA; 2) que los administrados (los propios NNA y sus familiares, en especial) tengan poder legal, acceso y asistencia legal para poder impugnar judicialmente toda medida adoptada por el órgano administrativo y; 3) que, tratándose de toda medida que implique la separación de un NNA de su medio familiar, sea siempre un tribunal de justicia (y no el órgano administrativo), el que tenga el poder para dictar dicha especie de medida de protección (ejemplo: ingreso a una familia de acogida o a una residencia, excepcionalmente). Los aspectos sujetos a control judicial pueden ser, entre otros, el cumplimiento de requisitos de fondo y forma de la resolución administrativa

130 El concepto de “subsidiariedad progresiva” está tomado de De Palma, Ángela, “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Cuadernos de Derecho Local (QLD)*, 4 de febrero de 2004, pp. 104-105. Esta autora señala, entre las medidas de intervención de carácter general, la de intervención comunitaria (p. 117).

131 En efecto, en el contexto latinoamericano se ha señalado que el sistema de protección integral de la infancia requiere de un ente rector, esto es, de una institución que: a) propicie un ámbito institucional deliberativo y de participación paritaria de los organismos públicos y de la sociedad civil; sea descentralizado; cuente con una coordinación regulada y sólida; presente una clara distribución de competencias entre todas las entidades nacionales y locales que se ocupan de la infancia y la adolescencia; y disponga de recursos financieros adecuados para su funcionamiento. Cfr. Morlacchetti, Alejandro, *Sistemas nacionales de protección integral de la Infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, CEPAL-UNICEF, p. 87. Disponible en <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacionalesdeprotecciondelainfancia.pdf> [consultada el 28 de julio de 2013].

132 Estas características son enunciadas por Morlacchetti, Alejandro, *Sistemas nacionales de protección integral de la Infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, CEPAL-UNICEF, 2013, p. 87.

(principios de legalidad, necesidad y excepcionalidad, y temporalidad); la inaplicación del principio de participación, en especial, del derecho del NNA a ser oído; el cumplimiento del debido proceso en general o; la insatisfacción del derecho a la vida familiar del NNA, como cuando no se ordenan regímenes de contacto con la familia del NNA, si este ha sido separado de ella.

Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha afirmado que la formulación general de las normas que permiten la injerencia en la vida familiar otorga un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad estatal, particularmente cuando se trata de adoptar medidas de protección para el niño. La Corte ha agregado que en esta esfera es imposible dotar a las reglas de mayor precisión, por lo cual las salvaguardas contra las injerencias arbitrarias sufridas en la aplicación de esas normas están garantizadas por la revisión judicial¹³³. Por lo tanto, si bien el componente predominante del sistema de protección de derechos de NNA debiere ser de *carácter administrativo*, la ley debe proveerlo de claros, fuertes y eficaces elementos de *control judicial*. Lo anterior se justifica para evitar interferencias ilegales, injustificadas o desproporcionadas de la Administración, en el derecho a la vida familiar del NNA y de su entorno familiar.

8.1 Reconocimiento en el orden jurídico interno

Chile carece de un *sistema administrativo integral* frente a los NNA que son sujetos de protección por su especial vulnerabilidad en el contexto familiar. La determinación, contenido, pertinencia, revisión y control de la medida están radicados exclusivamente en el órgano jurisdiccional, en conformidad a un procedimiento especial¹³⁴. Así, el rol de la Administración resulta desdibujado por medio de una oferta técnica de intervención, cuya ejecución corresponde a los organismos colaboradores acreditados ante el SENAME y al trabajo que desarrollan los proyectos que administra directamente dicho Servicio.

Los servicios y asistencias prestados por SENAME se focalizan en NNA enviados directamente por los Tribunales de Familia. La excepción a esta regla la constituyen las Oficinas de Protección de Derechos (OPDs), cuya creación fue impulsada a partir de la vigencia de la CDN en Chile. En efecto, a finales de la década de los noventa, la intervención pública comenzó a privilegiar la atención de NNA vulnerados o amenazados gravemente en sus derechos, en lugares cercanos a su territorio original, a fin de asegurar la mantención de los vínculos con la

133 TEDH, *Bronda vs. Italia* (1998), Párrafo 54.

134 Este procedimiento se titula “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes” y está contenido en el Párrafo 1º del Título IV, Arts. 68 a 80 bis de la LTF. La excesiva judicialización del sistema de protección especial ha sido criticada a nivel nacional. Así, se afirma que este sistema 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.” Viveros, Felipe, *Ejes fundamentales para un Sistema Integral de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia*, 2008, p. 18. Disponible en http://www.comunitarios.cl/www/attachments/758_Documento%201%20sistema%20Integral%20F.%20Viveros.pdf [fecha de consulta: 28 de julio de 2013].

familia de origen y/o referentes adultos. En este contexto, las OPDs fueron instaladas como un dispositivo de acción a nivel comunal que colaborara decididamente en este enfoque local de intervención. De esta forma, con su implementación, se constataron avances en la gestión intersectorial y en el incentivo de la derivación y coordinación con programas de la red local de protección de derechos de NNA¹³⁵.

En 2006 se otorgó a las OPDs un nuevo énfasis estratégico referido a la necesidad de contar con políticas locales de infancia que otorguen el marco de referencia para integrar el enfoque de derechos en las distintas acciones que se realizan en el ámbito local, dando la posibilidad de contar con una carta de navegación que haga coherente y eficaz la intervención en esta materia. Sin embargo, al año 2011 solo el 26% de las OPDs había logrado este objetivo¹³⁶.

Por cierto, una correcta reorientación del rol prioritario que debiera jugar la Administración, a nivel local, debiera ir acompañada de una reforma estructural a las condiciones, recursos humanos y materiales y condiciones de instalación y monitoreo de un nuevo sistema de protección especial en Chile. Lo anterior implicaría dotar de servicios locales de alta calidad, debidamente integrados al sistema de protección integral que cree una Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia, que cuenten con la orientación y supervisión técnica de un futuro Servicio de Protección Especial o de Protección de Derechos de los NNA.

8.2 Reconocimiento en el ordenamiento jurídico comparado

Los ordenamientos comparados de protección especial de derechos de NNA priorizan respuestas administrativas de carácter preventivo y evitan la judicialización de las necesidades de NNA. Asimismo, contemplan como principios básicos de su funcionamiento los de *coordinación y colaboración*. La dimensión fundamental del principio de integralidad radica en el rol protagónico de la Administración en el desarrollo de una política integral de protección especial.

En los países latinoamericanos –a excepción de Ecuador– la legislación mandata la creación y mantención de instancias locales en cada uno de los municipios. En países como Bolivia,

135 La modalidad OPD se instaló como un proyecto piloto, implementando seis Oficinas en cinco regiones del país durante el año 2001. Posteriormente, y luego de la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.032, durante el año 2006 se implementaron 102 OPDs a través de licitación pública, existiendo actualmente 114 OPDs en 177 comunas del país. La implementación de estas Oficinas se ha llevado a cabo a través de convenios que SENAME ha celebrado con 109 municipios o corporaciones municipales y con cinco fundaciones o corporaciones privadas. Cfr. SENAME, *Línea de Acción de las Oficinas de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes 2012-2015*, p. 4. Disponible en http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p1_16-01-2013/Bases_tecnicas.pdf [fecha consulta: 20 de julio de 2014]

136 Cfr. SENAME, *Línea de Acción de las Oficinas de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes 2012-2015*, p. 11. Disponible en http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p1_16-01-2013/Bases_tecnicas.pdf [fecha consulta: 20 de julio de 2014]

Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, se establecen diversos niveles de descentralización y con diferentes niveles de responsabilidad para la institucionalidad regional, departamental o municipal. En general, las legislaciones prevén dos tipos de institucionalidad a nivel regional, departamental y local: a) aquellas de carácter deliberativo y de formulación, control y evaluación de políticas, que suelen ser el reflejo local de los Consejos Nacionales; y b) las de ejecución y protección de derechos¹³⁷.

Respecto a las instituciones locales para la protección de derechos, ejecución y adopción de medidas de protección, algunas son órganos con mayor autonomía administrativa y funcional. En otros países se conciben como instancias descentralizadas en el nivel municipal y con independencia en la toma de decisiones. En otros casos, dependen o están adscriptas al órgano rector del sistema de protección integral¹³⁸.

El rol específico que se concede a la Administración y al Poder Judicial en materia de protección especial es, en gran medida, función de la estructura de competencias, poderes y recursos generales con los que cuenta cada Estado. Algunos ordenamientos jurídicos comparados radican la determinación, aplicación, control, modificación y cese de la mayor parte de las medidas de protección, en la propia Administración. En España, la autoridad competente para la determinación y ejecución de las medidas de protección especial de derechos de NNA es de índole administrativa;¹³⁹ relacionándose con la autoridad judicial para el caso del acogimiento familiar, toda vez que debe presentarle una propuesta de cumplimiento de esta modalidad de cuidado¹⁴⁰. En Colombia, el procedimiento es completamente administrativo,¹⁴¹ teniendo competencia el juez en los siguientes casos: homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de NNA; revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el Comisario de Familia, si procede; restitución internacional de NNA; y restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia¹⁴².

El principio de integralidad en la intervención pareciera, en principio, ser mejor servido a través de un sistema de protección especial de carácter eminentemente *administrativo*, su-

137 Cfr. Morlacchetti, Alejandro, *Sistemas nacionales de protección integral de la Infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, CEPAL-UNICEF, 2013, pp. 75-77. Disponible en <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacionalesdeprotecciondelainfancia.pdf> [fecha consulta: 20 de julio de 2014]

138 *Ibíd.*, p. 77.

139 Art. 72 del Código Civil.

140 Art. 173 del Código Civil.

141 Arts. 98 y 99 del Código de la Infancia y Adolescencia.

142 Art. 119 del Código de la Infancia y Adolescencia.

jeto a estricta *revisión judicial*. Con todo, y aun cuando el sistema de protección especial sea de carácter judicial (como el caso chileno actual), el principio de integralidad fuerza al desarrollo de una plataforma de órganos locales, oferta pertinente y coordinación interinstitucional territorial de la que Chile carece. Lo anterior implica diseñar e implementar un complejo sistema de redes a nivel comunal, debidamente integradas, con oferta preventiva y restauradora de derechos, que hagan uso simultáneo de las políticas universales y focalizadas, para el fortalecimiento del medio familiar y comunitario de los NNA.

8.3 Recomendaciones

En un sistema de garantía de derechos, las garantías administrativas juegan un rol primario, sujetas siempre a control jurisdiccional secundario (recursos y acciones procesales). En base a esta estructura fundamental, la legislación en materia de protección especial debiera garantizar la creación de un sistema integral de protección para NNA que requieran protección especial. Dicho sistema administrativo debiera contemplar la integración de las medidas universales y preventivas de una política nacional de infancia, con las necesidades específicas de intervención para hipótesis de amenaza o vulneración grave a los derechos de los NNA en el ámbito familiar. En ambos casos, la integralidad de la intervención debiera tener lugar a nivel territorial (comunal), por medio de una eficaz red de servicios y acciones coherentes y coordinadas entre sí.

Si bien el Estado de Chile tiene una amplia discrecionalidad en la selección del modelo de protección especial (de carácter administrativo o judicial), en toda circunstancia la intervención judicial debiera ser vista como una medida de ultima ratio, focalizada en su rol cautelar de los derechos fundamentales de los NNA y sus familiares. El principio de prioridad administrativa no implica prescindir de la intervención judicial, sino re-concebirla en términos subsidiarios, en el marco de la creación de un sistema de protección integral a los derechos de los NNA.

CONCLUSIONES

El sistema especial de protección de derechos de los NNA exhibe cinco falencias fundamentales: a) desproporcionalidad de las medidas adoptadas para proteger los derechos de los NNA, en especial, en lo referido a los derechos de los NNA a su vida familiar; b) excesiva discrecionalidad existente en la determinación de la vulneración o amenaza del derecho en cada caso; c) innecesaria judicialización en el proceso para la determinación de medidas de protección; d) insuficientes mecanismos de revisión y supervisión de las medidas adoptadas y; e) desconexión de la protección especial de un sistema universal de garantías de derechos.

Tomando estas deficiencias estructurales, en este estudio se propone una reformulación normativa integral del sistema de protección de derechos de los NNA en Chile. Dicha reformulación normativa se orienta al logro de dos fines concretos, ambos mandatados por la CDN. De una parte, un sistema de protección integral de los derechos de los NNA debe ponderar adecuadamente dos valores equivalentemente importantes: a) la protección directa, pertinente y eficaz del derecho a la integridad física y psíquica de los NNA, así como su bienestar general y; b) la mínima afectación posible del derecho de los NNA a su vida familiar, recurriendo a medidas que implican separación del medio familiar como medida de *ultima ratio*.

Para facilitar la comprensión de los aspectos específicos de esta reformulación normativa del sistema de protección especial de derechos de los NNA, se han identificado ocho principios especiales que se debieran tener en cuenta para un proceso de reforma legal en la materia. Estos principios son: 1) Protección reforzada del derecho de los NNA a su vida familiar; 2) Legalidad de las medidas de protección; 3) Necesidad y proporcionalidad de las medidas de protección; 4) Temporalidad de las medidas de protección; 5) Derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos de protección; 6) Supervisión autónoma de las medidas de protección; 7) Especialización y diligencia excepcional en la dictación, supervisión y revisión de las medidas de protección y; 8) Integralidad de la intervención en materia de protección especial: rol fundamental de la Administración.

1. Protección reforzada del derecho de los NNA a su vida familiar

El sistema normativo chileno debe garantizar expresamente y con carácter general el derecho del NNA a vivir en familia. El principio de protección de la vida familiar del NNA en sede de protección especial enfatiza que el elemento esencial de la intervención pública a través de todas y cada una de las medidas de protección debe asegurar la evaluación, contextualización y reparación del derecho vulnerado o amenazado en el propio entorno familiar del

NNA. Asimismo, en caso de ser necesaria la separación del NNA de su familia, las medidas de protección deben encaminarse al pronto retorno de dicho NNA a su contexto familiar. Por último, el diagnóstico y el diseño de todo mecanismo y programa de intervención deben considerar la situación del grupo familiar y social en que el NNA vive y se desenvuelve. El principio fundamental en esta materia es el de proteger los derechos del NNA, a la vez que fortalecer las competencias, habilidades y los contextos familiares y comunitarios en que ellos viven.

2. Legalidad de las medidas de protección

Conforme al principio de legalidad, el órgano llamado a aplicar la medida de protección debe sujetarse estrictamente a los términos que ameritan su procedencia (hipótesis de hecho). Para la consecución de este fin, el supuesto de hecho de la medida de protección debe estar descrito de forma tal que no admita confusiones. En este sentido, debiesen precisarse, en el texto de la ley, las diversas situaciones específicas que describen una amenaza o vulneración grave a los derechos de los NNA. A su vez, el catálogo de medidas de protección también debiera estar suficientemente precisado por el legislador, a través de un elenco taxativo de las mismas. Al importar una restricción a los derechos de los NNA y de los adultos, el legislador debe determinar estrictamente el catálogo de medidas de protección, a fin de evitar un discrecional uso de medidas coactivas, en el marco de un sistema de garantías a los derechos fundamentales.

3. Necesidad y proporcionalidad de las medidas de protección

La legislación chilena debe reconocer y precisar el sentido y alcance de los principios de necesidad y proporcionalidad en materia de protección especial de derechos de los NNA, y no solo en la hipótesis de separación del NNA de su entorno familiar, en el contexto cautelar. En particular, debe garantizarse que todas las medidas de protección procedan solo respecto de casos de auténtica y grave vulneración o amenaza de derechos (necesidad) y que, de ser ese el caso, la medida escogida restrinja en la menor medida posible, otros derechos de los propios NNA y de sus familiares (proporcionalidad).

Con miras a obtener este objetivo, el legislador debiera precisar diversos estadios de intervención que orienten la adopción de medidas estrictamente proporcionales, en función de la intensidad de la gravedad de la amenaza o vulneración de derechos del caso. En este orden de cosas, el sistema de protección debiera establecer un claro mandato de maximización de aquellas medidas que permiten intervenir la vida personal y familiar de los NNA y sus familias, por medios estrictamente proporcionales (menos invasivos). Cuando la gravedad del caso lo amerite, y solo luego de una justificación estricta en base a los principios de

necesidad y proporcionalidad, se debiera recurrir a medidas excepcionales, que impliquen la separación de los NNA de sus familias. Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando la gravedad de la circunstancia de hecho habilite la separación de la familia, el sistema de protección debiera seguir teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad. Esto importará que deban preferirse, salvo excepciones calificadas fundadas en el interés superior del niño, medidas que fortalezcan el derecho de los NNA a la vida familiar (acogimiento familiar), en perjuicio de aquellas medidas de acogimiento residencial.

4. **Temporalidad de las medidas de protección**

La legislación chilena debe consagrar la vigencia del principio de temporalidad de la protección especial de derechos de NNA de manera general, y no solo en hipótesis de separación del NNA de su entorno familiar. Ello significa que la ley debe fijar un plazo breve y determinado de duración de las medidas de protección, atendiendo al fin que se busca lograr con su aplicación. A su vez, el principio de temporalidad importa que la medida de protección debe suspenderse en cuanto la situación de vulneración o de amenaza haya cesado. Por último, el principio de temporalidad permite que, en caso de ser estrictamente necesario, la medida de protección pueda ser prorrogada, si y solo si, se justifica su prolongación en base a una revisión estricta de las circunstancias de hecho vigentes y de la conducencia de tal renovación.

5. **Derecho de los NNA a ser oídos en los procedimientos de protección**

Chile debe adoptar mecanismos que hagan efectiva la participación del NNA en todos los procedimientos en que sus derechos puedan verse afectados. Esa participación debe ser del propio NNA, sea que la ejerza directamente o a través de un representante designado al efecto. Lo anterior implica una profunda modificación al estado actual del derecho de los NNA a ejercer su derecho a ser oídos y tomados en cuenta, de manera independiente a los intereses de sus adultos responsables. El NNA debe ser oído en todas las actuaciones que se desarrollen en el marco de un procedimiento de protección especial, es decir, tanto en la determinación, contenido, revisión, modificación y cese de la medida de protección. Asimismo, deben reconocerse y garantizarse facultades procesales específicas para hacer efectivo su derecho al debido proceso. Ese derecho a ser oído y tomado en cuenta no solo debe ser efectivo en el ámbito judicial, sino también a nivel administrativo, sea directamente frente a la Administración, como frente a instituciones privadas que ejerzan funciones protectoras. En todo caso, debe garantizarse no solo la existencia formal del acceso y de la representación del NNA, sino la calidad, pertinencia y adecuación de los mecanismos destinados a efectivizar el derecho a ser oído y tomado en cuenta.

6. Supervisión autónoma de las medidas de protección

Sin perjuicio de la obligación propia de la Administración (SENAME) y del Poder Judicial (Tribunales de Familia) de verificar la satisfacción de los derechos de los NNA bajo alguna medida de protección, debiera crearse por ley una figura autónoma e independiente que permita supervisar el estado de los derechos de los NNA. Esta figura autónoma e independiente (Defensor de la Infancia) debiera contar con facultades expresas para inspeccionar periódicamente los organismos y dependencias que ejecuten las medidas ordenadas, sea en el ámbito del acogimiento residencial como el familiar. En base a dichas facultades de inspección autónomas, el Defensor de la Infancia debiera poder formular recomendaciones orientadas a los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Judicial y Legislativo), para la adopción de aquellas medidas que permitan garantizar, de manera efectiva y permanente, los derechos de los NNA que ingresan al sistema proteccional.

7. Especialización y diligencia excepcional en la dictación, supervisión y revisión de las medidas de protección

Las implicancias psicosociales que acarrea la vulneración de los derechos de NNA exigen que los funcionarios, equipos profesionales y órganos que conforman el sistema que administra las medidas de protección estén dotados de especiales competencias. El sistema legal chileno debe garantizar la existencia de un enfoque particularmente adaptado a las necesidades, intereses y condiciones del NNA, y de su entorno familiar y comunitario. Lo anterior importa la consagración legal del *principio de especialización* en materia de infancia, para todas las instituciones que intervienen en esta materia.

Las autoridades intervinientes en los procedimientos para la determinación, aplicación, supervisión y revisión de las medidas especiales de protección deben contar con los conocimientos y formación necesarios. En especial, el enfoque de derechos exige que el abordaje frente a situaciones de vulneración sea pertinente en consideración al género, etnia, religión, discapacidad y cultura de cada NNA.

Por último, toda autoridad pública y todo órgano, servicio e institución que conforme el sistema de protección especial de derechos de NNA, debe estar obligado por ley a observar la máxima diligencia en el cumplimiento de las funciones conferidas, cuestión que se manifiesta específicamente en la celeridad de los procedimientos.

8. Integralidad de la intervención en materia de protección especial: rol fundamental de la Administración

En un sistema de garantía de derechos, las garantías administrativas juegan un rol primario, sujetas siempre a control jurisdiccional secundario (recursos y acciones procesales). En

base a esta estructura fundamental, la legislación en materia de protección especial debiera garantizar la creación de un sistema integral de protección para NNA que requieran protección especial. Dicho sistema administrativo debiera contemplar la integración de las medidas universales y preventivas de una política nacional de infancia, con las necesidades específicas de intervención para hipótesis de amenaza o vulneración grave a los derechos de los NNA en el ámbito familiar. En ambos casos, la integralidad de la intervención debiera tener lugar a nivel territorial (comunal), por medio de una eficaz red de servicios y acciones coherentes y coordinadas entre sí.

La idea de *prioridad de la actuación administrativa* no implica discrecionalidad o falta de verificación de la legalidad de su actuar. Las decisiones adoptada por la Administración deben estar siempre sujetas a criterios y reglas formales para la adopción de medidas de protección a favor de los NNA. Ello importa garantizar, a lo menos, tres aspectos fundamentales: 1) que el órgano administrativo radicado a nivel local posea el poder legal, la capacidad y la idoneidad técnica para evaluar, dictar y supervisar las medidas de protección que se puedan dictar a favor de un NNA; 2) que los administrados (los propios NNA y sus familiares, en especial) tengan el poder legal, el acceso y la asistencia legal para poder impugnar judicialmente toda medida adoptada por el órgano administrativo y; 3) que, tratándose de toda medida que implique la separación de un NNA de su medio familiar, sea siempre un tribunal de justicia (y no el órgano administrativo), el que tenga el poder para dictar dicha especie de medida de protección (ejemplo: ingreso a una familia de acogida o a una residencia, excepcionalmente).

Una correcta reorientación del rol prioritario que debiera jugar la Administración, a nivel local, debiera ir acompañada de una reforma estructural a las condiciones, los recursos humanos y materiales y las condiciones de instalación y monitoreo de un nuevo sistema de protección especial en Chile. Lo anterior implicaría dotar de servicios locales de alta calidad, debidamente integrados al sistema de protección integral que cree una Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia, que cuenten con la orientación y supervisión técnica de un futuro Servicio de Protección Especial o de Protección de Derechos de los NNA.

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago, 2008.
- Arangüeña, Coral, “La oralidad y sus consecuencias en la diligencia de exploración del menor en los procesos matrimoniales”, en Carpi y Ortells Ramos (edit.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol 2º, Universitat de Valencia, Valencia, 2008, pp. 155 a 164; citado por Serrano, Mercedes, “Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores”, en De Hoyos Sancho, Montserrat (coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.
- Bravo, Amaia y Del Valle, Jorge, “Crisis y revisión del acogimiento residencial. Su papel en la protección infantil”, en *Papeles del Psicólogo*, 2009, Vol. 30(1), pp. 42-52.
- Broadhurst, Karen and Harwin, Judith, “Child welfare and child protection policy in England and Wales”, en Eekelaar, John (edited by), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Routledge, Oxford, pp. 245-256.
- Cámara de Diputados de Chile, Informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (Sename), 4 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=1157&prmTIPO=INVESTIGAFIN> [fecha consulta: 5 de mayo de 2014].
- Cámara de Diputados de Chile, Informe de la Comisión de Familia constituida en investigadora para recabar información y determinar responsabilidades en las denuncias sobre hechos ilícitos ocurridos en hogares del Servicio Nacional de Menores, 18 de octubre de 2013. Disponible en <http://www.camara.cl/sala/verComunicacion.aspx?comuid=10254&formato=pdf> [fecha 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 consulta: 6 de mayo de 2014].
- Cumbre Judicial Iberoamericana, *Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niños, niñas y adolescentes, comunidades y pueblos indígenas*, p. 16. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/Lists/Banner-VerticalV2/Attachments/30/Protocolo%20Iberoamericano.pdf> [fecha consulta: 14 de noviembre de 2014].

- De Palma, Ángela, “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Cuadernos de Derecho Local (QLD)*, 4 de febrero de 2004, pp. 103-138.
- Herrera, Marisa, “El derecho de los niños a vivir en familia. La responsabilidad del Estado en la función de crianza y educación de los hijos”, en Grosman, Cecilia (dir.) y Herrera, Marisa (coord.), *Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 465-531.
- Lathrop, Fabiola, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2014, núm.22, pp. 197-229.
- Lázaro, Isabel, “Intervención pública en la protección de menores y respeto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo”, en *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, 2011, pp. 255-290.
- Marín, Juan Carlos, “Las medidas cautelares en el Ordenamiento Jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 8, 2006, pp. 13-37.
- Morlacchetti, Alejandro, *Sistemas nacionales de protección integral de la Infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, en CEPAL-UNICEF, 2013. Disponible en <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemasnacionalesdeprotecciondelainfancia.pdf> [consultada el 28 de julio de 2013].
- Núñez, René y Cortés, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Santiago, Abeledo Perrot/Legal-Publishing Chile/Thomson Reuters, 2012.
- Núñez, Germán, “La Judicatura de Familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: Las Medidas de Protección en el Derecho Chileno”, en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, núm. 3, 2010, pp. 245-278.
- Organización de los Estados Americanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf> [fecha de consulta: 18 de julio de 2014].
- SENAME, *Línea de Acción de las Oficinas de Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes 2012-2015*. Disponible en http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p1_16-01-2013/Bases_tecnicas.pdf [fecha consulta: 20 de julio de 2014].
- SENAME, Unidad de Estudios. *Anuario Estadístico Institucional 2013*, mayo 2014. Disponible en http://www.sename.cl/wsename/otros/AE_2013.pdf [fecha de consulta: 14 de noviembre de 2014].

- Serrano, Mercedes, “Protección jurisdiccional de menores en situación de riesgo y desamparo. Iniciativas del Consejo de Europa y de la Unión Europea en orden a una justicia adaptada a los menores”, en De Hoyos Sancho, Montserrat (coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 159-180.
- UDP-UNICEF, *Informe final estudio ‘niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia’*, 2010. Disponible en http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=8 [consultada el 28 de julio de 2013].
- Viveros, Felipe, *Ejes fundamentales para un Sistema Integral de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia*, 2008. Disponible en http://www.comunitarios.cl/www/attachments/758_Documento%201%20sistema%20Integral%20F.%20Viveros.pdf [fecha de consulta: 28 de julio de 2013].

