

# Criterios de calidad para Centros de Protección de Infancia y Adolescencia

*De la infraestructura básica al  
proyecto educativo individualizado*

RENÉ SOLÍS DE OVANDO SEGOVIA

**Director**

JOSÉ MIGUEL CANALES RODRÍGUEZ

CLAUDIA SOLÍS MENCHACA

**Coordinadores**



la comprobación, en sí, pero de la misma se pueden derivar consecuencias negativas para los particulares si de las informaciones y datos recabados se comprueba que no se ha cumplido o se ha cumplido defectuosamente la normativa. En este sentido, las normas habrán de prever tanto las sanciones que puedan derivarse de la comisión de infracciones consistentes en el incumplimiento de la normativa, como la responsabilidad extracontractual por los daños derivados de una inadecuada prestación del servicio.

## CAPÍTULO 4

Estado, familia e infancia: Límites a la  
intervención estatal y desjudicialización  
del sistema de protección especial de  
derechos de NNA<sup>142</sup>

*Fabiola Lathrop Gómez*

### **1. Introducción: La sostenida crisis del Servicio Nacional de Protección de Menores (SENAME) chileno<sup>143</sup>**

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 residencial de niños, niñas y

---

142. Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesora Asociada de la carrera académica ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y subdirectora de su Departamento de Derecho Privado. flathrop@derecho.uchile.cl

143. Los hechos que se describen en esta introducción –hasta 2017– son tomados de otro trabajo de esta autora: "Crisis institucional en Chile: acogimiento residencial como vulneración del derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar", *Anuario de Derecho Público 2017*, Universidad Diego Portales – Facultad de Derecho, Santiago de Chile, pp. 365-387.

adolescentes (NNA) de nuestro país.<sup>144</sup> 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 agudizó 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.<sup>145</sup>

---

144. Me refiero al estudio contenido en el "Boletín N° 2: El Sistema Residencial en Chile. Análisis de casos: Aldeas Infantil 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-Chile y el Poder Judicial. *Vid.*: CIPERCHILE.CL, Niños protegidos por el Estado: Los estremecedores informes que el Poder Judicial mantiene ocultos, [ciperchile.cl/2013/07/04/ninos-prottegidos-por-el-estado-los-estremecedores-informes-que-el-poder-judicial-mantiene-ocultos/](http://ciperchile.cl/2013/07/04/ninos-prottegidos-por-el-estado-los-estremecedores-informes-que-el-poder-judicial-mantiene-ocultos/), 18 de septiembre de 2018; y CIPERCHILE.CL, [ciperchile.cl/2013/07/09/ninos-prottegidos-por-el-estado-ii-la-falta-endemica-de-recursos-que-los-deja-sin-la-minima-asistencia/](http://ciperchile.cl/2013/07/09/ninos-prottegidos-por-el-estado-ii-la-falta-endemica-de-recursos-que-los-deja-sin-la-minima-asistencia/), 18 de septiembre de 2018.

145. 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.

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 sucesos trágicos vividos recientemente 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 (...)".<sup>146</sup> 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, de 2016, 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. Este informe señala que 7.807 plazas son ocupadas en residencias; en sus conclusiones se constatan las siguientes debilidades: existe sobrepoblación

---

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

en 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.<sup>147</sup>

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 penal adolescente. Asimismo, se relacionan con este ingreso: la entrada temprana a tales programas, la deserción escolar, el consumo de drogas y el trabajo infantil.<sup>148</sup> La atención en centros residenciales y programas de acogimiento excede el plazo establecido originalmente, permaneciendo en promedio en ellos los NNA tres años.<sup>149</sup> 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.<sup>150</sup> El 81,8% de estos

147. Cfr. 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.150, 153-154.

148. Cfr. Álvarez Chuart, J., "Historia de adolescentes egresados de la red de protección del SENAME y factores de riesgo de ingresar a la justicia juvenil", *Señales*, Sename-Ministerio de Justicia, núm. 11, año 6, agosto 2013, pp.43-61.

149. Cfr. IRUARRIZAGA TAGLE, F., "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", *Estudios Públicos*, núm. 141, 2016, p.27.

150. *Ibid.*, p.20.

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.<sup>151</sup>

Durante el mes de enero de 2018 y en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones,<sup>152</sup> se llevó a cabo una investigación confidencial en nuestro país sobre la

151. Cfr. MINISTERIO DE JUSTICIA, UNIDAD DE ESTUDIOS, "Anuario estadístico institucional 2015", pp.138-139.

152. Este artículo establece: "1. El Comité, si recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o a la participación de niños en los conflictos armados, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto.

2. El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado parte de que se trate, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presenten un informe con carácter urgente. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio de este.

3. La investigación tendrá carácter confidencial, y se recabará la colaboración del Estado parte en todas las etapas del procedimiento.

4. Tras examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá sin dilación al Estado parte de que se trate, junto con las observaciones y recomendaciones del caso.

5. El Estado parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité lo antes posible, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que reciba los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité.

6. Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación realizada de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, el Comité, previa consulta con el Estado parte de que se trate, podrá decidir que se incluya un resumen de sus resultados en el informe a que se refiere el artículo 16 del presente Protocolo.

potencial violacin grave o sistemtica de diversas disposiciones de la Convencin Sobre los Derechos del Niio (CDN) con respecto a un importante porcentaje de NNA bajo tutela del Estado.

El informe que arroj esta investigacin –de 1 de junio de 2018– seala que a finales de 2016, 14.245 NNA se encontraban en residencias.<sup>153</sup> Otros datos indican que son 103.540 los NNA sujetos a programas de la red SENAME (residenciales o no), lo que equivale al 2,3% de la poblacin infantil del pas.<sup>154</sup>

El Comit estim que el Estado chileno viola diversos artculos de la CDN; en especial, el artculo 2, al permitir que ingresen NNA al sistema residencial por razn de carencia econmica, sin que los tribunales activen la ayuda material que requiera la familia para otorgarles el cuidado adecuado, privilegiando la internacin sobre otras modalidades de atencin, y limitando la atencin y enfoque en soluciones alternativas a la internacin como medida de intervencin.<sup>155</sup> El informe seala que los programas de proteccin

---

7. Cada Estado parte podr declarar, en el momento de firmar o ratificar el presente Protocolo o de adherirse a l, que no reconoce la competencia del Comit prevista en el presente artculo con respecto a los derechos enunciados en algunos de los instrumentos enumerados en el prrafo 1, o en todos ellos.

8. El Estado parte que haya hecho una declaracin conforme a lo dispuesto en el prrafo 7 del presente artculo podr retirarla en cualquier momento mediante notificacin dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas."

153. Prrafo 17.

154. Cfr. OBSERVATORIO NIIEZ Y ADOLESCENCIA, Infancia cuenta en Chile 2016. Cuarto Informe, Santiago de Chile.

155. Prrafo 25. El artculo 2 de la CDN establece: "1. Los Estados Partes respetarn los derechos enunciados en la presente Convencin y asegurarn su aplicacin a cada niio sujeto a su jurisdiccin, sin distincin alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religin, la opinin poltica o de otra ndole, el origen nacional, tnico o social, la posicin econmica, los impedimentos fsicos, el nacimiento o cualquier otra condicin del niio, de sus padres o de sus representantes legales.

residencial no estn obligados a hacer una evaluacin independiente de la continuacin de la medida de internacin segn el inters superior del NNA, lo que provoca en ocasiones que este cumpla largos periodos de internacin en los centros, incluso de ms de 5 aos;<sup>156</sup> y que por razones administrativas se separan hermanos en diversas residencias: a principios de 2017, 24,1% tena hermanos/as en otros centros.<sup>157</sup> Asimismo, 57,4% de los centros no se encuentran en la misma comuna del domicilio familiar del NNA, 7,24% est en centros ubicados en regiones distintas a la familia y 4,9% de los alejados son lactantes preescolares.<sup>158</sup>

En particular, en lo que concierne a este trabajo, el informe considera que las violaciones a la CDN detectadas han sido sistemticas a causa de, entre otras, "la **existencia y uso extendido y continuado de medidas judiciales que fallan en su propsito de proteccin y recuperacin**".<sup>159</sup> En efecto, el informe indica que los jueces dan limitada consideracin a acciones sociales con respecto a la familia para parar la situacin de vulneracin de derechos del NNA y evitar la separacin; agregando que la frecuente ausencia de motivacin suficiente de las sentencias impide conocer los elementos considerados, la ponderacin entre los mismos, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinacin del inters superior del niio como consideracin primordial de la decisin adoptada.<sup>160</sup>

---

2. Los Estados Partes tomarn todas las medidas apropiadas para garantizar que el niio se vea protegido contra toda forma de discriminacin o castigo por causa de la condicin, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

156. Prrafo 28.

157. Prrafo 29.

158. Prrafo 63.

159. Prrafo 116 (nfasis aadido).

160. Prrafos 26 y 27.

Además, el informe indica que el Poder judicial es el responsable de la supervisión de la situación de NNA y su avance en el programa de integración; agregando, que, sin embargo, de una parte, la mayor parte de los jueces carecen de formación específica para evaluar dichos avances y se limitan en gran medida a supervisar la situación del centro, y que, de otra parte, las decisiones judiciales no determinan en muchos casos qué derechos han sido vulnerados; ello no permite -a juicio del Comité- identificar para qué se interna y de qué debe recuperarse el NNA, lo que resulta en un trabajo casi inexistente en planes de intervención y falta de seguimiento de los que debe hacer el organismo encargado; así, cuando hay un plazo establecido, frecuentemente expira sin el conocimiento del tribunal que conoce la causa encontrándose el NNA institucionalizado sin medida vigente.<sup>161</sup>

Agrega el informe que la/el juez de familia, por regla general, toma la decisión de separar al NNA de su familia y entregarlo al cuidado del Estado con escasa o sin participación del NNA y de su familia, especialmente la familia extensa, lo que no permite evaluar sus condiciones particulares y las medidas necesarias para ayudar a la familia a salir de la situación en que estaba para que el NNA pueda volver a ella en el corto plazo.<sup>162</sup> El informe indica que la mayoría de los NNA (86,4%) dice tener conocimiento de las causas de su ingreso y son informados de cuando hay audiencias para revisar la continuidad de su permanencia en los centros (70,6%). No obstante, solo 32,1% dice tener la oportunidad de hablar con el magistrado y 30,8% con algún abogado que los represente en sus causas. En cuanto a los centros, 4,1% indica que los NNA no se encuentran autorizados para hablar con el/la juez directamente en caso de requerirlo, mientras el 20,4% de los centros reporta que durante la última visita de los jueces de familia los NNA no hablaron con ellos.<sup>163</sup>

161. Párrafo 37.

162. Párrafo 60.

163. Párrafo 66.

Finalmente, el informe señala que "existe consenso sobre la **excesiva judicialización del sistema. Los jueces tienen encomendada la adopción de todas las medidas de protección, desde las ambulatorias a las residenciales. Pero no tienen un conocimiento preciso de los recursos alternativos a la internación, ni el tiempo necesario para el estudio de cada caso individual, ni la capacitación para saber cuál es la medida social más adecuada para cada NNA.** Los tribunales tienen poco personal especializado de apoyo."<sup>164</sup>

Este último aspecto referido por el Comité es analizado en este trabajo: al de las falencias que un sistema de protección de derechos de NNA prácticamente por completo de carácter judicial, ha producido en nuestro país, con directa repercusión en la garantía del bienestar y desarrollo de nuestros NNA.

## **2. La excesiva judicialización del sistema de protección especial de derechos NNA en Chile**

### **2.1. Marco normativo de las medidas de protección especial de derechos de NNA 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" (conocida como "protección especial de derechos del NNA").

El artículo 30 de la Ley de Menores<sup>165</sup> (LM) se refiere a tales mecanismos al establecer que en los casos previstos en el artículo 8 N° 7 de la Ley que crea los Tribunales de Familia<sup>166</sup> (LTF) podrán

164. Párrafo 127 (énfasis añadido).

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

166. Ley 19.968, de 2004.

decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los “(...) menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (...)”.

El artículo 8 N° 7 de la LTF determina que corresponderá a los Juzgados de Familia conocer y resolver de “*todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores*”.<sup>167</sup>

El artículo 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 artículo 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 artículo 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 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.

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

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– 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 artículo 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;*

*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.*

Finalmente, la Ley 20.286, de 2008, introdujo modificaciones a la LTF; entre ellas, un nuevo artículo 80 bis referido al deber de información del SENAME. La norma señala:

*Para efectos de la aplicación de las medidas a que se refiere el artículo 71, así como las que se impongan en virtud de sentencia definitiva, el Servicio Nacional de Menores, a través de sus Directores Regionales, informará periódicamente y en forma detallada a cada juzgado de familia la oferta programática vigente en la respectiva región 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 acreditados.*

*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.*

## **2.2. Principales críticas al sistema de protección especial de derechos de NNA en Chile**

Las falencias del marco regulatorio de las medidas de protección especial de derechos del NNA inciden directamente en la crisis institucional que vive Chile y que he comentado en la parte introductoria de este trabajo. En publicaciones anteriores he podido detenerme en algunas de ellas; en esta ocasión las resumo del siguiente modo.<sup>168</sup>

Una primera cuestión dice relación con que el ordenamiento nacional no consagra explícitamente el derecho a la vida familiar en general y, consecuentemente, está inadecuadamente protegido. 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

168. Vid. LATHROP GÓMEZ, F., "La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 22, julio 2014, pp. 197-229; y "El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales", Domínguez Hidalgo, C. (coordinadora), *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago de Chile, 2018, pp. 397-409.



el de integridad física o psíquica.<sup>169</sup> NNA son separados de sus familias y entornos sociales y comunitarios extralimitando los estándares legales,<sup>170</sup> 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 más arriba).

Un juez de familia señalaba en el año 2010, que las normas referidas a las medidas de protección no se ajustaban a la CDN.<sup>171</sup> Asimismo, se indica 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

---

169. 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. Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, en sentencia de 9 de marzo de 2018, ha señalado que la decisión de separar a dos hermanos de su familia biológica, fundada en argumentaciones relativas a la posición económica de sus familiares, en estereotipos de género sobre la atribución de diferentes roles parentales a la madre y al padre, así como la orientación sexual de la avieña materna, violan la prohibición de discriminación en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos a la vida familiar y a la protección de la familia consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párrafo 303).

170. 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.

171. Cfr. NÚÑEZ ROMERO, G., "La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: las medidas de protección en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho de Familia*, núm. 3, 2010, pp. 247, 249 y 257.

encuentran desamparados, presentan algún tipo de desajuste conductual o han infringido la ley penal siendo inimputables."<sup>172</sup> 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. Como he referido, el artículo 30 de la LM establece que en los casos previstos en el artículo 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.*"

Recientemente, Domínguez Hidalgo<sup>173</sup> señala que para los jueces chilenos los derechos de los NNA envueltos en juicios de protección están indebidamente protegidos por la falta de representación jurídico material. Asimismo, indica que los jueces reconocen que existe una falta de unificación de criterios en algunas materias, lo que torna las decisiones arbitrarias; esto se debería a que, a diferencia de otras legislaciones, la regulación chilena de las medidas de protección no establece un supuesto preciso y determinado. Más adelante la autora se refiere a otra crítica, cual es que en las normas tanto de la Ley de Menores como de Tribunales de Familia, los conceptos de grave vulneración o amenaza no están definidos ni precisados criterios que permitan determinar de forma cierta y uniforme si los hechos que se están juzgando pueden o no ser calificados como tales, con lo cual la calificación queda entregada al juez.

---

172. Cfr. MILLÁN HIDALGO, P. y VILLAVICENCIO MIRANDA, L., "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", *Revista de Derechos del Niño*, núm. 1, 2002, p. 50.

173. Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., "Hacia un concepto de vulneración de derechos", en Domínguez Hidalgo, C. (coordinadora), *Estudios de Derecho de Familia III*, Santiago de Chile, 2018, pp.412 y 414.

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. Como referí, 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."

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,<sup>174</sup> 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,

174. 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).

no obstante tener el procedimiento especial contenido en la LTF (artículos 68 a 80) un carácter cautelar autónomo,<sup>175</sup> 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).<sup>176</sup>

Por otro lado, 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.<sup>177</sup> 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 más importante involucrado en ellos que el del propio NNA.<sup>178</sup> El Estado debe garantizarle asesoría letrada y defensa técnica especializada.<sup>179</sup>

175. En este sentido, NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M., *Derecho Procesal de Familia*, Santiago de Chile, 2012, p. 364.

176. Así lo sostiene NÚÑEZ ROMERO, G., "La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: las medidas de protección en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho de Familia*, núm. 3, 2010, pp. 264 y 274.

177. Algunos autores sostienen que es parte indirecta, es decir, con interés independiente de las partes directas. Cfr. NÚÑEZ ÁVILA, R. y CORTÉS ROSSO, M., *op. cit.*, p. 367.

178. Cfr. RODRÍGUEZ, L. y BLANCK, E., "Ley 26.061: intervención estatal y medidas de protección", en García, E. (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, 2008, p. 201.

179. El nombramiento de un curador *ad litem* —contemplado en el artículo 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. Vid. GREEVEN BOBADILLA, N., *Filiación*, Santiago de Chile, 2017, pp. 163 y 164.

En efecto, recientemente, el Centro de Sistemas Públicos de la Pontificia Universidad Católica de Chile<sup>180</sup> ha elaborado una serie de propuestas en materia de infancia. En su informe se señala que el sistema jurídico chileno no garantiza el derecho a la defensa de los NNA en forma universal y con libre acceso, y que únicamente existe una defensa especializada en el caso de los imputados en sede penal y no en tribunales de familia. El informe señala que se debe proveer defensa jurídica urgentemente, de forma universal, a todos los NNA sujetos a medida de internación.

En cuanto a las potestades cautelares del juez de familia en esta materia se han levantado también otras críticas. Así, el artículo 71 de la LTF -transcrito más arriba- 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 artículo 71 de la LTF.<sup>181</sup> Sin embargo, podría sostenerse que el artículo 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 artículo 71 de la LTF. En efecto, el artículo 22 inciso primero de la LTF establece que: “Sin

---

180. “Protección a la infancia vulnerada en Chile: la gran deuda pendiente. Propuestas desde la UC”, Temas de la agenda pública, núm. 101, año 12, octubre 2017, p.14. El informe propone que en caso de que la situación de un NNA se judicialice, la labor del gestor debe ser complementada por el abogado que asuma la representación jurídica del mismo. Este abogado debe ejercer como un verdadero procurador judicial en defensa de los derechos sustantivos y procesales del NNA involucrado, con una labor definida, estandarizada y costeadas por el Estado. Para ello, se propone que el servicio de defensoría o procuraduría judicial deje de estar en manos de la Corporación de Asistencia Judicial o de programas específicos ligados al SENAME, y sea más bien un servicio independiente, licitado, que tenga un alcance territorial a nivel local -similar al de los defensores penales-, con altas exigencias de formación y experiencia.

181. Cfr. NUÑEZ ÁVILA, R. Y CORTÉS ROSSO, M., *op. cit.*, p. 364.

*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 en interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se quiere evitar.”<sup>182</sup>*

La poca claridad de la legislación en cuanto a la naturaleza de cada una de las medidas establecidas en los artículos 30 de la LM, y 22 y 71 de la LTF genera confusiones acerca de las hipótesis de su procedencia, taxatividad y plazos de duración.<sup>183</sup> 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 artículo 30 de la LM son más reducidas en número que las del artículo 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 artículo 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 riesgo inminente, ser adoptadas siempre por autoridad judicial, y proceder por un término

---

182. Énfasis añadido. Así, se señala que el tenor del artículo 71 de la LTF “no debe significar que el tribunal no pueda dictar otras distintas que a su juicio sean idóneas”; y que el mencionado artículo 22 de la LTF reconoce la potestad cautelar de los jueces de familia. Cfr. NUÑEZ ROMERO, G., *op. cit.*, p. 271.

183. Existe jurisprudencia que da cuenta de esta situación. *Vid.* LATHROP GÓMEZ, F., “La protección especial...”, *op. cit.*, p. 211.

particularmente breve (90 días, conforme al inciso final del artículo 71 de la LTF).<sup>184</sup>

Por otro lado, se ha observado un abuso de las facultades previstas en el artículo 80 bis de la LTF al separar al NNA de su familia. La Ley 20.286, de septiembre de 2008 -que introdujo dicho artículo a la LTF-, habría buscado mejorar la gestión del colapsado sistema de justicia de familia asegurando la atención requerida por NNA en el sistema residencial. Sin embargo, la práctica judicial haría uso de este mecanismo no sólo en casos de internación sino que se habría convertido en un instrumento aplicado también al ámbito ambulatorio (considerando que el incumplimiento de lo dispuesto por el juez implica el riesgo de ser acusado de desacato). De esta forma, actualmente, los tribunales de familia derivarían indiscriminadamente casos a diversos programas, superando las plazas asignadas en el convenio respecto de las cuales se diseñó un proyecto de funcionamiento, se contrataron profesionales e infraestructura adecuada.<sup>185</sup>

Otros nudos críticos en el ámbito procesal estarían dados por las demoras en agendamiento -incluyendo a los tribunales superiores de justicia- que no otorgan prioridad a las causas con NNA

---

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

185. Cfr. VV.AA, *La infancia vulnerada*, Santiago de Chile, 2018, p.145.

internados, así como por el incumplimiento del sistema de introducción de informes periciales y de la acreditación de los peritos durante el juicio.<sup>186</sup>

### **3. La función de la administración en el sistema de protección especial de derechos de NNA**

#### **3.1. Estado, familia y derechos del NNA: límites de la intervención estatal**

Existe claridad en que los NNA institucionalizados en Chile lo han sido por causas que ponen en riesgo su derecho a una vida protegida y al desarrollo óptimo de todas sus potencialidades.<sup>187</sup> Lamentablemente, la gran mayoría de las veces estos riesgos son producidos en su propio seno familiar. Así, el 34% de estos NNA ingresó al sistema de protección de SENAME por haber sido víctima de algún tipo de maltrato y el 8% por abuso sexual.<sup>188</sup> Por otro lado, conforme al Cuarto Estudio de Maltrato Infantil de UNICEF-Chile, de 2015, el 71% de NNA encuestados -1.555 de octavo básico en siete regiones- declara sufrir algún tipo de violencia por parte de alguno de sus padres.<sup>189</sup>

Estos datos invitan a reflexionar sobre la función que le cabe al Estado cuando los derechos de los NNA están siendo vulnerados o gravemente amenazados por su propio entorno familiar o social primario. Esta reflexión está influenciada por el modo en que el Estado

---

186. *Ibidem*.

187. Cfr. CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, "Protección a la infancia vulnerada en Chile: la gran deuda pendiente. Propuestas desde la UC", *Temas de la agenda pública*, año 12, núm. 101, octubre 2017.

188. Cfr. SENAME, Anuario estadístico SENAME 2015. Servicio Nacional de Menores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile.

189. Cfr. [unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/maltrato%20infantil.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/maltrato%20infantil.pdf), 18 de septiembre de 2018.

mismo es visto.<sup>190</sup> La familia y el Estado siempre han sido representadas como esferas mutuamente excluyentes de acción; tanto es así, que se puede considerar que respaldar el rol social de las familias al educar a los niños ya establece ciertos límites al papel que debe cumplir el Estado.<sup>191</sup> Como verá enseguida, la entrada en vigor de la CDN marca un hito esencial en la comprensión de los límites a la intervención estatal frente al ejercicio de los derechos y deberes de los progenitores o figuras de apego y de cuidado del NNA.

Campoy Cervera<sup>192</sup> ha estudiado los modelos de protección de la infancia vigentes en lo que denomina la "prehistoria de los derechos de los niños". Así, el autor explica los mecanismos que regulan las relaciones entre progenitores e hijos en un modelo proteccionista de los NNA.

Un primer mecanismo sería el de la "arbitrariedad en los medios para la consecución de los fines", que prescindiría de un control externo del ejercicio de los poderes parentales. Luego, el de "discrecionalidad controlada", reconocería la necesidad de excluir determinados medios como apropiados para el desarrollo de las funciones parentales, concibiendo una instancia superior a los progenitores –el Estado– que controla el respeto al contenido mínimo de derechos y deberes parentales, aunque dentro de un amplio margen de discrecionalidad. Este mecanismo –propio de un Estado liberal de Derecho que se abstiene de intervenir respetando los valores de libertad de los agentes sociales– reconocería, según el autor, como elemento esencial, la discrecionalidad de los progenitores en el ejercicio de sus poderes, arbitrariedad que tiene su razón

---

190. Cfr. ARCHARD, D., *Children rights and childhood*, Londres, 2004, p. 153. El autor señala que socialistas y feministas han discutido largamente que en sociedades marcadas por desigualdades estructurales es equivocado ver al Estado como un ente neutro impartidor de justicia.

191. *Ibidem*.

192. Cfr. CAMPOY CERVERA, I. *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Madrid, 2006, pp. 453 a 477.

de ser en la indefensión e incapacidad consustanciales a los menores de edad y en la idoneidad de los progenitores para el ejercicio de sus potestades. Esta idoneidad respondería a su condición de adultos y, fundamentalmente, a la amplia confianza que se tiene en el amor natural que se supone tienen respecto de su progenie. Según Campoy Cervera, los autores liberales diferencian claramente la relación de poder que está legitimada y debe imperar en la esfera pública, y la que está legitimada y debe imperar en la esfera privada; en esta última, los progenitores podrían seguir gozando de la antigua discrecionalidad del poder político. No obstante, cuando es patente que en el seno de la familia no se está ejerciendo el poder parental dentro de los límites fijados –intervención *a posteriori*–, de manera que el menor de edad no está consiguiendo su desarrollo vital, el Estado puede ejercitar sus funciones de control hasta sus últimas consecuencias, privando incluso a los progenitores de sus potestades y separando al menor de edad de su familia.

En este sentido, David Archard<sup>193</sup> afirma que el "estándar liberal" constituye la descripción más influyente sobre cómo debería la ley gobernar a las familias en las sociedades democráticas liberales. Esta labor comprendería tres elementos. Primero, hay un compromiso por la supremacía del interés superior del niño. Segundo, los padres tienen derecho –sujeto a ciertas condiciones– a su autonomía y privacidad (la autonomía se refiere a que pueden criar a sus hijos como les parezca adecuado y la privacidad a la ausencia de intrusiones no consentidas dentro de la familia). Tercero, hay un límite claro en las intervenciones que puede realizar el Estado, una serie de condiciones que sólo con su cumplimiento autorizan al Estado a transgredir la privacidad y autonomía de los padres; normalmente estas condiciones se relacionan con el quiebre comprobado de la familia, o con el maltrato significativo –actual o probable– del niño.

---

193. Cfr. ARCHARD, D., *op. cit.*, p. 154.

Continuando con el análisis de Campoy Cervera, el tercer mecanismo, de "potestad controlada" se enmarca dentro de las teorías proteccionistas renovadas propias de un Estado social de Derecho; se caracteriza por la reducción de la discrecionalidad de los progenitores en el ejercicio de sus poderes: se profundizan los contenidos que han de respetarse en el ejercicio de tal poder parental, como en el control que ejerce el Estado sobre el correcto uso de tales poderes previamente reconocidos. Este mecanismo concibe la protección del NNA no solo como la obtención de un adecuado desarrollo sino que articula una serie de derechos y deberes de inexcusable cumplimiento por parte de los progenitores; pero también los poderes públicos ejercen un control más estricto, de manera que ante la fundada sospecha de desprotección –riesgo cierto- se justifica la intervención en la familia con amplias facultades de investigación. Este mecanismo si bien reconoce que la familia es el ámbito idóneo para el desarrollo del niño, se representa que la confianza en los progenitores puede desaparecer, trasladando esa confianza a los poderes públicos.

Finalmente, el mecanismo del "control de la comunidad" es el más incipiente y se vincula con el anteriormente descrito en la medida que intenta solucionar los problemas derivados del fuerte intervencionismo público. Así, traspasa las funciones de control a la propia comunidad, compartiendo algunas de las pretensiones del Estado democrático de Derecho. En este sentido, Cameron y Freymond<sup>194</sup> señalan que ciertas comunidades indígenas a las cuales se le reconoce esta función, priorizan proveer ayuda y soporte a las familias y mantener a los menores de edad en sus propios hogares y comunidad, como respuestas iniciales a los problemas que se puedan presentar. En sociedades más comunitarias, incluyendo

194. Cfr. CAMERON, G. AND FREYMOND, N., "Understanding international comparisons of child protection, family service and community caring systems of child and family welfare", in CAMERON, G. AND FREYMOND, N. (edited by), *Towards positive systems of child and family welfare*, Canada, 2006, p. 14.

algunos países de Europa continental y comunidades indígenas, el bienestar de los niños y las familias se entiende como una responsabilidad colectiva. Idealmente, esta perspectiva lleva a que las familias acepten más fácilmente las normas de la comunidad y la ayuda de profesionales y colaboradores de la comunidad. La otra cara de este contrato social es que las familias también se forman expectativas de que la comunidad los asista, basadas en la responsabilidad que tienen respecto del bienestar infantil.<sup>195</sup>

La CDN invita a los Estados, a las familias y a la sociedad en general, a desarrollarse en clave de respeto a los derechos individuales y contextos de vida de los otros sujetos. Asimismo, la CDN promueve relaciones democráticas y no antagónicas entre Estado, el NNA y familia; en particular, el modelo de la CDN abandona la idea de la patria potestad como una autoridad discrecional, reemplazándolo por uno en que si bien la formación del NNA descansa prioritariamente en la familia, el Estado y la sociedad comparten responsabilidades en la promoción y desarrollo integral del NNA.

El artículo 18 de la CDN reconoce a la familia una función primordial en el desarrollo del NNA:

*1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*

*2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la **asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para***

195. *Ibid.*, p. 18.



*el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.*

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.<sup>196</sup>

Así, entonces, el Estado debe colaborar para que las familias sean el contexto en que un NNA se desarrolle y, por lo tanto, para que permanezca en su familia o pueda acceder a una si no la tiene de origen.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado recientemente acerca de la función estatal en contexto de desprotección de derechos del NNA. Ha señalado que el análisis conjunto de los artículos 11.2, 17.1 y 19 de la Convención Americana y de los artículos V, VI y VII de la Declaración Americana, conlleva a las siguientes obligaciones para el Estado:

*i) en primer lugar, una obligación de garantía de parte de los Estados que implica adoptar medidas destinadas a la protección de la familia que permitan y faciliten el adecuado ejercicio de los derechos y deberes parentales y prevengan así situaciones de desprotección del niño;*

*ii) (...) la obligación de los Estados de diseñar y aplicar medidas especiales de protección de carácter temporal que atiendan adecuadamente las necesidades de protección del niño cuando la familia, pese a haber recibido el apoyo apropiado, no pueda cumplir en forma adecuada con las obligaciones de cuidado, o cuando la permanencia en dicho ámbito sea con-*

196. Énfasis añadido.

*traría al interés superior del niño, debiéndose adoptar medidas de protección que impliquen la separación del niño de su familia y el acogimiento en una modalidad de cuidados alternativos; y*

*iii) a la luz de los artículos mencionados, las medidas de cuidado alternativo deben ser debidamente justificadas de acuerdo a la ley, tener un carácter transitorio y estar orientadas a la restitución de derechos, la recomposición de los vínculos familiares y la reintegración al medio familiar, tan pronto como ello sea posible, tomando en consideración el interés superior del niño y deben estar sujetas a revisión judicial.<sup>197</sup>*

En suma, la intervención estatal es autorizada cuando es necesaria (existe desprotección de los derechos del NNA), legítima (mira a la satisfacción de un interés del NNA que está siendo injustamente sacrificado) y proporcional al derecho que busca restablecer (no lesiona en mayor medida otros derechos del NNA ni de sus adultos a cuyo cargo se encuentra). A inicios de los 2000, Riveró Hernández<sup>198</sup> se refería al principio de la mínima intervención del Estado señalando que el control judicial debe limitarse a lo necesario y suficiente para evitar la arbitrariedad o el error, y proteger el interés del NNA. Para ello, el Estado debería adoptar únicamente medidas proporcionadas al caso: el justo equilibrio entre medios (proporcionado) y fines perseguidos será la mejor justificación social y jurídica de esa actuación e intromisión de la autoridad judicial en la vida privada de la familia. La discrecionalidad -según este autor- significa, en general, autonomía para alcanzar un determinado fin; la que tienen los padres es, por lo

197. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA/Ser.LV/II, Doc. 54/13 17 octubre 2013 Original: Español. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en conjunto con UNICEF sobre el "Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas" (párrafo 75). Énfasis añadido.

198. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp.236 y 237.

que aquí afecta, para la realización del interés del niño; la relación que hay entre esa discrecionalidad de los padres y el control judicial es paralela a la que hay entre potestad (poder) y sus límites racionales en interés del NNA.

La lógica que busca instalar la CDN es el abandono de modelos autoritarios basados en un poder que deriva de una relación meramente biológica y de subordinación, o bien, fundados en la idea de que tal poder parental puede llegar a ser sustituido -sin mayores justificaciones ni exigencias de legalidad- por el de un Estado que interviene sin sujeción al interés del niño como consideración primordial, despojando a los padres del privilegio que les ha concedido en la formación de sus hijos al haber fallado en su cometido natural. La CDN orienta el actual del Estado, la familia, la sociedad y el propio NNA sobre la base de una lógica asociativa y no antagonista.<sup>199</sup>

Conforme al artículo 4 de la CDN, el Estado cumple una función social y debe adoptar medidas de distinta naturaleza para garantizar los derechos de los NNA: *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”*

199. En todo caso, si bien es posible visualizar un antes y un después en la dimensión de tales límites gracias al influjo de la CDN, no es posible fijar fronteras inmóviles entre el rol del Estado y la responsabilidad parental. Estas esferas están siendo cuestionadas permanentemente debido al dinamismo de las relaciones familiares y las complejidades del mundo individual y social del NNA; piénsese solo en las repercusiones que acarrea en el ejercicio de la responsabilidad parental el respeto al derecho del NNA sobre su propio cuerpo y su sexualidad, o de su intimidad en situaciones en que el control parental de las redes sociales del NNA podría llegar a justificarse considerando el cyberbullying del cual podrían ser víctimas.

Espejo Yaksic<sup>200</sup> distingue medidas de distinta naturaleza, sean administrativas como judiciales; da como ejemplo de garantías políticas que deben adoptar los Estados frente a los derechos de NNA, las garantías administrativas orientadas a promover, proteger, asegurar, monitorear y evaluar la efectividad de tales derechos; estas garantías se relacionan -según el autor- con la creación y otorgamiento de poderes y recursos concretos a instituciones administrativas que diseñan, coordinan, ejecutan y evalúan el sistema de protección integral a la infancia, tanto a nivel nacional como regional y local. A su vez, estas garantías administrativas pueden estar orientadas a la creación de dispositivos de promoción y protección de los derechos de los NNA.

Como analizaré enseguida, este tipo de medidas no son la regla general en contextos de protección especial de derechos de los NNA en Chile; lamentablemente, las políticas públicas chilenas no se han encaminado, pese a la ratificación de la CDN, al fortalecimiento de dispositivos administrativos de garantía de los derechos del NNA; la solución jurisdiccional (judicial) es la regla general en ámbitos de las relaciones familiares y, en particular, en el de vulneración de sus derechos.

### **3.2. Desafíos para Chile: hacia la implementación de un sistema mixto de protección de los derechos del NNA en casos de vulneración o amenaza**

Chile carece de un sistema administrativo de carácter integral que ofrecer a los NNA sujetos a medidas de protección de sus derechos. Así, se señala que existen en Chile organismos que operan en forma desarticulada, que presentan importantes

200. Cfr. ESPEJO YAKSIC, N., “El reconocimiento de la infancia y de los derechos de los niños en la Constitución Política de la República”, en UNICEF-Chile, *Constitución Política e Infancia*, Santiago de Chile, 2017, p.33.



dificultades de coordinación con otros servicios públicos y grandes disparidades en la sistematización y manejo de información acerca de los NNA que atienden. Asimismo, se indica que esta incipiente institucionalidad se ha centrado en la protección especializada de los NNA, lo que, siendo de crucial importancia, lamentablemente ha implicado dejar en un plano secundario la tarea de prevención.<sup>201</sup>

Como he señalado, la determinación, contenido, pertinencia, revisión y control de la medida de protección están radicados exclusivamente en el órgano judicial. 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 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 coordi-

201. Cfr. CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, *op. cit.*, pp.5 y 6.

nación con programas de la red local de protección de derechos de NNA.<sup>202</sup>

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 derecho 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 habían logrado este objetivo.<sup>203</sup>

Ahora bien, cabe preguntarse por qué un sistema eminentemente administrativo de protección especial de derechos de NNA sería más pertinente en términos jurídicos y técnicos en Chile.

Al responder esta pregunta cabe tener en cuenta, en primer lugar, que 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

202. 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 20.032, durante el año 2006 se implementaron 102 OPD a través de licitación pública, existiendo 114 OPD en 177 comunas del país en 2015. La implementación de estas Oficinas se ha llevado a cabo a través de convenios que SENAME ha celebrado con municipios o corporaciones municipales y con 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. [sename.cl/wsename/licitaciones/p1\\_16-01-2013/Bases\\_tecnicas.pdf](http://sename.cl/wsename/licitaciones/p1_16-01-2013/Bases_tecnicas.pdf), 18 de septiembre de 2018.

203. *Ibidem*.

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.

En todo caso, esta función primaria concedida a la administración debiera ser debidamente complementada con un claro y eficaz rol de control por parte de los tribunales de justicia, especialmente cuando se trata de medidas que importen la separación del NNA de su medio familiar.

El principio de desjudicialización emergente del paradigma de protección integral de derechos no puede imponerse como un absoluto frente a la necesaria garantía de los derechos fundamentales de NNA. La propia CDN, en su artículo 9.1, prescribe que *"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño."*<sup>204</sup>

Por otra parte, de esta norma se infiere que el control de legalidad que debe hacer el juez no se limita a un control formal tendiente a verificar si el acto administrativo ha respetado las formas de producción del Derecho (en cuanto a la competencia del órgano y el respeto de los recaudos instrumentales), sino también a un control de fondo de los contenidos sustanciales de la medida, que

204. Énfasis añadido.

abarca la revisión del Derecho aplicable, los hechos fundantes y la prueba producida.<sup>205</sup>

La ausencia de un sistema de protección de derechos del NNA de componente eminentemente administrativo ha contribuido a consolidar en Chile 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.<sup>206</sup> 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 importantes 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

205. Cfr. FAMÁ, M., "El rol del juez en el sistema de protección integral de derechos", en Fernández, S. (directora), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, 2015, p.1415.

206. Cfr. ESPEJO YAKSIC, N. y LATHROP GÓMEZ, F., "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", UNICEF, 2015, p.16.

de derechos más fuerte, como podría ser la separación de su familia. Nada impediría que la 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.<sup>207</sup> 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.

Se señala que un sistema lo menos judicializado posible contribuye a evitar la revictimización de los NNA y en hacer el proceso de reparación menos traumático. En este sentido, se indica que la mayores dificultades son generar una red suficientemente amplia y accesible para la mayor cantidad de NNA y encontrar técnicos y profesionales adecuados para realizar intervenciones, diagnósticos y tratamientos correctos.<sup>208</sup>

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 creado por ley a tal efecto, que

---

207. 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.

208. Cfr. VVAA, *La infancia vulnerada*, Santiago de Chile, 2018, pp.191-192.

cuenta con la orientación y supervisión técnica de un servicio de protección especial o de protección de derechos de los NNA.

### 3.3. Sistemas de protección especial de derechos de NNA: desjudicialización en el contexto 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.<sup>209</sup>

En los sistemas de asistencia familiar, los tribunales y los procedimientos legales son considerados como el último recurso y son generalmente evitados en lo posible.<sup>210</sup> La intención de los servicios de asistencia familiar es primeramente constatar la situación actual de la familia y ofrecer ayuda; el modo en que se presta tal apoyo es determinado por un profesional a través de interacciones locales, más que por procesos ya prescritos o requerimientos de recopilación de evidencia para procedimientos legales; usualmente, se trata de evitar que se involucren los sistemas legales.<sup>211</sup>

En los países latinoamericanos la legislación mandata la creación y mantención de instancias locales en cada uno de los municipios. En países como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica,

---

209. Cfr. ESPEJO YAKSIC, N. y LATHROP GÓMEZ, F., *op. cit.*, pp. 57 y 58.

210. Cfr. CAMERON, G. AND FREYMOND, N., *op. cit.*, p. 14.

211. *Ibid.*, p. 16. Los autores se refieren a algunos sistemas europeos, como el belga.

Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, la 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 derechos.<sup>212</sup>

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 integral.<sup>213</sup>

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 Colombia, el procedimiento es completamente administrativo;<sup>214</sup> teniendo competencia el juez en los siguientes casos: homologación de la resolución que declara la adoptabilidad del 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 competencia.<sup>215</sup>

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, sujeto 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.<sup>216</sup>

En todo caso, la experiencia de algunos países indica que la implementación de un sistema eminentemente administrativo, que pasa a romper la lógica de la competencia exclusivamente judicial en la protección de los derechos de NNA, ha causado problemas en la delimitación de funciones.

Así, al referirse al nuevo sistema de protección integral implementado en Argentina mediante Ley 26.601, de 2005, se identifican cuestiones positivas y también ciertas complejidades.

Gil, Famá y Herrera<sup>217</sup> se refieren a la sustitución del sistema judicial por uno administrativo, afirmando que una parte de la doctrina

212. Cfr. MORLACCHETTI, A., "Sistemas nacionales de protección integral de la Infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe", CEPAL-UNICEF, pp. 75-77. [cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemas-nacionalesdeprotecciondelainfancia.pdf](http://cepal.org/publicaciones/xml/5/49095/Sistemas-nacionalesdeprotecciondelainfancia.pdf), 18 de septiembre de 2018.

213. *Ibid.*, p.77.

214. Artículos 98 y 99 del Código de la Infancia y Adolescencia colombiano.

215. Artículo 119 del Código de la Infancia y Adolescencia colombiano.

216. Cfr. ESPEJO YAKSIC, N. y LATHROP GÓMEZ, F., *op. cit.*, pp.57 y 58.

217. Cfr. GIL, A., FAMÁ, M. y HERRERA, M., *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de Familia*, Buenos Aires, 2007, pp.556-560.

argentina se negaba a que se apartara del campo de actuación judicial a las llamadas "situaciones de carencia". Al respecto, se preguntan los autores si es necesario contar con un oficio judicial para ingresar a un programa de fortalecimiento familiar, si es beneficioso para el usuario que intervenga necesariamente el Poder Judicial para que una persona acceda a una determinada ayuda o tenga vacante en un establecimiento educativo. Las aprensiones de esa parte de la doctrina, según estos autores, eran variadas. Se debían a la asignación de facultades de índole judicial a la administración -en virtud de lo cual se abdicaba el tradicional patronato del Estado y se menospreciaba la función judicial (garantía del proceso legal en todo aquello que atañe a menores de edad)-; así como a la omisión del control de legalidad y de mérito al adoptar medidas que afectan a la persona, la seguridad o los bienes de los menores edad (control que debería practicar la justicia); y también a la dilación de la intervención judicial que se podía producir, puesto que en caso de injerencia arbitraria del Estado en la familia, el único medio de respuesta de la ley era un recurso administrativo y solo agotada la vía administrativa procedía la judicial.

A estas críticas, Gil, Famá y Herrera contrargumentaban que no se trataba de instalar una mirada negativa del Poder Judicial sino de aclarar que la justicia no puede dedicarse a intervenir en conflictos de índole social, y que debe permanecer en su justo y necesario lugar. Finalmente, estos autores advertían que abusos y extralimitaciones del Estado pueden venir tanto de su poder administrativo como judicial.<sup>218</sup>

---

218. Vid. HOLT, K. Y KELLY, N., "Administrative Decision Making in Child-Care Work: Exploring Issues of Judgement and Decision Making in the Context of Human Rights, and Its Relevance for Social Workers and Managers", *British Journal of Social Work* (2014) 44, pp. 1017 y ss. En este trabajo, se da cuenta de la existencia de ciertos abusos que se han producido en sede administrativa en algunos países europeos y que han llegado al conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos

Con posterioridad, se ha detectado que la aplicación de la medida de alejamiento del NNA de su familia ha generado dificultades en la determinación de las competencias de los órganos administrativos y judiciales argentinos. Famá<sup>219</sup> cita un informe sobre la "Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina", comentando que de las entrevistas practicadas a funcionarios administrativos del nuevo sistema se observa que los responsables de los organismos de aplicación de las medidas consideran, en la mayoría de los casos, que el Poder Judicial sigue siendo tutelar, y que la justicia y la administración se reconocen como partes enfrentadas. Este informe señalaría que el objetivo del trabajo integral y transversal propuesto por la Ley 26.061 se desdibuja en disputas que no contribuyen a mejorar la calidad del sistema, frente al Poder Judicial, asociado socialmente a una idea de autoridad estable y tradicional que encarna una fuerza simbólica que produce efectos ordenadores en la comunidad. En este contexto, en algunos casos, la autoridad administrativa de protección de derechos queda relegada en sus posibilidades reales de decisión. Estas disputas institucionales se fundamentan en certezas culturalmente instaladas que expresan distribuciones de poder y supuestas atribuciones de poder a cada estamento del Estado. La autora señala que este tipo de aseveraciones podrían realizarse por los propios integrantes del Poder Judicial para referirse a quienes trabajan en el sistema administrativo, por lo cual esta desconfianza es mutua, conspirando contra la adecuada protección de los derechos de NNA.

---

Humanos, invocándose la violación del artículo 8 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativos a la vida familiar y al derecho a la participación; ello, en cuanto la administración habría sacrificado desproporcionadamente la vida familiar y con escasa representación letrada.

219. Cfr. FAMÁ, M., *op. cit.*, p. 1424.

En España también se han detectado problemas. Martínez García<sup>220</sup> pone de manifiesto la característica determinante del funcionamiento del sistema de protección de menores en España: el papel central de que juegan las administraciones públicas. La autora agrega que el hecho de que sea una entidad pública quien deba adoptar las medidas de protección implica la presencia de modos de actuar ajenos a las reglas civiles que suelen ordenar el ámbito familiar -en el que tradicionalmente se han desenvuelto las instituciones de protección jurídica del NNA y que son impuestas por un juez-. El fracaso que en la práctica sufrió el modelo anterior fue suplido por un nuevo diseño en que el papel protagonista es conferido a las entidades públicas. Con ello se evitaría, en gran medida, la saturación de los órganos jurisdiccionales, cual fue la razón fundamental que movió al cambio; además, permitiría incorporar más fácilmente modos de actuación en el ámbito social, propios de entidades administrativas, y hacerlo con más rapidez y agilidad.

La autora aclara que pese a la introducción de elementos jurídico-públicos en el nuevo diseño, no se habría abandonado la aplicación del Derecho Civil de familia. Las administraciones deben aplicar las reglas propias del Derecho Civil a las situaciones reguladas en el Código Civil y en la legislación autonómica

---

220. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, C., "El sistema de protección de menores en España", en Martínez C., *Tratado del Menor. Protección jurídica de la infancia y la adolescencia*, Navarra, 2016, pp.378-380. La autora describe que las administraciones públicas dictan actos administrativos revestidos del poder de autotutela tanto declarativa como ejecutiva, de modo que la entidad pública puede declarar unilateralmente y sin la participación de un juez la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas. Dicha declaración es de obligado cumplimiento desde el momento en que se dicta, sin perjuicio de la obligación de su notificación cuando proceda. Y, en caso de no ser obedecida, puede la administración pasar el terreno de los hechos y ejecutar, de nuevo son la participación del juez, a la ejecución de los que previamente ha declarado. La autora indica, no obstante, que ello no supone la exclusión de la intervención judicial sino que ésta queda diferida a un momento posterior, una vez que se ha dictado y notificado la resolución administrativa.

sobre protección de menores de edad, incluyendo dicho contenido dentro de una resolución administrativa. A ello cabría añadir como elemento también característico del sistema, que el control judicial posterior que cabe hacer en las decisiones que adopte la entidad pública competente no corresponden a los juzgados y tribunales del orden contencioso administrativo -como podría pensarse tratándose de actos administrativos- sino por órganos de la jurisdicción ordinaria, es decir, aplicadores tradicionalmente del Derecho Civil. En suma, existirían administraciones públicas que aplican Derecho civil y órganos jurisdiccionales del orden civil que controlan actuaciones administrativas, combinación compleja que revestiría cierta inseguridad jurídica.

#### 4. Consideraciones finales

Durante 2018 se aprobaron dos importantes leyes referidas a la infancia en Chile: el 22 de enero de 2018 se publicó la Ley 21.067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez; y el 18 de abril de 2018 fue publicada la Ley 21.090, que crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la Ley 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo social, y modifica cuerpos legales que indica.

Asimismo, se discuten en el Parlamento otros dos proyectos de ley que distribuyen las competencias actuales del SENAME en materias de protección especial y de responsabilidad penal adolescente. El primero crea el Servicio de protección a la niñez y modifica normas legales que indica -contenido en el boletín 12.027-17-, y fue presentado por el Ejecutivo el 21 de agosto de 2018; el segundo crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente, y a otras normas que indica -está contenido en el boletín 11.174-07- y fue presentado el 4 de abril de 2017.

Tanto la Subsecretaría de la Niñez como la Defensoría de los Derechos de la Niñez formaban originalmente parte del sistema de



garantías de los derechos de la niñez contemplado en el proyecto de ley contenido en el boletín 10.315-18, ingresado a la Cámara de Diputados el 24 de septiembre de 2015, ahora en segundo trámite constitucional en el Senado.

Este proyecto contiene una ley de carácter "marco", pues sienta 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 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.

En lo que respecta a la protección administrativa y judicial, el Título III del proyecto modifica 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.

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, 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 del mencionado título.

Como pudo apreciarse del análisis comparado de desjudicialización de los sistemas de protección de derechos de NNA realizado más arriba, los ordenamientos que han experimentado modificaciones en tal sentido han sido inicialmente reticentes a sustituir la naturaleza del órgano que determina la medida de protección: transitar de un modelo judicial a uno eminentemente administrativo. Durante la discusión del proyecto de ley que crea el sistema de garantías a que me he referido, se adelantaron críticas y suspicacias en este mismo sentido, provenientes no sólo de los parlamentarios sino del Poder Judicial y de la sociedad civil. Chile es un país de tradiciones culturales, sociales y jurídicas predominantemente ancladas a modelos adversariales en el manejo de los conflictos, monopolizados por un fuerte aparato judicial y pobremente administrativo. Así, es fácil suponer que el camino a la desjudicialización de nuestro sistema de protección de derechos de NNA será complejo. En este sentido, sería aconsejable hacer hincapié en que no se trata de reemplazar el modelo por uno puramente administrativo sino, como he señalado anteriormente, por uno mixto, capaz de dialogar en márgenes competenciales delimitados, con el Poder Judicial.

El proyecto de ley que crea el sistema de garantías de los derechos de la niñez no presenta avances desde enero de 2018, produciéndose la paradoja de contar Chile con un ente rector -la subsecretaría de la niñez- de un sistema que no existe, así como con una Defensoría que no tiene una ley de protección integral que oriente su actuar. Por ello, el informe evacuado luego de la visita

ordenada por la Oficina de Alto Comisionado de DDHH de Naciones Unidas, de 1 de junio de 2018, señala que el Estado chileno viola el artículo 4 de la CDN, en primer lugar, por “la continuada ausencia de una ley integral que defina el marco jurídico de la institucionalidad pública y especifique las políticas y programas relativos al trabajo con NNA, con una perspectiva de derechos”;<sup>221</sup> recomendando que apruebe con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que ésta sea conforme con la CDN.<sup>222</sup>

La redefinición de las competencias judiciales fue objeto de comentarios particulares en este informe. Este documento señala que aunque se reserve a los tribunales la decisión de separación de la familia, los sistemas administrativos integrados por personal con formación especializada resultan más eficaces para realizar el seguimiento preventivo de los NNA en una situación de riesgo, así como para aplicar las medidas más adecuadas a las características de cada NNA y proponer la creación de aquellas medidas que no existan. El informe añade que, naturalmente, dicho sistema administrativo debe acompañarse de un recurso ante los tribunales de todas las acciones que inciden en la vida de los NNA, en caso de oposición a las mismas.<sup>223</sup> Por estas razones, el Comité recomendó que el Estado chileno desjudicialice el sistema de protección, en particular:

*a) cree un servicio de protección administrativo, especializado y dotado de recursos suficientes, que conozca a fondo los recursos existentes para la garantía de todos los derechos, que detecte las carencias existentes y que realice un seguimiento individualizado desde las situaciones de riesgo con competencia para adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir, proteger y remediar situaciones de vulneración de derechos;*

221. Párrafo 51.

222. Párrafo 124.

223. Párrafo 127.

*b) establezca criterios claros y estrictos para la decisión de cuidados alternativos de NNA, con garantías procesales que garanticen el derecho del NNA a que su interés superior sea una consideración primordial y que todas las partes sean debidamente escuchadas;*

*c) Regule un procedimiento de revisión judicial de las acciones del sistema administrativos;*

*d) fortalezca el papel del defensor de la Niñez como supervisor del respeto de los derechos de los NNA e el sistema de protección.”<sup>224</sup>*

La excesiva judicialización del sistema de protección especial de derechos del NNA redundaría en que la intervención estatal es desproporcionada e impertinente, pues termina sacrificando derechos del NNA y de los miembros de su familia. La separación del NNA de su familia vulnera innecesariamente el derecho a la vida familiar tanto del NNA como de sus adultos a cargo, privando al primero del derecho más básico del ser humano, cual es crecer y desarrollarse junto a las personas que le han brindado -en mayor o menor medida conforme a las circunstancias de cada familia- la atención y apego próximos a su nacimiento. Asimismo, el Estado, al intervenir inadecuadamente en las relaciones familiares del NNA vulnera ilegítimamente el derecho de los progenitores o de los adultos más cercanos al NNA, a criar y educarle prioritariamente; despojándole innecesariamente del privilegio que reviste gozar de responsabilidades parentales y marentales.

Por esta razón, el Comité de Derechos del Niño, en el informe citado, establece que el Estado chileno viola el artículo 18 de la CDN; por no prestar asistencia apropiada a los padres o representantes legales para el desempeño de sus funciones parentales, y por la inexistencia de una red eficaz y suficiente de apoyo

224. Párrafo 128.



intersectorial, especialmente en materia de salud, educación y ayuda en beneficios sociales y de intervención para la familia de origen.<sup>225</sup>

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 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.

---

225. Párrafo 73.

## CAPÍTULO 5

### Negligencia y maltrato institucional: cuando el sistema de protección falla<sup>226</sup>

*Tomas Aller Floreancig<sup>227</sup>*

#### 1. Introducción<sup>228</sup>

De la misma forma que la violencia es una realidad multidimensional, poliédrica y cambiante, el maltrato también es una realidad complicada de definir, ya que el concepto está supeditado a interpretación que se hace de una determinada conducta (propia o ajena, individual o colectiva, tangible o intangible) en

---

226. Han colaborado en la elaboración del presente artículo con sus aportaciones y sugerencias: Alejandra Pascual Franch, Coordinadora de Programas de FAPMI-ECAT España; Raquel Raposo Ojeda, experta en evaluación de la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes; René Solís de Ovando Segovia, Dirección General para las Familias y la Infancia, Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, Gobierno de España; Clara Martínez García, Directora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores de la Universidad Pontificia Comillas.

227. Consultor en políticas de protección y buen trato dirigidas a niños, niñas, adolescentes y personas en situación de vulnerabilidad. Fundador del Instituto de Innovación, Desarrollo e Impacto Social Reseña de CV disponible en: [http://iidis.net/wp-content/uploads/2018/05/CV-T\\_Aller.pdf](http://iidis.net/wp-content/uploads/2018/05/CV-T_Aller.pdf)

228. Las fuentes y citas bibliográficas se han seleccionado con un doble criterio: por una parte, fundamentar y/o concretar contenidos del texto y por otra, servir como recurso para la ampliación de dichos contenidos por parte del lector, de manera que pueda abundar en los mismos si así lo considera.