

Crisis institucional en Chile: acogimiento residencial como vulneración del derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar

*Fabiola Lathrop Gómez*¹

Resumen

Este trabajo aborda la vulneración del derecho a la vida familiar que sufren los niños, niñas y adolescentes que se encuentran sometidos a una medida de protección de carácter residencial. Los trágicos hechos sucedidos durante el año 2016 en los centros residenciales a cargo del Servicio Nacional de Menores desencadenaron una serie de reacciones a nivel institucional, con el objeto de determinar responsables y buscar soluciones a la crisis desatada. El trabajo recapitula dichos hechos y reacciones; se detiene en las críticas formuladas al tratamiento normativo de las vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como en la desregulación de su derecho a la vida familiar. Finalmente, el trabajo comenta las iniciativas legales en curso para la implementación de un sistema integral de protección de derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes.

Introducción

En julio de 2013 fueron publicados los resultados parciales de un estudio llevado a cabo por el Poder Judicial de Chile y UNICEF-Chile acerca del sistema

¹ Fabiola Lathrop Gómez, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora Asociada de la carrera académica ordinaria del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Agradezco la colaboración del señor Joaquín Mesías Toro en la reconstrucción de los hechos de connotación social y periodística descritos en este trabajo.

residencial de niños, niñas y adolescentes (NNA) de nuestro país.² Este informe dio cuenta de las deficientes condiciones de vida existentes al interior de los centros de residencia de NNA, es decir, de menores de edad respecto de los cuales el Estado chileno había adoptado una medida de protección consistente en el alejamiento de su entorno familiar y comunitario. Conforme a la ley chilena, este tipo de medidas judiciales proceden frente a una “grave vulneración o amenaza de vulneración” de derechos de los NNA.

A partir de entonces, se ha agudizado la llamada “crisis del Servicio Nacional de Menores (SENAME)” que arrastramos desde hace décadas. La sociedad ha sido testigo de una serie lamentable de hechos, en su gran mayoría denunciados a través de la prensa; algunos de ellos han dado lugar a destituciones y dimisiones de autoridades, así como a interpelaciones en el Congreso Nacional; otros se han judicializado en sede civil y/o penal para la determinación de los responsables, con mayor o menor éxito; y, en buena parte, han sido analizados por comisiones especiales de investigación del funcionamiento de SENAME en el seno de nuestro Parlamento.³

En estas páginas repasamos algunos de estos hechos, particularmente los acaecidos durante el año 2016, con la intención de poner en evidencia la deficiencia del sistema de protección de derechos de los NNA chileno, en especial, de su derecho a vivir en familia. En primer lugar, se presenta una reseña de las irregularidades detectadas en el cumplimiento de la función de SENAME de protección de los derechos de NNA que se encuentran a su cuidado directo o a cargo de organismos colaboradores bajo su supervisión. En segundo lugar, analizaremos el tratamiento nacional e internacional del derecho a la vida familiar, con especial énfasis en el NNA. Luego, efectuaré algunas críticas a la regulación chilena en casos de vulneración de los derechos

² Me refiero al estudio contenido en el “Boletín N° 2: El Sistema Residencial en Chile. Análisis de casos: Aldeas Infantiles SOS.” Este Boletín presenta los resultados parciales de una investigación realizada en el contexto del Proyecto de Levantamiento y Unificación de la Información de niños/as en el sistema residencial 2011-2012, encabezada por UNICEF-Poder Judicial. Al respecto, puede consultarse: Corporación Administrativa del Poder Judicial, “Informe Estadístico de los niños/as privados de cuidado parental en Chile. Año 2013”; Ciperchile.cl, Niños protegidos por el Estado: Los estremecedores informes que el Poder Judicial mantiene ocultos, 04 de julio de 2013; y Ciperchile.cl, Niños protegidos por el Estado II: la falta endémica de recursos que los deja sin la mínima asistencia, 09 de julio de 2013.

³ La primera de ellas, creada en julio de 2013, se denominó “Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento de SENAME” y emitió su informe el 03 de marzo de 2014. La segunda se denominó “CEI de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la Comisión Investigadora del SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental”, fue creada el 10 de mayo de 2016 y emitió su informe el 03 de julio de 2017, el que fue rechazado por la Cámara.

del NNA. En cuarto lugar, se comentarán los principales proyectos de ley que conforman la agenda legislativa sobre infancia. Por último, presentaré algunas consideraciones finales.

1. Los hechos que precipitaron el colapso institucional de la protección de derechos de los NNA

1.1. Fracaso del acogimiento residencial: inexistencia de un sistema integral de protección de derechos de NNA

Nuestro país conoce la deficiente protección de derechos de los NNA. Usuarios del sistema y expertos jurídicos y psicosociales son conscientes de las graves falencias que presentan las políticas públicas y las leyes referidas a los derechos de los NNA. El revuelo mediático generado en torno a los trágicos sucesos que comentaré en los apartados siguientes sólo ha hecho patente una realidad sabida por la sociedad chilena, y ha precipitado la adopción de medidas dispersas, en un intento por aplacar las críticas a la gestión del sistema.

La Ley Orgánica de SENAME señala que éste es “(...) un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal (...)”⁴. Sus funciones no se ubican en un sistema integral de protección de derechos de NNA, pues éste no existe en nuestro país. Esta carencia ha provocado una inadecuada confusión entre las tareas de SENAME de promoción, difusión y prevención; la responsabilidad por la protección de los derechos de los NNA —estén o no en situación de vulneración—; y el deber de proveer oferta especializada. Esta deformación funcional ha terminado por colapsar el sistema, al punto de producirse graves violaciones a los derechos del NNA dentro de la propia estructura institucional de SENAME.

El Informe Nacional de Visitas a Hogares y Residencias de Protección de la red SENAME y Privado recopila la información consignada por los jueces de familia que visitaron todas las residencias de SENAME, tanto de administración directa como de organismos colaboradores, a nivel nacional. En las conclusiones del informe se constatan las siguientes debilidades: existe sobrepoblación en

⁴ Artículo 1, Decreto Ley N°2465 que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica.

gran parte de las residencias visitadas; hay una permanente baja dotación de personal profesional y técnico; la infraestructura de los centros es insuficiente; no existen programas que aborden el trabajo del tiempo libre y del ocio de los NNA; y falta coordinación entre quienes dirigen los centros y SENAME.⁵

Si bien no existe un seguimiento a los NNA que pasan por centros residenciales —que permita conocer su trayectoria futura y analizar el efecto que tuvo en sus vidas la internación—, existe un estudio que indica que, doce meses después de abandonar el programa de protección de derechos administrado por SENAME, el 8% de los NNA que había dejado de ser beneficiarios de los mismos al cumplir la edad reglamentaria, había ingresado al sistema de justicia juvenil. Asimismo, se relacionan con este ingreso: la entrada temprana a tales programas, la deserción escolar, el consumo de drogas y el trabajo infantil.⁶ La atención en centros residenciales y programas de acogimiento excede el plazo establecido originalmente, permaneciendo en promedio en ellos los NNA tres años.⁷ Cuando se comparan los centros residenciales con los programas de familias de acogida, la duración de la estadía no varía sustancialmente: ninguna de las dos alternativas pareciera ser efectivamente temporal y es prolongada en el caso de hogares de NNA con discapacidad.⁸ El 81,8% de estos NNA vuelve a sus familias biológicas, el 11,4% es derivado a otros programas y, aproximadamente el 2,2%, es entregado a familias sustitutas o adoptivas; sin embargo, menos del 48,8% de los NNA que egresan han cumplido con los objetivos de la intervención.⁹ Estos datos sitúan globalmente los abusos, muertes y excesos, que comentaremos a continuación.

1.2. La muerte de Lissette Villa

El día 11 de abril de 2016, Lissette Villa, una niña de 11 años que se encontraba bajo el cuidado proteccional del Centro de Reparación Especializada de

⁵ Corporación Administrativa del Poder Judicial, Departamento de Desarrollo Institucional, Unidad de Seguimiento e Información Acta 37-2014, “Informe Nacional Visita a Hogares y Residencias de Protección Red SENAME y Privados. Agosto 2016”, pp.153-154.

⁶ Cfr. Álvarez, Jorge, “Historia de adolescentes egresados de la red de protección del Sename y factores de riesgo de ingresar a la justicia juvenil”, en Señales, (Sename, Ministerio de Justicia), núm. 11, Año 6, agosto 2013, pp.43-61.

⁷ Cfr. Iruarrizaga, Francisca, “Rediseñando el sistema de protección a la infancia en Chile. Entender el problema para proponer modelos de cuidado alternativos y ayudar a la reunificación familiar”, en *Estudios Públicos*, núm. 141, 2016, p.27.

⁸ Datos tomados de Iruarrizaga, Francisca, “Rediseñando el sistema de protección a la infancia en Chile. Entender el problema para proponer modelos de cuidado alternativos y ayudar a la reunificación familiar”, en *Estudios Públicos*, núm. 141, 2016, p.20.

⁹ Ministerio de Justicia, Unidad de Estudios, “Anuario estadístico institucional 2015”, pp.138-139.

Administración Directa (CREAD) Galvarino, en la comuna de Estación Central, falleció bajo confusas circunstancias. Antes de evacuarse el informe del Servicio Médico Legal (SML) que constatará la causa de muerte de la niña, la Directora de SENAME de ese entonces, Marcela Labraña, afirmó que “una crisis emocional provocada por la ansiedad de no recibir una visita esperada le habría causado un paro cardiorrespiratorio”.¹⁰

Tras la muerte de Lissette, se abrió un sumario administrativo interno por parte de SENAME, mientras que se dio inicio a una investigación por el Ministerio Público. Ambos procedimientos buscaban esclarecer las circunstancias de su fallecimiento.

En agosto de 2016, un informe elaborado por la Policía de Investigaciones daba cuenta de una serie de factores de riesgo a los que se encontraba sometida Lissette, que pudieron provocar su muerte; entre ellos, se indicaban elementos neurológicos (discapacidad intelectual moderada), sociales (vivió gran parte de su vida institucionalizada), psiquiátricos (se le administraban psicofármacos), cardíacos (presencia de tejido adiposo en el miocardio), hepáticos y toxicológicos (por medicación).¹¹ Sin embargo, dicho informe habría sido categórico al señalar que “existió un mal manejo de la crisis que la niña tuvo el día 11 de abril de 2016 por parte de las funcionarias de la institución, lo que significó su muerte por asfixia”.¹²

Luego de ocho meses de investigación encabezada por el Ministerio Público, el SML precisó que la muerte de Lissette Villa fue provocada por “asfixia por sofocación producto de una compresión mecánica externa”.¹³ El informe detalló que dos funcionarias del CREAD Galvarino, ante la crisis emocional de Lissette, “actuaron con pleno desconocimiento del protocolo que se debería usar, y sin conocimiento de primeros auxilios”; por lo que, al “inmovilizarla, se subieron encima de ella comprimiendo la región torácica y abdominal, lo que imposibilitó por varios minutos que la niña respirara”.¹⁴

El 1 de marzo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de formalización de las imputadas por la muerte de Lissette. Fueron formalizadas, en calidad de

¹⁰ *El Mercurio*, Abren investigación por muerte de niña en centro de Sename. 13 de abril de 2016, página C9.

¹¹ Policía de Investigaciones de Chile, Departamento de Medicina Criminalística, Informe N°83, 08 de Julio de 2016.

¹² Quepasa.cl, ¿De que murió Lissette?, 26 de agosto de 2016.

¹³ Elmostrador.cl, La verdad sepultada: Lissette Villa habría muerto tras ser torturada por sus cuidadoras, 18 de diciembre de 2016.

¹⁴ *Ibidem*.

autoras, dos educadoras de trato directo, por el delito de apremios ilegítimos y tormentos con resultado de muerte, junto con otros seis funcionarios del mismo centro, en calidad de encubridores; además, fueron fijadas las medidas de arraigo nacional y firma mensual para tres de los imputados.

1.3. Comisión Investigadora de SENAME II

Luego de la muerte de Lissette Villa, en mayo de 2016, la Cámara de Diputados aprobó la creación de una Comisión Especial Investigadora —llamada Comisión Investigadora de SENAME II—, con el fin de obtener información sobre el cumplimiento, por parte de las autoridades de gobierno, de las propuestas del Informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento de SENAME, creada anteriormente (en el año 2014).¹⁵

A medida que esta Comisión fue recibiendo informes de los distintos organismos investigados, se revelaron más hechos irregulares, como la incongruencia de los datos existentes en cuanto a la cantidad de NNA fallecidos bajo el cuidado proteccional de SENAME.

En efecto, por petición del diputado Saffirio, mediante ley de transparencia, SENAME informó la nómina de NNA fallecidos bajo su cuidado directo o de organismos colaboradores.¹⁶ Consignó que “un total de 185 menores que se encontraban a cargo de instituciones dependientes del Servicio Nacional de Menores han fallecido desde 2005 a mayo de 2016”;¹⁷ agregando que “del total de muertes, 134 de ellas se produjeron en establecimientos de salud sin indicar cuál; 49 en organismos colaboradores del servicio; mientras que dos correspondieron a centros de administración directa de SENAME”.¹⁸

Sin embargo, esta información fue cuestionada, pues se contradecía con las cifras manejadas por UNICEF-Chile. Esta institución, en un documento titulado “La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe”, de 2012, establecía que “75 niños, niñas y adolescentes fallecieron en 2010, durante el periodo de cuidado en instituciones de protección en el país”.¹⁹ Esa cifra no era congruente con lo informado por

¹⁵ Según Oficio N°12.531 de 20 de mayo de 2016, ver nota n°3.

¹⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ORD. N°4458, ANT.: Oficio N°19.457 de fecha 04 de mayo de 2016, Cámara de Diputados, MAT.: Responde Petición que indica, Santiago, 07 de julio de 2016.

¹⁷ latercera.cl, Informe: 185 menores dependientes de instituciones del Sename han muerto desde 2005. 11 de Julio de 2016.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ elmostrador.cl, Unicef contradice Cifra oficial de menores muertos en Sename, 21 de julio de 2016.

SENAME, pues el informe entregado a la Comisión Investigadora contemplaba que sólo “15 (menores y adolescentes) perecieron en 2010 (13 murieron en establecimientos de salud y dos en organismos colaboradores)”.²⁰

Finalmente, en octubre de 2016, la directora de SENAME, Solange Huerta, actualizó las cifras de NNA fallecidos bajo el cuidado y supervisión de la institución durante el período de enero de 2005 y junio de 2016. Indicó que “tras una investigación de dos meses y medio, se confirmó que en este período murieron 210 niños que vivían en el sistema de protección de residencias que mantiene el organismo. Mientras que otros 406 menores fallecieron estando en recintos privados que funcionan como colaboradores”.²¹ Señaló que del desglose de los “210 menores informados como fallecidos en el sistema de residencias, 113 tenían algún grado de discapacidad, 74 eran menores de seis años, 131 tenían alguna enfermedad, mientras que 32 no estaban enfermos. Además, en 47 casos la causa de muerte no es concluyente.” Enseguida, agregó que “respecto de los 406 niños asociados a la protección de colaboradores privados, 177 estaban diagnosticados con alguna enfermedad, 180 estaban sanos y en 49 casos la causa [de muerte] no es concluyente”.²² En cuanto a la diferencia de las cifras entregadas en julio de 2016 por la misma institución, la Directora explicó que la disconformidad se debía a que dicho informe “consideraba solo hasta el 30 de mayo de 2016 y que ahora se aplicó un procedimiento aún más riguroso”.²³

1.4. Uso y abuso de psicofármacos en los centros de SENAME

Luego de la muerte de Lissette Villa, CIPER Chile realizó una investigación periodística en la cual se describía un alto uso de medicamentos del tipo psicofármacos en los centros administrados por SENAME y sus organismos colaboradores.²⁴ El reportaje señaló que en la Región Metropolitana existen “979 niños y adolescentes en las residencias administradas directamente por el SENAME”, tanto en hogares de protección como en el sistema de justicia juvenil. Además, agregó que solo en esta región “las dosis promedio de antidepresivos, antipsicóticos y tranquilizantes suman más de 10 mil al mes”²⁵. Asimismo,

²⁰ Ibidem.

²¹ elmostrador.cl, Sename: Solange Huerta eleva a un total de 210 la cifra de menores muertos bajo la tutela de la institución. 3 de octubre de 2016.

²² Ibidem.

²³ t13.cl, Sename: 210 niños han muerto en hogares de menores los últimos 11 años. 03 de octubre de 2016.

²⁴ ciperchile.cl, El uso y abuso de psicofármacos en los Hogares del Sename, 28 de abril de 2016.

²⁵ Ibidem.

indicó que los “testimonios recogidos entre psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, enfermeros y educadores que trabajan en centros del SENAME, muestran la verdadera función que cumplen los psicofármacos en el control de los menores”;²⁶ en el sentido de que, “ante el colapso de los centros, el hacinamiento y la falta de personal, muchas veces se los medica para evitar comportamientos disruptivos que puedan poner en riesgo la integridad de los menores”.²⁷

El reportaje detalló las modalidades en que los psicofármacos se administran a NNA. Así, la medicación diaria está destinada a “estabilizar el ánimo, reducir la hiperactividad, impulsos agresivos e insomnio” (con medicamentos como aradix, clonazepam, entre otros); y la medicación “sos”, que consiste en “un cóctel de fármacos de emergencia” (clonazepam, quetiapina y clorpromacina). En casos especialmente graves, se administra una segunda dosis de “sos”, consistente en una inyección intramuscular del sedante benzodiacepina y del antipsicótico clorpromacina. Conforme al reportaje, todos estos medicamentos son recetados por psiquiatras del mismo servicio o de los servicios de salud pública; sin embargo, son aplicados por el propio personal de SENAME.²⁸

1.5. Reacción del Poder Ejecutivo: el envío de dos proyectos de ley

El día 24 de marzo de 2017, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció el despacho de dos proyectos de ley que buscaban eliminar SENAME y crear dos servicios especializados. La Presidenta señaló que frente a la crisis actual del sistema de protección de los derechos de los NNA, se hace “necesaria diferenciación de dos funciones claramente distintas que hasta hoy ha debido asumir el Servicio Nacional de Menores”; agregando que esta medida busca reemplazar al SENAME por dos organismos diferentes: “un Servicio Nacional de Protección especializada para niños y niñas que dependerá del Ministerio de Desarrollo Social, y un Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil que dependerá del Ministerio de Justicia”.²⁹

Los hechos relatados precipitaron la presentación de estas iniciativas. Como veremos en el apartado 4, estos dos servicios forman parte del Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez que el Ejecutivo ha impulsado, desde

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ elmostrador.cl, Presidenta Bachelet firma proyectos de ley para dividir el Sename y combatir incendios forestales, 27 de marzo de 2017.

2015, mediante el proyecto de ley que lo contiene. La “división” de SENAME en dos servicios nuevos viene a dar satisfacción al compromiso internacional de nuestro país, cuyo cumplimiento le había hecho ver el Comité de Derechos del Niño.³⁰

2. El derecho del NNA a la vida familiar

Nuestro ordenamiento no se refiere explícitamente al derecho a la vida familiar. La Constitución Política de la República (CPR) se limita a declarar que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y que es deber del Estado darle protección y propender a su fortalecimiento (art. 1 incisos segundo y cuarto); para más adelante establecer que se asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (art. 19 N° 4), así como la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 N° 5). En el contexto del Derecho de Familia y de la Infancia existe sólo una referencia a este derecho en la Ley de Adopción.³¹ A su vez, la doctrina y la jurisprudencia lo han desarrollado muy escasamente.³²

El derecho a la vida familiar está consagrado en los artículos 5, 9, 18, 19, 20 y 27 de la Convención Sobre Derechos del Niño (CDN); artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 15 del Protocolo de San Salvador; y artículo 11 b) de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. Estas normas reconocen a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el NNA; afirman que el Estado debe propender a que

³⁰ Comité de Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Chile, 2007, párrafo 3 letra e).

³¹ Su art. 1 señala que: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

³² Ver Espejo, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Lepín, Cristian y Gómez de la Torre, Maricruz (coordinadores), *Estudios de Derecho Familiar I*, (La Ley-Thomson Reuters), 2016, pp. 197-209; Rizik, Lucía, “Los derechos del niño y la protección a la familia. El caso Fornerón e Hija vs. Argentina de la CIDH”, en *Revista de Derecho de la Escuela de Postgrado*, núm. 6, diciembre 2014, pp. 35-48. La jurisprudencia aborda sólo tangencialmente el derecho a la vida familiar cuando la separación del NNA de su familia resulta desproporcionada. Cfr. Lathrop, Fabiola, “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 22, julio 2014, pp. 197-229.

la familia cumpla la función de su cuidado y que, por ende, debe intervenir solo cuando aquella falle en este cometido.³³

Asimismo, el derecho a la vida familiar ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina comparada³⁴ y los órganos de los sistemas universal y regional de Derechos Humanos. Las Directrices sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños³⁵ constituyen las pautas de orientación política y práctica esenciales, en torno a las que los Estados deben brindar protección especializada a los derechos del NNA privado de cuidado parental o en peligro de estarlo. En concreto, separar al NNA de su familia debe ser la última alternativa de intervención disponible, temporal, por el menor tiempo posible, procurar mantenerlo lo más cerca de su residencia habitual, estar sujeta a revisión periódica y, especialmente, autorizada por la satisfacción del interés superior del NNA y su derecho a ser oído. La Directriz N° 3 establece claramente que “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 (...)”.

En nuestro sistema regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido una interesante vinculación entre los derechos a la vida familiar y a la identidad. Así, ha señalado que el artículo 17 del Pacto de San José de Costa Rica reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que ella debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Agrega que “dada la importancia del derecho a la protección a la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza

³³ Se trata de las dimensiones positivas y negativas de este derecho. Cfr. Lázaro González, 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.

³⁴ A modo ejemplar: Cédola, Carolina, “Instituciones alternativas a la responsabilidad parental. Tutela. Guarda”, en Fernández, Silvia (directora), *Tratado de Derechos de Niños, niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, (Abeledo Perrot), 2015, pp.1115-1134; Benavente, Pilar, “Riesgo, desamparo, y acogimiento de menores. Actuación de la Administración e intereses en juego”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2011, pp. 15-62; Ferrer i Riba, Josep, “Principles and prospects for a European System of Child Protection”, en *InDret*, núm. 2/2010, pp. 1-31; Gómez, Blanca y Berástegui, Ana, “El derecho del niño a vivir en familia”, en *Miscelánea Comillas*, vol. 67, núm. 130, 2009, pp. 175-198; Doek, Jaap E., “Article 8. The Right to Preservation of Identity. Article 9. The Right not to Be Separated from His or Her Parents”; en *Por todos*, Alen, André; *A Commentary on the United Nations Convention on the Right of the Child*, Leiden-Boston, (Martinus Nijhoff Publishers), 2006, pp. VIII-31.

³⁵ Resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General N°64/142-2009. Al referirse a las “Directrices” o a la “Directriz”, aludo a ellas.

del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”.³⁶

La Corte IDH ha señalado también que el mencionado artículo 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 a la protección de la familia es “tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas”.³⁷ Por último, en la Opinión Consultiva N° 17, de 2002, la propia Corte IDH estableció “Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”.³⁸

Especial relevancia tiene un pronunciamiento de la Corte IDH de 2011, efectuado al conocer de medidas provisionales solicitadas en un caso vinculado estrechamente con el derecho del NNA a la vida familiar y a su identidad, y que abrió paso a la decisión de fondo adoptada un año más tarde contra Argentina.³⁹ La Corte IDH señaló que “la circunstancia de que la situación de guarda y cuidado del niño permanezca indeterminada mientras las solicitudes que buscan establecer un relacionamiento con su familia continúan sin resolución, configura una situación de extrema gravedad que podría afectar de manera irreparable los derechos a la identidad, integridad psíquica y mental (...)”.⁴⁰ Agregó que “los procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de los niños que se encuentran en su primera infancia deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”, debiendo “garantizar los derechos en posible riesgo hasta tanto

³⁶ Corte IDH, caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Fondo, sentencia de fecha 04 de septiembre de 2012, párrafo 145.

³⁷ Corte IDH, caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Fondo, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, párrafo 145; ver también Corte IDH, caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia. Fondo, sentencia de fecha 3 de septiembre de 2012, párrafo 225.

³⁸ Corte IDH, OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, Seria A N° 17, párrafos 75 y 77, y opinión 5, p. 86.

³⁹ Corte IDH, caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, sentencia de fecha 27 de abril de 2012, párrafos 41, 107 y 109.

⁴⁰ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de Paraguay. Asunto M. L., resolución de 11 de julio de 2011, párrafo 12.

no se resuelva la controversia sobre el fondo y de asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte”.⁴¹

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha afirmado que el Estado nacional debe ser cuidadoso al evaluar el impacto que la medida de alejamiento puede causar en el NNA y en sus padres; que estas medidas deben considerarse temporales, por lo que se les debe poner término tan pronto como las circunstancias lo permitan; y que cualquier medida alternativa de cuidado temporal debe encaminarse a que el NNA vuelva a estar bajo la crianza de sus padres.⁴²

Al resolver un caso contra Austria, el TEDH afirmó que las autoridades no habían adoptado acciones positivas para explorar alternativas que permitieran a los integrantes de una familia permanecer unidos, lo cual había violado el derecho a la vida familiar.⁴³ Asimismo, ha afirmado que la toma a su cargo de un NNA por la autoridad pública no pone fin a sus relaciones familiares naturales, debiendo propenderse a la reintegración.⁴⁴ El mero hecho de que el NNA pudiera tener un mejor ambiente o mejores condiciones para su desarrollo, no justifica, por sí mismo, que se adopte la medida de separarlo de sus padres,⁴⁵ sin que tampoco se justifique por la mera referencia a la situación precaria de sus padres, que puede tener en la vida del NNA una significación menor que su separación de la familia.⁴⁶

En suma, la protección del derecho a la vida familiar del NNA debe tener un carácter preventivo, debiendo toda medida, en casos de vulneración o amenaza, garantizar su máximo disfrute; de forma que el alejamiento de su entorno a través de una “institucionalización” solo proceda cuando se hayan agotado todas las acciones positivas tendientes al fortalecimiento familiar y consiguiente permanencia en el núcleo fundamental de origen.⁴⁷ La autoridad pública debe proveer al NNA un contexto de vida apropiado que lo aleje de la vulneración o

⁴¹ Corte IDH, Medidas provisionales respecto de Paraguay. Asunto M. L., resolución de 11 de julio de 2011, párrafo 16.

⁴² TEDH, caso P. C. and S. vs. United Kingdom, sentencia de fecha 16 de julio de 2002, párrafos 116 y 117.

⁴³ TEDH, caso Moser vs. Austria, sentencia de fecha 21 de septiembre de 2006, párrafo 70.

⁴⁴ TEDH, caso Couillard Maugery vs. Francia, sentencia de fecha 1 de julio de 2004, párrafo 270.

⁴⁵ TEDH, caso K. A. vs. Finlandia, sentencia de fecha 14 de enero de 2003, párrafo 92.

⁴⁶ TEDH, caso Saviny vs. Ucrania, de fecha 18 de marzo de 2009, párrafo 50.

⁴⁷ Cfr. Rodríguez, Laura y Blanck, Ernesto, “Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección”, en García, Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, 2008, Buenos Aires, (Fundación Sur-Editores del Puerto), p. 189.

amenaza a través de un acogimiento prioritariamente familiar. Esto significa que el NNA debe ser ubicado en un espacio conformado preferentemente por una familia, en especial aquella extensa a la que pertenece naturalmente; y que el acogimiento puede ser transitorio, permanente, e incluso preadoptivo, conforme a las circunstancias concretas, para satisfacer al máximo su bienestar y garantizar su interés.

3. Críticas a las normas sobre protección de derechos de NNA en Chile

El derecho a la vida familiar no está consagrado ni protegido adecuadamente en el ordenamiento nacional. La regulación inorgánica de los derechos del NNA con que actualmente contamos no hace referencia a este derecho. Tampoco la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado su contenido y alcances. El funcionamiento del sistema de justicia parece indicar que el derecho del NNA a la vida familiar se sacrifica desproporcionadamente frente al goce de otros de sus derechos que podrían encontrarse amenazados o vulnerados en su ejercicio, como el de integridad física o psíquica.⁴⁸ NNA son separados de sus familias y entornos sociales y comunitarios extralimitando los estándares legales,⁴⁹ conduciéndolos a instituciones que no velan por sus derechos, que más bien ponen en riesgo sus vidas (como surge de los hechos y datos comentados en párrafos anteriores).

Las falencias del marco regulatorio de las medidas de protección de derechos del NNA inciden directamente en la crisis institucional que hemos comentado. En un trabajo anterior he podido detenerme en algunas de ellas; en esta ocasión las resumo del siguiente modo:⁵⁰

⁴⁸ El libro "Todos fueron culpables", de Lilian Olivares (Ediciones UC, 2014), narra la historia de una niña inmigrante violada y asesinada en Carrizal Bajo, mientras se encontraba a cargo de su cuidadora, luego de haberse dictado medidas de protección de sus derechos que importaron el alejamiento de su familia. La muerte de Paola Cajales, el 28 de febrero de 2011, es un dramático ejemplo del fracaso de la intervención judicial, agudizado por el contexto de marginación, pobreza e inmigración ilegal que ella y su familia sufrían.

⁴⁹ El inciso tercero del artículo 30 LM establece que la separación del NNA de su entorno familiar sólo 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; y que tendrá un carácter esencialmente temporal, no debiendo decretarse por un plazo superior a un año y revisarse cada seis meses.

⁵⁰ Lathrop, Fabiola, "La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno", en Revista Chilena de Derecho Privado, núm.22, julio 2014, pp. 197-229.

En uno de los pocos artículos escritos al respecto, un juez de familia señala, en el año 2010, que las normas referidas a las medidas de protección no se ajustan a la CDN, agregando que su aplicación requiere de normas jurídicas de índole preventiva.⁵¹ Asimismo, se señala que estas y otras medidas son “mal concebidas” como el “principal instrumento a través del cual el Estado ejerce la potestad cautelar, cuyos destinatarios son los “menores en situación irregular”, ya sea porque han sido abandonados, se encuentran desamparados, presentan algún tipo de desajuste conductual o han infringido la ley penal siendo inimputables”.⁵² Ello, debido a que estas medidas responderían a procedimientos tutelares encaminados a la “protección de la persona” más que a los “derechos” del NNA.

La regulación de las medidas de protección de derechos del NNA no establece un supuesto determinado que amerite su aplicación. El artículo 30 de la Ley de Menores (LM)⁵³ establece que en los casos previstos en el artículo 8 N° 7 de la Ley que crea los Tribunales de Familia (LTF)⁵⁴ podrán decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los “menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”.⁵⁵

Algo similar sucede con el elenco de las medidas de protección, que es abierto y que está desprovisto de la naturaleza preventiva connatural a su procedencia, conforme a los cánones de la CDN. El artículo 30 LM establece que “en particular, el juez podrá” (es decir, tiene libertad para ordenar otra medida no enumerada por dicha norma) disponer: “1) (...) la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes; (...) 2) (...) el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.”

⁵¹ 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, pp. 247, 249 y 257.

⁵² Cfr. Millán, Patricio y Villavicencio, Luis, “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”, en Revista de Derechos del Niño, núm. 1, 2002, p. 50.

⁵³ Decreto con Fuerza de Ley N°1, de 2000.

⁵⁴ Ley N°19.968, de 2004.

⁵⁵ El artículo 8 N° 7 LTF determina que corresponderá a los Juzgados de Familia conocer y resolver de “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores”. El artículo 68 inciso primero de la misma ley se refiere a derechos de NNA “amenazados o vulnerados”.

A su vez, si bien en lo que sigue del texto del citado artículo 30 LM se apega al carácter de *ultima ratio* que debe revestir la separación del NNA de su entorno familiar,⁵⁶ el sistema permite que la práctica judicial resuelva contrariando tal carácter. A mayor abundamiento, el actual tratamiento de las medidas de protección ha permitido ciertos vicios en su utilización, los que, finalmente, desvirtúan la naturaleza jurídica cautelar de estas medidas. Así, no obstante tener el procedimiento especial contenido en la LTF (artículos 68 a 80) un carácter cautelar autónomo,⁵⁷ se detecta un gran número de situaciones en que la medida de protección —especialmente aquella gatillada vía denuncia— es utilizada inescrupulosamente para preparar demandas de contenido civil (cuidado personal o adopción de NNA).⁵⁸

Finalmente, se advierte la vulneración del derecho al derecho del NNA al debido proceso, toda vez que la LTF razona sobre la base de que el NNA no es parte del mismo.⁵⁹ Concebir al NNA como *objeto* de una medida tan extrema en términos de afectación de derechos fundamentales —como es la de separación del NNA de su familia— equivale a negarle su calidad de sujeto de derecho. El NNA es parte directa en este tipo de procedimientos pues no hay interés

⁵⁶ Conforme al inciso segundo del artículo 30 LM, de consistir la medida de protección en el 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 tiene dos características: a) sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas con las que tenga una relación de confianza; b) tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo (aunque puede renovarse en estos mismos términos y condiciones mientras subsista la causal que le dio lugar).

⁵⁷ En este sentido, Núñez, René y Cortés, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Santiago de Chile, (Abeledo Perrot/LegalPublishing Chile/Thomson Reuters), 2012, p. 364. Conforme a estos autores, este procedimiento se caracterizaría, además, por el interés público que involucra, y por la urgencia, rapidez y socialización exigidas en su sustanciación.

⁵⁸ Así lo sostiene 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.

⁵⁹ Algunos autores sostienen que es parte indirecta, es decir, con interés independiente de las partes directas. Cfr. Núñez, René y Cortés, Mauricio, *Derecho Procesal de Familia*, Santiago de Chile, (Abeledo Perrot/LegalPublishing Chile/Thomson Reuters), 2012, p. 367.

más relevante involucrado en ellos que el del propio NNA.⁶⁰ El Estado debe garantizarle asesoría letrada y defensa técnica especializada.⁶¹

Un adecuado sistema de protección integral de derechos, basado en ciertos principios, como el de legalidad, autorizaría esta medida de separación sólo en casos excepcionales.⁶² La ausencia de un sistema de protección de derechos del NNA de componente eminentemente administrativo, termina por consolidar un modelo en que los tribunales de familia gestionan la oferta de servicios especializados de protección de tales derechos. Un modelo de protección de derechos que ordene, verdaderamente (no sólo en el texto legal), la intervención judicial únicamente en los casos de vulneración grave de derechos del NNA, dejaría a la administración un campo de actuación, de organización y coordinación de servicios especializados, para cuya gestión estaría, al menos teóricamente, mejor dotada. El proceso judicial no es el contexto más idóneo para la efectividad de intervenciones preventivas, psicosociales y restauradoras en materia familiar, ni para la prevención de la vulneración.

La intervención pública en la familia y en el entorno del NNA debe estar asociada a programas y metodologías flexibles y comunitarias. Así, un organismo administrativo de protección de derechos, con fuerte presencia local, competente para adoptar resoluciones y medidas de protección de derechos en casos no graves, intervendría colaborativamente en la situación del NNA, involucrando a su familia, entorno cercano y figuras relevantes para su desarrollo, proponiendo soluciones contextualizadas y pertinentes a su vida. En caso de fracasar en este nivel primario de intervención, la propia administración debiera proponer a la autoridad judicial la implementación de una medida de protección de derechos más fuerte, como podría ser la separación de su familia. Nada impediría que la

⁶⁰ Cfr. Rodríguez, Laura y Blanck, Ernesto, “Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección”, en García, Emilio (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, 2008, Buenos Aires, (Fundación Sur-Editores del Puerto), p. 201.

⁶¹ El nombramiento de un curador *ad litem* —contemplado en el art. 19 LTF— ha sido criticado en la doctrina. Se trata de un mecanismo de defensa de los derechos del NNA insuficiente: no constituye asistencia letrada para el NNA sino más bien una herramienta que busca garantizar el respeto de su interés superior en el juicio, no es obligatorio ni independiente. Ver Greeven, Nel, *Filiación*, Santiago de Chile, (Librotecnia), 2017, pp. 163 y 164.

⁶² En el trabajo “Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes”, en UNICEF, *Los derechos del niño. Una orientación y un límite*, 2015, detectamos, junto a Nicolás Espejo, 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.

intervención judicial se produjera directamente en casos de especial gravedad, en particular, ante un abuso o negligencia parental producido en el propio entorno familiar del NNA, que permita afirmar que no hay un adulto a cargo de su cuidado o que lo hay pero que no ejerce tal función responsablemente.⁶³ El elemento importante en este sentido, es garantizar un “diálogo” entre la administración y el tribunal, que configure un sistema de naturaleza mixta, no puramente judicial, más amigable y cercano a los NNA y sus familias.

4. Breve alusión al Derecho Projectado en materia de derechos de NNA

Consultadas las páginas web del Senado y de la Cámara de Diputados, a mayo de 2017, existen más de cien proyectos de ley —en tramitación— que pretenden mejorar la situación de los derechos de los NNA. De este centenar de iniciativas, me parece útil enumerar las siguientes, así como indicar brevemente su objeto y estado:

Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez: Boletín 10315-18, ingresado a la Cámara de Diputados el 24 de septiembre de 2015, actualmente en Segundo Trámite Constitucional en el Senado. El proyecto recibió casi quinientas indicaciones de parte del Ejecutivo y de parlamentarios; obtuvo sus primeros informes de la Comisión de Familia y Adulto Mayor y de Hacienda, el 12 de diciembre de 2016 y 25 de enero de 2017, respectivamente; el 17 de marzo de 2017 la Comisión de Familia y Adulto Mayor despachó el segundo informe; el 2 de mayo de 2017 se aprobó en particular su discusión; el 3 de mayo de 2017 pasó a la Comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes y a la de Hacienda, en su caso; el 9 de mayo de 2017 se encontraba retirada la urgencia suma.

El carácter de esta ley es “marco”, es decir, establece las bases de un sistema normativo —y también institucional— que se irán desarrollando en otras leyes nuevas o a través de modificaciones a las ya existentes. El objeto de este proyecto ley es establecer, por primera vez en Chile, un sistema que proteja

⁶³ La Directriz 28 sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños entiende por niños “privados de cuidado parental” a todos los niños que, durante la noche, no están al cuidado de a lo menos uno de sus padres, cualesquiera sean las razones y circunstancias de ese hecho; que se encuentra “no acompañado” un NNA si no ha sido acogido por otro pariente o por un adulto que por ley o costumbre sea responsable de acogerlo, y que está “separado” si ha sido separado de un anterior cuidado primario legal o consuetudinario, aunque pueda estar acompañado de otro pariente.

integralmente los derechos de los NNA. Este sistema estaría integrado por políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los NNA.

El proyecto original establecía una nueva institucionalidad, privilegiando fortalecer organismos existentes. En el Ministerio de Desarrollo Social se radicaban las tareas de rectoría del sistema a través de un Comité Interministerial. La función de coordinación del sistema correspondería a una subsecretaría dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, denominada “Subsecretaría de la Niñez”. Además, en este Ministerio recaería la articulación de la prestación de servicios y de los programas ejecutables por el propio Ministerio o por otros órganos de la administración y los municipios. Especialmente, en este Ministerio se ubicaba la función de adopción de medidas de protección de derechos del NNA en sede administrativa, en caso de limitación o privación de los mismos. La institucionalidad se completaría con un “Defensor de la Niñez”, que contribuiría a la promoción, protección y defensa de los derechos de los NNA.

El proyecto cuenta con un Título I, que describe el objeto de la ley, señalando los principales obligados al respeto, promoción y protección de los derechos de los NNA (familia, sociedad y órganos de la administración del Estado). Luego, su Título II desarrolla los principios que estructurarían el nuevo sistema: el reconocimiento del NNA como sujeto de derecho; el principio de autonomía progresiva; el derecho a la igualdad; y el interés superior. Se desarrollan también ciertos derechos especialmente relevantes para NNA: a la vida, desarrollo y entorno adecuado, protección contra la violencia, identidad, a vivir en familia, al debido proceso y especialización, a la libertad ambulatoria, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de expresión y comunicación, a la información, a ser oído, a la participación, a la vida privada, a la honra y propia imagen, a la educación y a la salud.

El Título III se refiere a los sistemas de protección administrativa y judicial, modificando radicalmente el modelo actual. Establece el deber general de los órganos de la administración del Estado de proveer servicios sociales para la protección de derechos del NNA; esboza una redistribución de competencias entre lo administrativo y lo judicial, reservando a este último aspecto aquellos casos en que, como *ultima ratio*, se requiera separar al NNA de su familia.

El Título IV aborda la institucionalidad del nuevo sistema, haciendo referencia a los tres niveles de competencia de los organismos públicos que contempla —estratégico, articulación, y de prestación y adopción de medidas—,

detallando los órganos que formarían parte de cada uno de estos niveles y sus principales funciones, en especial, las del Ministerio de Desarrollo Social (que he señalado antes). Finalmente, en este Título se contemplan normas para la actuación policial (de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones) y las referidas a la participación ciudadana y de los NNA, relevando la actuación de organizaciones de la sociedad civil sin fines de lucro cuyos objetivos se relacionen con la protección y promoción de los derechos de los NNA.

El sistema establecido en el proyecto descansa en la generación de una Política Nacional de la Niñez, destinada a asegurar el pleno desarrollo de todos los NNA; estableciendo sus fines, orientaciones y ejes de acción, los entes públicos y privados obligados a ponerla en práctica y sus dispositivos más importantes de planificación, control y seguimiento. Así, el Título V hace referencia a la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción, estableciendo sus objetivos generales y contenido mínimo, destacando el carácter universal, coordinado, progresivo, integral e intersectorial que debe tener.

Finalmente, el mensaje del proyecto promete el establecimiento de una nueva acción judicial, especializada y de tramitación rápida, que permitiría exigir a los órganos de la Administración del Estado, dentro de sus competencias y con arreglo a sus disponibilidades presupuestarias, la prestación de los servicios que deben otorgar legalmente, cuando el acceso a ellos hubiese sido negado o limitado afectando los derechos del NNA.

A grandes rasgos, podría señalarse que durante la discusión en la Comisión de Familia y Adulto Mayor de la Cámara de Diputados, el proyecto mantuvo su estructura original; algunas indicaciones mejoraron notablemente su contenido, aunque su número y complejidad ralentizaron su tramitación. Podría afirmarse que la parte general del proyecto votada hasta el momento (objeto, principios y derechos), salvo con respecto a ciertas garantías, constituye un avance significativo. El Título III y IV, sin embargo, no siguió la misma suerte. En efecto, el carácter marco de la ley propuesta no fue un argumento suficiente para explicar por qué el proyecto no detallaba el diseño del sistema de protección, en especial, sus componentes administrativos. Dado que el proyecto no contemplaba las estructuras, órganos, naturaleza de los equipos a cargo a nivel local, ni indicios suficientes sobre el procedimiento administrativo a aplicar, entre otros aspectos, se levantaron suspicacias en torno a la efectividad del nuevo sistema propuesto. Esto, sumado a la falta de informe financiero del proyecto, redundó, prácticamente, en la desaparición de los mencionados títulos, cuyas normas fueron votadas en contra en sala. De aprobarse el

proyecto como se encuentra votado actualmente, la adopción de las medidas de protección de derechos del NNA seguiría radicada en los tribunales de familia y la nueva institucionalidad enunciada en el mensaje del proyecto, en especial, sus instituciones participantes, se vería francamente reducida. El Ejecutivo trabaja en indicaciones que, probablemente, repondrán —en mayor o menor medida—, los artículos originales del proyecto.

El proyecto introduce una reforma profunda al sistema normativo e institucional chileno, impactando estructuras de índole jurídica, política, familiar, social y cultural; recogiendo nuevos principios y creando nuevas reglas; proponiendo un lenguaje, abordaje y trato distinto hacia nuestros NNA. Por lo anterior, el proceso pre-legislativo y su tramitación en el Parlamento han sido complejos de desarrollar; no obstante, el proyecto logró avanzar como no lo hicieron iniciativas anteriores.⁶⁴ Sin duda, el proyecto requiere mejoras importantes, en especial, en cuanto a visibilizar el diseño del sistema administrativo que protegería los derechos del NNA. Los proyectos que contienen la creación de nuevos servicios —en materia proteccional y de reinserción social— debieran disipar algunas de las dudas existentes y llenar ciertos vacíos que presenta el diseño del sistema contenido en el proyecto de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez.

Otorga nuevas atribuciones al Ministerio de Desarrollo Social en materia de niñez y crea la Subsecretaría de la Niñez, dependiente del mismo: Boletín 10314-06, ingresado al Senado el 29 de septiembre de 2015, actualmente en Primer Trámite Constitucional. Su objeto es crear una nueva institucionalidad para los NNA, estableciendo un rol de rectoría del nuevo Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez ejercido por el Ministerio de Desarrollo Social, función que se ejercerá sobre los nuevos servicios que, en el contexto del nuevo sistema, asumen las tareas de promoción y protección de los derechos de los NNA. El proyecto se hace cargo del área de gestión estratégica del sistema y de la

⁶⁴ El año 2005, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley sobre la materia, denominado “Sobre Protección de los derechos de infancia y adolescencia”, que concluyó su Primer Trámite Constitucional siendo aprobado en el Senado (Boletín 3792-07), y que hoy se encuentra en la Cámara de Diputados sin avances. En 2012, se presentó un proyecto que tiene por objeto la creación de dos nuevos Servicios de atención a la infancia y adolescencia, que se encuentra aún en Primer Trámite Constitucional (Boletín 8487-07). El mismo año, por moción de los Honorables Senadores señor Escalona, señora Alvear y señores Letelier y Walker, Patricio, se presentó el “Proyecto de ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Este proyecto incorporaba las propuestas de las organizaciones no gubernamentales que colaboran en materias de niñez; sin embargo, no fue sometido a tramitación por la naturaleza de sus disposiciones, que requerían iniciativa presidencial. Finalmente, el año 2013 se presentó un “Proyecto de ley de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes” (Boletín 8911-18).

articulación del mismo a nivel nacional, en especial, del diseño de la estrategia nacional contenida en la “Política Nacional de la Niñez”, que establecerá las prioridades y directrices del mismo. Fue sometido a discusión general y aprobado en general; en abril de 2017 se encontraba abierto el periodo de indicaciones; el 17 de mayo de 2017 se encontraba con urgencia suma.

Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de Niños y Niñas y modifica normas legales que indica: Boletín 11176-07, ingresado a la Cámara de Diputados el 4 de abril de 2017, actualmente en Primer Trámite Constitucional. Como se ha señalado anteriormente, este proyecto se enmarca en la creación del sistema de protección integral de derechos que establece el proyecto de ley de Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez. Su objetivo es crear un servicio de protección especializada de derechos de NNA que asuma las funciones que actualmente desarrolla SENAME en materia proteccional. El proyecto concibe este nuevo servicio como público, descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Desarrollo Social. A su vez, por protección especializada entiende aquella provisión de prestaciones dirigidas a restituir el ejercicio de los derechos vulnerados de niños y niñas debido a abuso, maltrato y trata, según lo definan las leyes respectivas, debido a explotación sexual y laboral infantil, o a abandono cuando carezcan de cuidados maternos o paternos; asimismo, las destinadas a atender a los niños y niñas sujetos de adopción; finalmente, la protección especializada estará también dirigida a la reparación de las consecuencias de la vulneración de derechos de los NNA. El día 11 de mayo de 2017 este proyecto se encontraba con urgencia simple.

Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N°20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente, y a otras normas que indica: Boletín 11174-07, ingresado al Senado el 4 de abril de 2017, actualmente en Primer Trámite Constitucional. Fue enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y a la de Hacienda, en su caso. El proyecto crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil como un servicio público descentralizado, que tiene por objeto la administración y ejecución de las medidas y sanciones contempladas por la Ley N° 20.084. A este nuevo servicio le corresponderá la implementación de políticas de carácter intersectorial y el desarrollo de programas que contribuyan a la modificación de la conducta delictiva y la integración social de los jóvenes sujetos de su atención.

Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez: Boletín 10584-07, ingresado al Senado el 22 de marzo de 2016, actualmente en Segundo Trámite Constitucional. Este proyecto crea tal Defensoría como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyo objeto es la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas. En mayo de 2017 se encontraba en la Cámara de Diputados, pasando a la Comisión de Familia y Adulto Mayor, y a la Comisión de Hacienda, en lo pertinente; y con urgencia suma el día 17.

Consideraciones finales

Las largas etapas de institucionalización, especialmente durante los primeros años de vida, producen daños permanentes en las personas; los NNA que las viven sufren un mayor retraso en su capacidad de establecer interacciones sociales, así como trastornos médicos graves, deficiencias en el crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos y retrasos en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación. En cambio, los NNA que fueron adoptados o que se integraron a familias de acogida tienen un mejor desempeño, no solo físico y cognitivo, sino también en logros académicos e integración social como adultos independientes, que aquellos que crecieron en instituciones.⁶⁵ El Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños y Niñas de 2006 señala que la violencia en las instituciones es seis veces más frecuente que en los hogares de acogida, y que los niños institucionalizados tienen una probabilidad casi cuatro veces mayor de sufrir abuso sexual que aquellos que tienen acceso a alternativas de protección basadas en la familia.⁶⁶

Por estas razones, Chile debe evitar al máximo posible la “institucionalización” de sus NNA, protegiendo su derecho a vivir en familia. Existe evidencia de que hemos hecho escasos esfuerzos por evitar que el acogimiento residencial sea la regla excepcional y para que, en los casos en que ella parece ser la única medida adoptable, nuestros NNA sean tratados con dignidad.

En las páginas anteriores he intentado describir algunos hechos de implicancia jurídica, ciertas características del ordenamiento nacional y algunos elementos del funcionamiento de la justicia de familia que han conducido a nuestro país

⁶⁵ Cfr. UNICEF, *La situación de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe*, 2013, pp. 8 y 27.

⁶⁶ Unicef.org, Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños y Niñas de 2006, 31 de mayo de 2017.

a una grave crisis. Los proyectos de ley referidos a la infancia alcanzaron, en los últimos dos años, avances significativos para la implementación de un sistema de protección de derechos del NNA. Es de esperar que esta tarea se consolide próximamente y no veamos fracasar, nuevamente, una ley de protección integral de derechos del NNA. Asimismo, es necesario comprender que este proceso involucra una transformación profunda de nuestro sistema jurídico, en especial de la normativa civil y de familia; nuevas aproximaciones de parte de la administración, de la justicia y de toda entidad del Estado y, especialmente, de los particulares, de la sociedad civil, de padres, madres y de los propios NNA.

Por último, en lo que al acogimiento de NNA privados de cuidados parentales se refiere, Chile debe cumplir sus compromisos internacionales, protegiendo efectivamente los derechos del NNA, garantizando la plena vigencia del derecho a la vida familiar del propio NNA y de los demás miembros de su familia y de su entorno. Chile debe establecer marcos normativos adecuados, que ordenen el cumplimiento de los más altos estándares de calidad a la red de servicios de acogimiento familiar y residencial, fortaleciendo fuertemente su fiscalización. En este sentido, debiera exigirse la implementación de un enfoque integral en la intervención, que respete el derecho al desarrollo personal y a la inserción socioeducativa y sociolaboral, en su caso, del NNA. El diagnóstico y diseño del programa de intervención respectivo debe considerar la situación del grupo familiar y social en que el NNA habita y se desenvuelve. De este modo, el acogimiento residencial no terminaría sacrificando, desproporcionadamente, el derecho a la vida familiar del NNA, hasta el punto de acabar con sus vidas, como —lamentablemente— sucede hoy en nuestro país.

