

Germán Manuel Núñez Romero

La realización del interés superior
del niño en la jurisdicción de
familia: el Procedimiento Especial
de Protección y sus Medidas en
Chile

Director/es

Bernuz Beneitez, María José

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>

© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA REALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO EN LA JURISDICCION DE FAMILIA: EL
PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN Y
SUS MEDIDAS EN CHILE

Autor

Germán Manuel Núñez Romero

Director/es

Bernuz Beneitez, María José

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Libertades
Fundamentales

2020



**Universidad
Zaragoza**

TESIS DOCTORAL

**LA REALIZACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA.
El Procedimiento Especial de Protección y sus Medidas en
Chile**

Doctorando: Germán Manuel Núñez Romero

Directora de tesis: María José Bernuz Beneitez

Programa de Doctorado en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
Universidad de Zaragoza, España

Valparaíso, Chile, 21 de agosto 2020.

ÍNDICE

Abreviaturas	4
INTRODUCCIÓN	7
PRIMERA PARTE: LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL	
1. Algunas cuestiones previas	15
2. El concepto de niño/a y su evolución en el campo del derecho	18
2.1. La protección del niño/a: desde la negación de derechos hacia las primeras consideraciones en el Derecho	18
2.2. La doctrina de la situación irregular: sus repercusiones	25
2.3. El paradigma de la “Protección Integral” de los derechos de la infancia	30
2.4. La evolución del concepto de niño y niña en Chile	36
3. Hacia la cultura de la tutela internacional y el inicio del proceso de especificación: la Convención sobre los derechos del Niño (CDN).	42
3.1. La especial condición de los niños/as como sujetos de derecho y como titulares de derechos humanos	48
3.1.1. Los niños/as como sujetos de derecho	48
3.1.2. Las implicaciones de considerar a los/as niños/as como titulares de derechos humanos	52
3.2. Contenido de la CDN: su estructura, y los derechos y principios que de ella emanan.	56
4. El “Interés Superior del Niño” (ISN)	65
4.1. Nociones preliminares	65
4.2. La naturaleza tridimensional del ISN	73
4.2.1. El ISN como derecho sustantivo	76
4.2.2. El ISN como principio interpretativo fundamental	77
4.2.2.1. La indeterminación del ISN como concepto jurídico	79
4.2.2.2. Algunas consideraciones sobre la discrecionalidad hermenéutica	82
4.2.3. ISN como norma de procedimiento	91
4.3. El ISN en el ámbito jurisdiccional chileno	99
5. La participación del niño y la niña	103
5.1. La participación y su relación con las nociones de paternalismo jurídico y acceso a la justicia	105
5.2. La participación: derecho de los niños/as a través de su derecho a ser escuchados/as y a expresarse libremente (artículo 12)	113
5.3. El principio de autonomía progresiva y la protección del menor	125
5.4. La participación del niño y la niña en la legislación chilena?	130

SEGUNDA PARTE: LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL RÉGIMEN JURISDICCIONAL CHILENO Y LA NORMATIVA INTERNACIONAL COMO PARÁMETRO DE ANÁLISIS

1. Aproximaciones	135
2. El sistema de protección de los derechos de los/as niños/as	138
2.1. La tutela en sede administrativa	148
2.1.1. La tutela administrativa de los derechos de los niños en la normativa internacional.	154
2.1.2. La adaptación de Chile a la normativa internacional	159
2.2. La protección jurisdiccional	162
3. El Procedimiento Especial de Protección (PEP)	174
3.1. El órgano llamado a tutelar jurisdiccionalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes: el Tribunal de Familia	175
3.2. La legitimación activa	189
3.2.1 Formas de dar inicio al PEP	190
3.3. Las etapas del PEP	197
3.3.1. Las medidas cautelares en el PEP	205
3.3.2. Análisis crítico al PEP desde a normativa internacional	207
3.3.3. Medio probatorios	213
4. La sentencia en el PEP	218
4.1. La sentencia: aspectos constitutivos	218
4.1.1 La fundamentación, el eje central de la sentencia	219
4.1.2 La decisión de aplicación (o no) de medidas de protección, y el objetivo -en su caso- de su implementación.	229
4.1.3 Fijación del plazo de duración de la medida de protección	238
4.2. Los efectos de la sentencia y sus formas de ejecución	243
CONCLUSIONES	251
BIBLIOGRAFÍA CITADA	261

Tabla de abreviaturas

Art. Artículo

CDN Convención Internacional de derechos del Niño

CPR Constitución Política de la República

ISN Interés Superior del Niño

OG Observación General del Comité de derechos del Niño

PEP Procedimiento Especial de Protección

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral pretende determinar cómo se realiza el Interés Superior del Niño (en adelante ISN) proclamado por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) en la jurisdicción de familia chilena, tanto en el Procedimiento Especial de Protección (en adelante PEP) como en las medidas que en él se adoptan. El objetivo es analizar si ese modelo chileno, que todavía se encuentra inserto en la óptica del “sistema tutelar”, constituye o no una infracción del deber de prestación del Estado de adoptar mecanismos jurídicos que permitan implementar y hacer efectivos los derechos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante niños/as¹), conforme lo establecido por dicha Convención.

En Chile, las medidas de protección son aquellas que pueden aplicar los Tribunales de Familia cuando se constata la existencia de una grave amenaza o vulneración de los derechos de los niños/as. Esas medidas y su tratamiento aparecen contenidos en dos cuerpos legales. Así, la ley número 16618, llamada “ley de Menores”, del año 1967, concreta esas medidas en: “1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial”². Por su parte, la ley número 19968, denominada “ley de Tribunales de Familia”, del año 2005, establece tanto las hipótesis para su aplicación “en los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o

¹ Vale aclarar que mediante este concepto se abarcará a toda persona menor de 18 años, dado que en la CDN no se realiza una distinción en ese rango etario entre niños y niñas, y adolescentes, sino que se hace alusión en forma indistinta a todos/as ellos/as mediante dicha denominación.

² Artículo 30 de la ley en referencia.

adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados”, como el procedimiento para adoptarlas³.

Aunque estas medidas aspiran a proteger los derechos de las niñas, niños y/o adolescentes, Chile no cuenta con un catálogo explícito de cuáles son estos derechos. De hecho, es la jurisprudencia de los Tribunales de Familia la que incorpora al ordenamiento jurídico chileno la CDN en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política de la República del año 1980 en su artículo 5⁴. Se podría decir que Chile cuenta con una normativa que no se sitúa en la perspectiva de la Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y/o adolescentes, ni tampoco considera que ellas/os requieran de una protección especial o derechos específicos por el hecho de ser miembros de un colectivo social reconocido como vulnerable.

La presente investigación surge a raíz de las dificultades constatadas en el desempeño de mi labor como Juez de Familia en Chile, que me ha permitido verificar que el sistema de protección jurisdiccional de derechos de las niñas, niños y/o adolescente no las/os tutela efectivamente a la luz del principio del ISN. Entre otras cuestiones, he podido observar que el sistema no determina claramente cuáles son los derechos que se protegen. Tampoco ha integrado la óptica de los derechos de participación de las niñas, niños y/o adolescentes, que permiten considerarlos como sujetos de derechos, al no existir una normativa eficaz, decisiones jurisdiccionales, ni estudios doctrinales locales que suplan dicha carencia. En esa línea vemos que el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho exige hacer las adaptaciones institucionales suficientes para que aquéllos puedan disfrutar plenamente de sus derechos, siendo lo que encontramos un procedimiento que no está adaptado a sus condiciones específicas. Asimismo, se reconoce una amplia discrecionalidad a los/as operadores de justicia para determinar las medidas que sean más adecuadas al ISN, cuando no cuentan con una formación especializada. Finalmente, la

El procedimiento para aplicar una medida de protección se encuentra contenido en los artículos 68 y siguientes de la referida ley.

⁴ El artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República establece: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

sobrecarga del sistema hace que las intervenciones sean tardías y, por eso mismo, que resulten inefectivas o incluso injustas.

A través de este estudio, se postula que los derechos de la infancia requieren de una protección jurídica especial, puesto que las características de las niñas, niños y adolescentes, su menor desarrollo madurativo y su dependencia de los adultos implican una mayor vulnerabilidad. La protección de derechos específicos, por medio de mecanismos de tutela también específicos, será el medio que les permita construir y desarrollar sus potencialidades bajo el presupuesto de que su dignidad humana se encuentra efectivamente resguardada, al tiempo que promoverán su protección eficaz. En concreto, en el ámbito que nos incumbe, la configuración especial de sus derechos justifica su tutela jurisdiccional diferenciada, integrada por profesionales formados en el trato con niños, niñas y adolescentes, que se caracterice por una intervención rápida y temprana, dado que el transcurso del tiempo en estos sujetos se puede traducir en situaciones dramáticas para ellos/as y sus familias.

La normativa y la práctica chilena deben ajustarse a la CDN, teniendo en cuenta que el Estado ha sido objeto de recomendaciones y observaciones por parte del Comité de los derechos del Niño de Naciones Unidas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención. En ese sentido, ya en el año 2007, en las observaciones realizadas a Chile, se señaló en el numeral 8 que se “recomienda al Estado Parte que ultime con celeridad el proceso de reforma de la ley de menores de 1967 a fin de brindar una Protección Integral a todos los niños. El Comité recomienda, además, que se haga una distinción clara, en los procedimientos judiciales y a todos los demás efectos, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley”⁵. Lo que fue reiterado en el año 2015, dado que en su numeral 8 nuevamente “el Comité recomienda al Estado parte que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño”⁶. De lo anterior se desprende que un modelo tutelar como el que aún se

⁵ En informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la CDN, Observaciones finales, Chile.

⁶ Términos utilizados en relación al informes cuarto y quinto presentados por Chile con arreglo al artículo 44 de la CDN, Observaciones finales, Chile.

encuentra vigente, que conoce conjuntamente los supuestos de desprotección y los de delincuencia, no ofrece respuestas adaptadas a estos, los trata por igual y con las mismas medidas, y puede acabar criminalizando la pobreza.

Hay que indicar que, desde la ratificación de la CDN, este ajuste ha sido uno de los desafíos del Estado. Como indicaba el presidente de la República ya en el año 2005, es preciso abordar “la completa reformulación de las leyes relativas a la infancia y la adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales vigentes, ratificados por Chile”⁷.

⁷ En estos términos fue enunciado en Mensaje N° 309-352, de S.E. Presidente de la República, con el que inicia el Proyecto de ley de Protección de derechos de la Infancia y Adolescencia (Santiago, 18 de enero de 2005). Posteriormente, en un nuevo Mensaje número 066-361, de S.E. el Presidente de la República, inicia otro Proyecto de ley llamado de Protección de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (Santiago, 24 de abril de 2013). En este se reconoce en forma expresa que “actualmente nos encontramos con diversas normas, tales como la ley número 19968, que crea los Tribunales de Familia y la ley número 20084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, que se han sumado a la legislación existente, pero sin que hasta ahora se haya realizado una reformulación de las normas antiguas. La dispersión normativa dificulta el acceso a las prestaciones y creación de políticas sociales claras y criterios de acción que logren entregar lineamientos precisos sobre el trato que ha de otorgarse a niños, niñas y adolescentes. En este sentido, es necesario dejar atrás las normas que continúan basándose en la doctrina del niño en situación irregular, la que sustenta el paradigma tutelar, con un enfoque de la infancia asistencialista y reemplazarla por el enfoque de este como sujetos de derechos.”

Ahora bien, en la actualidad, la importancia del tema no ha mermado, reflejo de ello es la existencia de un nuevo Mensaje número 950-363, de S.E. el Presidente de la República, donde se inicia un tercer Proyecto de ley, denominado “Crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez” (Santiago, 24 de septiembre de 2015). En este se reconoce que “la Convención supera la concepción tutelar que se tenía de los niños antes de su entrada en vigor. Así, reconoce a los niños como legítimos titulares de los derechos y libertades que los pactos internacionales reconocen a toda persona, estableciendo que su desarrollo integral debe ser protegido de un modo preferente. Asimismo, concibe al niño como una persona capaz de gozar y ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades. Lo anterior, desde el seno de la familia hacia su proyección social. Este nuevo paradigma hace necesario el establecimiento de un sistema que garantice y proteja de manera integral y efectiva el ejercicio de los derechos de los niños.

Este proyecto pretende dotar al país de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales, orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, considerando su identidad cultural y su pertenencia a pueblos indígenas”.

De este modo, la legislación chilena no entrega una Protección Integral a la infancia y adolescencia de hecho, aún está vigente la ley de Menores (de 1967) que no está en sintonía con los estándares establecidos por la CDN. Chile es el único país en Latinoamérica que no cuenta con un ordenamiento legal que proteja integralmente a la niñez y adolescencia. Actualmente, el Congreso Nacional se encuentra tramitando los proyectos de ley que establece un sistema de garantías para la niñez; un nuevo servicio nacional de protección de la niñez, un nuevo servicio de reinserción social juvenil, el proyecto que reforma el sistema de adopción, entre otros.

A partir de ello, únicamente se evolucionó hacia un sistema que logró al menos delimitar dos áreas particulares: la infraccional y la relativa a vulneración de los derechos de los sujetos en cuestión en el ámbito de la Justicia de Familia⁸. En este último campo, el Estado también ha intentado una modernización de la legislación y de las políticas que se orientan hacia la promoción y Protección Integral de la infancia y de la adolescencia, al realizar una reestructuración del actual Servicio Nacional de Menores⁹, institución encargada -entre otras cosas- de ejecutar las medidas que se resuelven por los tribunales.

Es necesario advertir que el área infraccional ha sido estudiada, analizada y delimitada legal y doctrinariamente, y ha sido especialmente normada mediante la ley de Responsabilidad Penal Juvenil, promulgada el 28 de noviembre del año 2005. Sin embargo, las demás áreas que integran el amplio espectro de graves amenazas y vulneraciones de derechos que tienen como foco a las niñas, niños y adolescentes no han corrido la misma suerte, al no haber sido debidamente abordadas, por lo que no cuentan con el tratamiento adecuado, ni desde lo normativo, ni desde los órganos estatales, ni tampoco desde la óptica académica. Esta diferencia de interés obedece a múltiples razones, pero una de ellas, y de especial notoriedad, es que el área penal implica mayores costos para el Estado. Por otra parte, dado que las vulneraciones a los derechos que sufren estos sujetos no perjudican directamente a terceras personas desde lo patrimonial, y que no cuentan con una edad suficiente que para valerse legalmente por sí mismos, ello se traduce en que sus posibles demandas no movilicen ningún interés político.

En todo caso, lo que sucede en Chile parece que es un fenómeno que se puede generalizar a muchos países en Latinoamérica. En este sentido, García Méndez (1997, p. 6)

⁸ Artículos 68 y siguientes y 102 A y siguientes de la ley 19968, ley que crea los Tribunales de Familia.

⁹ Se presentó en agosto del año 2012, ante el Honorable Congreso, el boletín número 8487-07 que crea dos nuevos servicios de atención a la infancia y a la adolescencia. Por una parte, el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y la Adolescencia, que tendrá a su cargo las áreas de protección y adopción, y está supeditado a la dirección del Presidente de la República, a través del Ministerio de Desarrollo Social. Por otra parte, el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente que tiene como objetivo contribuir a la responsabilización y reinserción social de los adolescentes infractores. En la actualidad, se encuentra en tramitación el proyecto de ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica, que fue presentado el 05 de agosto de 2018 ante el Honorable Congreso Nacional, por medio del mensaje D.E. El Presidente de la República, número 090-366. El referido, con fecha 27 de julio de 2020, se encuentra en trámite de aprobación presidencial. Es decir, aun no es ley.

distingue dos modos de adecuación de las legislaciones nacionales en estos territorios a los cánones de la CDN: “formal eufemístico” y “adecuación real”. El primero obedece a una adaptación que, a nivel de normas y principios, cumple un rol meramente enunciativo, considerando que las leyes pueden postular intenciones que, en la práctica, no se traducen en una tutela real y efectiva de los derechos. El segundo plantea una adaptación concreta de la normativa interna a los parámetros que establece la CDN, ideando sistemas de protección de los derechos de la infancia desde el paradigma de la Protección Integral de los niños. La situación de Chile se encuentra en la primera de dichas hipótesis.

Habiendo delimitado el objeto del presente trabajo, la metodología que se adoptará para abordarlo será fundamentalmente documental. Por un lado, se recurrirá al análisis de bibliografía existente sobre modelos de intervención con infancia, derechos de la infancia y protección de los niños, niñas y adolescentes o relacionada con el ISN. Por otro, se analizará la legislación nacional, Tratados Internacionales y las Observaciones Generales del Comité de derechos del Niño de las Naciones Unidas al respecto. Finalmente se pasará a determinar cómo se concreta el ISN por los órganos que lo aplican (Tribunales de Familia), tanto mediante el procedimiento especial de protección que se utiliza (en adelante, PEP) como, finalmente, en las sentencias que resuelven los asuntos traídos a conocimiento.

Para el logro de los objetivos expuestos, esta tesis se estructura en torno a dos partes:

En la primera, se analiza la evolución histórica y la transformación del concepto de niño/a como sujeto de derecho, pasando desde una fase de desprotección y de ausencia de derechos a la cultura de los derechos de la infancia. Ello nos permitirá comprender los límites del modelo tutelar en la realización de los derechos de la infancia que propone la CDN. En esa línea, es preciso analizar dos aspectos clave en la transformación de modelos de intervención con infancia: el significado, contenido e implicaciones del ISN, y la participación de dichos sujetos en los asuntos que les afectan.

En la segunda parte del trabajo, se analizará el sistema de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, para dar una mirada introductoria a los mecanismos de protección existentes, circunscribiéndose al ámbito jurisdiccional. Así, se efectuará un desarrollo de los órganos llamados a tutelar jurisdiccionalmente sus derechos, esto es, los

Tribunales de Familia chilenos y luego, se tratará el procedimiento jurisdiccional existente en Chile para tutelar sus derechos, es decir el PEP, y las sentencias a las que arriban los tribunales, y las consecuentes medidas que, en su caso, deben adoptarse. Todo ello, tomando en consideración la legislación internacional existente al respecto, incluyendo también las Observaciones del Comité de derechos del Niño e incorporando mi experiencia como Juez. Lo anterior, permitirá sostener la hipótesis y los objetivos planteados en primer término, relativos a que la legislación y el sistema jurisdiccional chileno no resultan adecuados para proteger debidamente los derechos de los niñas, niños y adolescentes, conforme lo establecido a nivel internacional, y los compromisos asumidos por este Estado en ese marco.

Finalmente, se esbozarán las conclusiones y se propondrán parámetros que deberían implementarse para así superar las deficiencias del sistema, con arreglo, como ya se dijo, a los acuerdos internacionales a los que Chile ha suscripto, velando así cabalmente por la realización del ISN.

PRIMERA PARTE.

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

1. Algunas aclaraciones previas

La presente investigación exige realizar un desarrollo previo acerca del concepto de niño/a para entender a quiénes nos referimos. Ello nos permitirá conocer una evolución en su construcción y comprensión a nivel legislativo y social, así como también determinar el estado actual de la situación, en la que ya se los reconoce universalmente como sujetos de derechos. A su vez, también llevará a delimitar el marco teórico que compone la noción en estudio. Algo esencial para poder determinar la efectiva realización del ISN en el Proceso Especial de Protección de Chile.

Baste indicar que se pudo llegar a este estadio a partir del consenso internacional que se plasmó en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el año 1989. Se trata de un instrumento que surgió en el marco de un proceso de especificación en la evolución de los derechos humanos que, en el caso de los niños/as, los/as conformó como sujetos de derechos con necesidades específicas que debían ser consideradas por las instituciones, tanto en el ámbito internacional, como en el interno de cada uno de los Estados adherentes. De esta forma se entendió que debe reconocérselos/as como titulares de derechos humanos con ciertas particularidades por la fase formativa y madurez en que se encuentran, y que ello implica además la necesidad de establecer mecanismos específicos de protección de sus derechos. Así las cosas, este instrumento internacional, forma parte del derecho chileno dado que así lo dispone la Constitución Política de la República de Chile en su artículo 5.2 cuando establece que " es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados

internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Por ello, el Estado está obligado al cumplimiento e implementación de la CDN, aportando un marco regulatorio para los procedimientos en que se esté involucrada la infancia.

Pues bien, una vez esclarecida la relevancia de la CDN como marco regulatorio de tutela de los derechos de los niños/as, es preciso identificar los principios fundamentales que la vertebran y que entendemos esenciales para valorar el ajuste del PEP a los principios de la CDN. En concreto, nos centraremos en dos de ellos: el ISN y el derecho de niños y niñas a expresar sus opiniones y a ser escuchados. Insisto en que ambos principios resultan idóneos para testear -en el apartado siguiente de esta investigación- el modelo de protección jurisdiccional establecido en Chile, tomando en cuenta las directrices específicas que ha ido estableciendo el Comité de los derechos de los niños a través de las Observaciones Generales (OG), que deben considerarse estándares definidos, reconocibles y verificables para concretar los principios de la CDN.

El primero de los principios es el ISN, que cuenta con particularidades teóricas sobre las cuales es necesario profundizar. En especial interesa su esencia como "concepto jurídico indeterminado" y su naturaleza tridimensional, como derecho subjetivo, como principio y como norma de procedimiento. Son elementos que señalan el camino a transitar para corroborar el cumplimiento de los citados parámetros, evitando la arbitrariedad en su aplicación.

El segundo de los principios, el derecho del niño/a a expresar su opinión, se materializa en la CDN a través de la consagración del derecho esencial a ser escuchado/a en las decisiones que puedan ser importantes en su vida. Es un derecho que posibilita en definitiva que puedan acceder debidamente a la justicia y que entiendan que las decisiones son justas. Aunque se trata de un derecho limitado porque quien decide cuándo y cómo escuchar es un adulto, lo cierto es que garantizar este derecho en los ordenamientos, ayuda a superar poco a poco las barreras que existen respecto de los niños/as, permitiéndoles acceder a mecanismos efectivos y dirigidos a ellos. En especial, se verán algunos aspectos como la importancia de la edad y el desarrollo madurativo de los sujetos en cuestión, y bajo qué hipótesis sería justificado limitar su participación en el ámbito jurisdiccional

permitiendo la intervención de terceras personas en representación de aquéllos/as, sin que por ello se entienda una afectación como sujetos de derecho.

De esta forma, en el momento de evaluar el procedimiento a la luz de los principios y las directrices relativos al ISN que aportan las OG, así como al derecho del/la niño/a a ser escuchado/a y a expresar su opinión, podremos determinar si efectivamente se comprende la esencia de aquéllos y si son implementados debidamente por los órganos jurisdiccionales a partir de la legislación vigente en Chile.

Como he explicado, he optado por centrarme en la incidencia de estos dos principios en el contexto del PEP chileno. Por una parte, en lo que refiere al ISN, resulta importante tener presentes algunas consideraciones que permitan comprender la opción. La intervención jurisdiccional es el último de los recursos con los que cuenta el Estado chileno para proteger los derechos de los/as niños/as. Antes interviene la familia que tiene el deber de cuidado de sus hijos. Si ésta falla, la sociedad interviene a través de la acción de la potestad administrativa, que por medio de distintos órganos buscan protegerlos/as, haciéndolos/as visibles y activando mecanismos en aras de resguardarlos/as. En el caso que todos estos mecanismos fallen, cabe la acción de la justicia, ejercida por medio de los Tribunales de Familia, cuyos integrantes conocerán de los hechos por medio de denuncias y valorando pruebas que serán incorporadas en el marco de un procedimiento, determinarán si existe alguna vulneración, quién es el responsable y cuál es la medida que mejor responde al ISN. Esto es, se trata de saber si los derechos de un/a niño/a se encuentran gravemente vulnerados o amenazados. Como digo, esas decisiones las toman jueces considerando la naturaleza porosa y susceptible de diversas interpretaciones que permite el ISN en cada una de las situaciones específicas, y para cada niño/a determinado/a. A lo anterior hay que sumarle, además, y como ya se esbozó, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, el juez cuenta con discrecionalidad para determinar cuál es el ISN, ante lo cual para delimitar sus márgenes, debe fundamentar adecuadamente su decisión evitando incurrir en arbitrariedades.

Ahora bien, el propio Comité de los derechos de los niños entiende que para concretar el ISN es preciso contar con su opinión y debe ser escuchado antes de tomar una decisión. Entiendo que su cumplimiento en los procedimientos judiciales se hace complejo.

Principalmente porque el ordenamiento jurídico chileno no cuenta con herramientas para concretarlo. Así, la normativa guarda silencio al respecto y tan solo invoca el principio como una declaración, sin aportar parámetros o medios para su debida concreción y ejecución.

Esclarecido lo anterior, resta explicitar por qué no serán abordados los otros dos principios rectores de la CDN: el derecho a la vida y el derecho a la no discriminación. Por un lado, el primero de ellos no se vincula directamente con el procedimiento que se estudiará, porque su alcance trasciende las fronteras de los mecanismos de instrumentación del derecho general. Y respecto del segundo, ya que el principio supone el reconocimiento de la igualdad de derechos para todas y todos, niñas, niños y adolescentes, dirigiéndose el mismo explícitamente a cuestionar la discriminación de infantes y adolescentes por su origen étnico, lo que tampoco se encuentra relacionado derechamente con el objeto de esta investigación.

Sentado lo anterior, no queda más que recordar y aclarar que esta parte se centrará en el análisis teórico y conceptual de las nociones que conforman el esqueleto del presente trabajo, necesario para analizar en la siguiente la práctica chilena en el PEP.

2. El concepto de niño/a y su evolución en el campo del derecho

2.1. La protección del niño/a: desde la negación de derechos hacia las primeras consideraciones en el Derecho

Para presentar la evolución del concepto jurídico de “niño/a”, en primer lugar habré de establecer lo que se entiende por “concepto jurídico” en el mundo del derecho, para luego adentrarme en la configuración del término “niño/a” en sí mismo, lo que implicará realizar un recorrido por la historia occidental hasta arribar al concepto actual de infancia. Hay que indicar que la doctrina ha estudiado ampliamente esta noción, especialmente en lo que concierne al ámbito de los/as menores infractores de ley, pero no ha ocurrido lo mismo con los niños/as víctimas de vulneraciones graves de sus derechos, lo que conduce a un desconocimiento acerca de si en ambos casos, se opta por una igual interpretación del

término. En consecuencia, aquí se pretende trazar un hilo conductor en la historia que permita ver como los/as segundos/as -es decir, niños/as que se han visto vulnerados en sus derechos, y no son infractores de ley- han sido invisibilizados del foco de atención social, reconociéndoseles dentro de ese mismo grupo como los menos relevantes, que han generado menor interés.

Primeramente, serán identificadas diversas etapas en la comprensión del concepto de niño/a, las cuáles por determinados hitos fueron mutando desde una donde no existía valoración con respecto a ellos/as, hasta una etapa que los situó como susceptible/s de consideración para los/as demás. Luego, será reconocido un momento histórico relevante de la evolución del concepto del/la niño/a en la sociedad, que se configuró por la instauración de los Tribunales de Menores y la implantación del modelo de la “situación irregular”. Por último se identificarán, cuáles fueron los resultados que ese paradigma significó en la conceptualización, reconociendo finalmente el momento que se alteró el modelo antes nombrado. Todo lo anterior permitirá nutrir la presente investigación de los elementos históricos que fueron construyendo la idea actual que se tiene de los/as infantes como sujetos de derecho, y más precisamente, cuando alguno/a de ellos/as resulta víctima de vulneración los mismos, porque ellos son el eje central del procedimiento que será analizado en la segunda parte de esta investigación. Así, delimitando su noción se podrá comprender de qué hablamos cuando nos referimos a ellos, y como debe considerárseles para garantizar adecuadamente su rol protagónico en los todos los asuntos que les conciernen.

Volviendo al primer punto, en cuanto al significado de “concepto”, Peces-Barba (2000, p. 251) explica que no se trata de una expresión unívoca, sino que el término puede ser entendido según la tesis (i) esencialista o (ii) convencionalista. En ese sentido, indica que quienes siguen la tesis esencialista, postulan que los conceptos expresan una determinada esencia que se manifiesta por medio del lenguaje, por lo que trazar una definición de algo que se desea referenciar significaría describir las características propias a ese “algo” de acuerdo a su naturaleza interna. Mirada desde esta perspectiva, entonces, mediante la formulación de un concepto jurídico se busca plantear una definición real a través de una clasificación de género y especie, al buscar los elementos innatos y

fundamentales de la realidad que remiten al término conveniente. Por su parte, quienes adhieren a la tesis convencionalista plantean que no existe una vinculación “preestablecida”, sino que la relación entre lenguaje y realidad es creada libremente por las personas. Así pues, la determinación de conceptos no es más que el empleo de criterios ya existentes en el uso común para emplear términos específicos, y así lograr el perfeccionamiento de la “efectiva comunicación”. Según esta tesis, consecuentemente, los conceptos jurídicos se definen de manera contextual, es decir, valorando el contexto en que se emplea el término en particular.

Si intentamos definir el término "jurídico", agrega Peces-Barba (2000, p. 256) que puede entenderse también desde tres ópticas diferentes: la que remite a formulaciones realizadas por el órgano legislador, a lo establecido por la dogmática jurídica, o lo determinado por la Teoría del Derecho. Así, los “conceptos jurídicos” pueden entenderse como definiciones legales, siendo los/as legisladores/as quienes los establecen mediante las enunciaciones que componen las diferentes normas legales. Luego se encuentra las definiciones jurídicas que surgen en el seno de la dogmática jurídica, en la que los conceptos son el resultado de “un proceso de reconstrucción racional de los materiales normativos correspondientes” (Peces-Barba, 2000, p. 256). De esta manera, se advierte que se han determinado diferentes áreas o sectores del ordenamiento jurídico como el laboral, el civil, el ámbito de familia, el penal, entre otros, que permiten catalogar los contenidos de las normas jurídicas. Finalmente, en cuanto a la dimensión que presenta el contenido formulado por la Teoría del Derecho, los conceptos jurídicos son de difícil delimitación respecto de “los conceptos más abstractos elaborados por la dogmática”, aunque los primeros son más abstractos y formales, y, debido a que se encuentran “en un plano de subordinación respecto de las distintas teorías jurídicas”, dependerán de las particularidades de la Teoría del Derecho.

A partir de lo anterior, habré de concluir que es la adopción de la perspectiva esencialista la que mejor se adecua a los objetivos propuestos, dado que el sistema jurídico existente en la actualidad se estructura bajo esa lógica, y porque garantiza de mejor manera su protección. Lo primero, debido a que los/as niños/as son comprendidos socialmente como un grupo “minoría” dentro de las comunidades humanas, lo que se enmarca,

extrapolando las palabras de Bobbio (1991, p. 73), dentro de un sistema género-especie, en el que sus derechos se consideran como un *ius singulare* respecto a un *ius comune*. Y lo segundo porque evita que la conceptualización o entendimiento que se tenga de ellos/as quede sujeta a las condiciones socioculturales de cada país, lo que podría traducirse en su relativización, lo que atentaría contra la protección universal que promueve la CDN en relación a los sujetos en cuestión. Así, preestableciendo una noción de niño/a que trascienda las circunstancias sociales y los contextos donde estos se desenvuelven, se impide su exclusión de un régimen que consagre un modelo especial de protección de sus derechos.

Ahora bien, sobre el término “niño/a” y sus implicaciones, hay que indicar que la negación de aquéllos/as como sujetos titulares de derechos fue la óptica imperante en las primeras sociedades humanas, que supuso que se encontraran en condición de sometimiento a personas adultas. Las condiciones que fueron perfilando este concepto del niño fueron varias de distinta índole. Así, en la Edad Antigua esa negación alcanzó sus visiones más extremas, cuando se los llegó a pensar como una propiedad de terceras personas, -es decir, sus padres o los representantes de la comunidad política-, a cuya voluntad se encontraban totalmente subordinados. Unos y otros podían disponer de ellos/as con autonomía en muchos aspectos, incluso como esclavos, de la misma manera en que se encontraban facultados para disponer de sus otras propiedades. En consecuencia, eran comprendidos como objetos de libre disposición. En este sentido, Campoy (2007, p. 9 y ss.) plantea que la justificación teórica de este sometimiento pleno de los/as niños/as a la voluntad de terceros competentes se puede encontrar en el pensamiento desarrollado en Grecia Clásica. Es posible considerar, que esa concepción del infante se mantuvo “desde la Antigüedad hasta el siglo XVII” (Campoy, 2006, p. 45), haciendo referencia a dos características que condicionaron su tratamiento: eran seres humanos imperfectos y carecían de un valor propio. En primer lugar, durante todo ese período se los/as consideró seres humanos imperfectos, expone Campoy (2006, p. 45), dado que se sostenía que “sólo se puede predicar la perfección del adulto”. En consecuencia, se concluye, necesariamente, que el/la niño/a era “un ser susceptible de perfección”. Del mismo modo, revela que en la época se destacaban “como negativas las cualidades que son propias de la niñez y [se]

subrayar[aban] como positivas aquellas que le permiten abandonar su estadio de imperfección y alcanzar la perfección en la adultez”¹⁰.

La segunda idea desarrollada por el autor, relativa a la carencia de una estimación del valor propio de los/las niños/as, se relaciona con haberlos/as caracterizado por sus atributos negativos, con lo que no se les reconocía un valor en sí mismo como humanos/as (Campoy, 2006, p. 53-54): la valoración del/la niño/a dependía de las capacidades específicas para convertirse en un/a adulto/a y su situación, en consecuencia, se lograba modificar al alcanzara la edad adulta. En esta línea, Mark Golden (1993, p. 82) considera que un claro indicador de que imperaba esa concepción, que concedía un escaso valor a la vida del/la niño/a, lo marca la alta tasa de mortalidad existente en esas sociedades.

Sin perjuicio de que la concepción del infante se mantuvo hasta el siglo XVII, se evidencian paulatinos cambios en ese espacio temporal respecto a la concepción del/la niño/a en el mundo del Derecho. Así, como uno de ellos, siguiendo a Tucker y DeMause (1991, p. 255-285), con la incorporación de las ideas religiosas del siglo V, especialmente las inspiradas en el mundo cristiano y su concepción de amor al prójimo, se generó un vuelco en la estimación de la figura de los/as niños/as. Así, en las sociedades donde se instalaron estas convicciones, se comenzó a valorar paulatinamente a niños y niñas de forma autónoma. El principal cambio se produjo con la apreciación de toda vida humana. Consecuentemente, el/la niño/a comenzó a merecer una evaluación propia, independiente de la del “futuro/a adulto/a” en que se convertiría.

Asimismo, de acuerdo a Philippe Ariès (1987, p. 485), para el cambio en la concepción de los/as niños/as fue también relevante que, durante la Edad Media, ellos/as fueron incorporándose como aprendices en casas o en talleres de artesanos. Ello ocurría a la edad temprana de los siete años, momento en el que atravesaban la puerta al mundo adulto, adquiriendo importancia sus trabajos y con ello, terminaban por adquirir una valoración propia¹¹. La precoz independencia de los/as niños/as con su ingreso al universo laboral

¹⁰ Plantea Campoy (2006, p. 46) que: “esta idea de imperfección del niño queda bien reflejada ya en la creación del hombre, según la interpretación que se ha hecho del libro del Génesis de la Biblia”.

¹¹ Ariès (1987, p. 485 a 491) postula en su descripción de la situación del niño en el Antiguo Régimen que la situación la relativa a su participación en el mundo del trabajo también cambiaría por su incorporación a los sistemas escolares.

adulto, tuvo una proyección en todo el mundo; y se siguieron apreciando esos elementos en la sociedad preindustrial. En este sentido, es de interés observar lo que destaca Pancera (1993, p. 29) acerca de esa estimación del/la niño/a por el trabajo que realizaba, cuando estipula que "La inserción del aprendiz en el proceso laboral puede ser vista también como un dispositivo de enmascaramiento de la infancia a través de su adultización forzada. De esta forma, la infancia no puede expresarse si no es saliendo de la ocultación mediante un disfraz acorde a la máscara que le ha sido impuesta". De lo anterior se concluye entonces que la estimación que se hizo de los/as niños/as hasta ese momento tampoco permitió comprender que efectivamente existiese una valoración como sujetos en sí mismos, sino que se les dio cabida en la sociedad asimilándolos/as a las figuras de los/as adultos/as.

Finalmente, se reconoce como otro cambio en esta línea de tiempo, al individualismo dado que tuvo influencia en la valoración de los/as niños/as, porque supuso, como señala Campoy (2006, p. 79), la valoración de la persona independientemente de la que pudiese tener por su inclusión en un grupo social u otro. Así, plantea que cada persona adquiriría importancia plena por su propia humanidad, por su consideración de ser humano. Desde esa idea es posible advertir, ya en los siglos XV y XVI que, sin perjuicio de considerarlo como un ser humano imperfecto, al/la niño/a se lo/a valoraba como tal, con ciertas características propias de la infancia que permitían no estimarlos/as solo como propiedad de terceros.

Luego, también resulta relevante para comprender la construcción de la conceptualización de la figura del/la niño/a a lo largo de la historia el establecimiento de la escuela. Se trata de una institución que, en términos de García Méndez (1997, p. 6), contribuyó decisivamente a la consolidación y reproducción ampliada de la infancia. El autor plantea que esta institución también vino a segregar a los niños, niñas y adolescentes, en aquellos que se adaptan al sistema, a través de la familia y la escuela, a los que se les denomina infancia, y aquellos que no lo hacen, lo cuales son identificados como menores. A estas ideas también adhiere Cordero (2015, p. 112) al postular que la escuela fue una forma de ejercer control respecto de este grupo de personas. Así es posible comprender a la escuela como una institución que ha sido utilizada como un instrumento que moldea a la niñez de acuerdo a las necesidades de la sociedad bajo un eslogan de formación, pero que no los reconoce como protagonistas de los asuntos que los afectan. En este sentido, postula

el autor que “aunque el objetivo expreso del colegio sea la formación de personas autónomas, libres, o independientes, la acción pedagógica se realiza como acción disciplinaria, es decir, ni libre ni independientemente, pues lo que importa en definitiva es que “el niño” participe en la sociedad, como un buen ciudadano” (Cordero, 2015, p. 116). De esta forma, es posible comprender que el establecimiento de la escuela es un hito -al menos en el mundo occidental- que afecta la comprensión de la conceptualización de la niñez al colocarlos en un lugar de atención.

De ese modo, el proceso de valorización de la persona del/la niño/a en forma independiente se mantuvo hasta finales del siglo XIX. Ahora bien, la revolución industrial y la desestructuración de las familias y de la autoridad parental fomentó que el Estado comenzara a pensarse como el sustituto de los padres que no podían evitar comportamientos antisociales de sus hijos y situaciones de marginación y pobreza (Fernández Molina 2007, 40 y ss.). Es el momento en que surgió el llamado Derecho de Menores. Su origen se ubica en el modelo implementado en Estados Unidos de Norte América, en el que funcionó el primer Tribunal de Menores, creado en Illinois en 1899. Al respecto, García Méndez (1997, p. 6) expone que ese paradigma establecía un modelo tutelar respecto de los/as niños/as en materia penal, a la vez que amparaba las situaciones ligadas al abandono, a las carencias materiales y a las formas de vida consideradas inadecuadas para los valores dominantes, aunque negando la existencia de un conflicto entre el Estado y el/la niño/a en situación irregular. Y fue este modelo, al que la doctrina denomina tutelar o de “situación irregular”, distante del actual sistema de Protección Integral -que será desarrollado más adelante-, que fue replicado en otros países, entre los que se destacan Inglaterra, Francia, Brasil y Chile, en los años 1905, 1912, 1923 y 1928¹², respectivamente.

En otras palabras, en su génesis, de acuerdo a Beloff (2000, p. 11), Campoy (2006, p. 770) y Cordero (2015, p. 17), el citado sistema de “situación irregular” se enfocó mucho más en la instalación de los primeros Tribunales de Menores y en la definición de los mecanismos procesales que pudieran implementarse, que en el desarrollo del derecho

¹² Para profundizar acerca de la implementación del modelo en Chile y su instauración normativa, ver Núñez Romero (2010, p. 250 y ss.).

sustantivo o de fondo relativo a los/as niños/as en sí mismos/as. En ese contexto, entonces, la respuesta estatal ofrecía a dichos sujetos “amparo” únicamente desde dos ámbitos, el jurídico y el médico o asistencialista, que se distribuían la suerte de quienes debían ser, en todo caso, institucionalizados, dejando de lado cualquier otro tipo de enfoque que tratara los problemas que los/as rodeaban como grupo en riesgo de desprotección¹³. En efecto, García Méndez (1997, p. 4) plantea que “el análisis de las funciones concretas de la doctrina de la situación irregular, remite a las vicisitudes de las políticas sociales básicas en el contexto latinoamericano (...) la indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular, resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas”.

2.2. La doctrina de la situación irregular: sus repercusiones

A este respecto, es necesario exponer los elementos distintivos del modelo, su alcance y algunas de las consecuencias de su implementación. Y ello, porque representa la antesala del modelo actual sobre los/as niños/as que da cobertura a los posibles procedimientos jurisdiccionales; en particular, al ya mencionado PEP.

Si hacemos referencia a los rasgos particulares de los ordenamientos jurídicos que se formaron a partir de este modelo de la situación irregular, es posible reconocer básicamente dos características diferentes. La primera es que se organizaron en torno a la división entre aquéllos/as infantes cuyas acciones se mostraban contrarias a las leyes existentes, es decir, materia abordada desde la óptica penal; y aquéllos/as a los/as que había que proteger, incluso regulando cuando fuese necesario sus propias conductas. La otra, tiene que ver con la introducción de la figura que puede identificarse como un “super-juez”. Se trataba de un funcionario que se encargaba de la dirección de los procesos jurisdiccionales en sí mismos,

¹³ García Méndez (1997, p. 6) plantea que las “causas reales de esta situación son, sin embargo, mucho más complejas, remitiendo al estado de la correlación de fuerzas entre los saberes-poderes científicos, que se disputaban en la época el patrimonio sobre estos sujetos vulnerables: la corporación jurídica y la corporación médica”, señalando que “la existencia de leyes de menores en todos los países latinoamericanos, y en menor medida de tribunales específicos, puede ser entendida como una solución de compromiso entre el poder de ambas corporaciones. Más aún, la práctica real de los tribunales demuestra la funcionalidad en términos de eficacia como instrumento de control de este pacto de caballeros que se sella en la década del 30 de nuestro siglo”.

y contaba con potestades tan amplias que en definitiva terminaban por decidir cada aspecto que estuviese a su alcance de la vida del infante.

Así lo expone García Méndez (1997, p. 9), quien se refiere a esas características al mencionar que se organizaron a partir de una ontológica separación entre dos tipos de infancia: aquella que era objeto de las leyes dirigidas a niños/as infractores de leyes, y aquella que estaba sujeta a dispositivos de naturaleza protectora que resguardaban e intervenían sus conductas, tratando de subsanar las insuficiencias del sistema familiar y social. Y agrega que, por otra parte, se procuró que la imagen del juez revistiera el carácter de representante de la potestad tutelar del Estado, lo que implicó que contara con amplias competencias para inmiscuirse en ambos escenarios, repercutiendo consecuentemente tanto en sus situaciones particulares como en la de sus familias.

Sobre los poderes que acumulaba el juez, Beloff (2004, p. 77) y García Méndez (1997, p. 9), apuntan que el juez se encontraba facultado para resolver sin tener en consideración ninguna garantía judicial. Algo que resulta especialmente grave si tenemos en cuenta que, como explica Costa (2000, p. 39), el “paradigma minorista” privilegió la judicialización de los problemas afines a la niñez en situación de riesgo, que en esencia era provocada por la falta de políticas públicas o sociales de infancia. En definitiva, la normativa legal sustentada en el paradigma de la “situación irregular” terminaba por establecer una naturaleza de la intervención jurisdiccional en esencia sancionatoria tanto en el ámbito penal como en el proteccional, ya que lo que se pretendía, según Couso (1999, p. 119 a 134), era proteger a los/as niños/as de escenarios de desamparo y de incursiones en actividades delictivas, más que resguardar sus derechos en sí mismos.

Ahora bien, es posible advertir que esta doctrina constituyó el soporte jurídico ideal para legitimar las prioridades establecidas por la sociedad transformando a los/as niños/as en objetos (y no sujetos) que el Derecho debía tratar. Como explica García Méndez (1997, p. 6), ello se dio “más intensamente en la faz penal, desplazando el peso de su legitimidad de lo individual antropológico a lo estructural sociológico”. Por ello, agregan Lozano (1944, p. 27 a 42; 86 a 93, y 197 a 207) y Cortés (2001, p. 126), se tendió a criminalizar la privación socioeconómica, limitándose el derecho a determinar si respecto de los/as niños/as se debía aplicar el régimen del adulto/a, si procedía implementar penas y en ese

caso, de qué naturaleza. Todo ello fue validando y justificando la implementación de medidas de carácter residencial o de internamiento que suponían restricciones a la libertad, ya que al representar algún inconveniente tanto para la sociedad como para las familias, se optaba por extraerlos/as y confiarlos/as a alguna institución que los mantuviera confinados/as durante el tiempo necesario para favorecer su reinserción social o la desaparición de las condiciones sociales que estaban en el origen de su situación de desprotección o de delincuencia.

Las consecuencias que trajo este modelo de situación irregular las indica Peña (1996, p. 626) cuando plantea que "desde un punto de vista dogmático e institucional, las legislaciones de menores tienden, orgánica y procedimentalmente, a judicializar el tratamiento de los problemas de la minoridad y a marginar a los menores de las garantías que ofrece a los ciudadanos el sistema político y constitucional. En lo que atañe al tratamiento civil de la infancia, las legislaciones de menores poseen un sentido tutelar de los menores en situación de marginalidad; el tratamiento penal, a su turno, inspirado en concepciones peligrosas propias de un derecho penal de autor, tiende a criminalizar a los menores en situación de pobreza, y a pretexto de protegerlos, los priva de las garantías insistas al derecho penal liberal (...) En su conjunto, las legislaciones de menores cumplieron una función que, en rigor, puede ser denominada ideológica: suplieron simbólicamente las deficiencias de las políticas públicas y reprodujeron las formas de criminalización primaria y las iniquidades de sociedades intensamente estratificadas y con marcadas asimetrías en sus procesos de desarrollo”.

En otras palabras, en la preocupación centrada en la figura del/la niño/a se encontraba nítidamente una imagen que lo/a visualizaba como un objeto que había que proteger. Lo anterior, con miras a evitar la consumación de hechos de carácter delictual, y centrando la atención especialmente en los/as niños/as pobres, reflejo de su estigmatización. Es decir, se les “protegía” no porque fuesen sujetos que merecían un especial cuidado, sino por su marginación y pobreza los colocaba en una situación de latente “delictualidad”. En definitiva, el foco de atención no era la condición social a la que se encontraba expuesto/a sino el riesgo que representaba para los/as demás miembros de la sociedad. En esa misma línea, Bellof (1999, p. 9) expone que la sola presunción de que los/as niños/as pudiesen ser

en un futuro delincuentes, o que no tuviesen una familia, exigía la “protección” del Estado a través de una medida judicial (como la internación en un reformatorio) con el objetivo de evitar ese posible desenlace.

Fue así que en este contexto, se formuló la doctrina de la situación irregular, que según refiere García Méndez (2004, p. 11), generó un sistema procesal y judicial diferente para los/as niños/as en relación al que existía para los/as adultos/as, que pretendía “una mayor protección” y permitirles que alcanzaran una “serie de beneficios”, imposibles en los procedimientos comunes.

A la vista de sus objetivos, se puede concluir que el modelo se configuró como un fracaso, debido a que solo se focalizó en un tipo de infancia, no buscaba hacerse cargo de sus problemáticas y se transformó en un sistema que por sí mismo los vulneraba. En primer lugar, el modelo utilizado a lo largo de nuestra historia posrevolucionaria adoleció de mecanismos adecuados para un correcto tratamiento, dado que el afán estuvo centrado solo en responder superficialmente a la conducta delictual, obviando incorporar en el análisis los elementos que la generaban, para que así el Estado pudiera dar una respuesta completa. Además, según Beloff (2004, p. 177) y García Méndez (2004, p. 79 a 96), el problema estaba en que se buscaba invisibilizarlos más que en dar una respuesta concreta, lo que se tradujo en dejarlos indefensos en sus vidas y en sus relaciones con los/as adultos/as, a la vez que desprotegidos/as ante las instituciones sociales, políticas y jurídicas. Finalmente, de esta manera, en vez de ofrecer una solución a las nocivas condiciones sociales y vitales, reconociendo y garantizando derechos que impidiesen el abuso y la explotación, y también implicaran su protección ante situaciones más graves, se constató, como señala Kohler (1977, p. 213), que más que proteger a los/as niños/as de acciones de terceros, se puso el foco en cuidarlos/as de sus propias conductas. Y es que las medidas que se adoptaron no permitieron soslayar la existencia de vulneraciones; algo que permitía cuestionar la doctrina del *parens patriae*, (padre de la patria) que, según Feld (2013, p. 6), consiste en el derecho y el deber del Estado de reemplazar el control de los padres por el suyo propio, cuando estos son incapaces o no desean cumplir con sus responsabilidades, o cuando el/la menor es un problema para la comunidad. En este sentido, por ejemplo, Kohler (1977, p. 213 a 237) señala que las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos habían empezado a

cuestionar la doctrina, advirtiendo que las medidas que se adoptaban, pese a sus declaradas intenciones, no habían conseguido evitar la existencia de múltiples abusos en relación con los niños haciéndose necesario adoptar nuevas medidas que permitiesen proteger a los menores de sus protectores. De esta manera, el Estado, en esos casos, no demostró ser un buen padre.

Como se ha venido diciendo, en la evolución del concepto de niño/a es posible identificar que con el tiempo, como apunta Beloff (2005, p. 765; y 1999, p. 9), una de las características principales que fue cambiando fue entender que aquél se debe vincular necesariamente a la reclamación del reconocimiento de sus derechos. Algo que significa otorgar un enfoque jurídico sobre la forma de considerar su problemática. De esta manera, insiste la autora en que la argumentación que fue justificando ese reconocimiento surgió en la conciencia social que se generó por las terribles condiciones de vida en las que se hallaban y en la necesidad de hacerse cargo de ellas.

Así pues, las precarias condiciones de vida y la crítica al trato institucional fueron revirtiéndose de manera paulatina, comenzándose con la censura del castigo corporal y el reproche a la inexistencia de las garantías en los procesos judiciales. En ese sentido, García Méndez (1997, p. 6 y ss.) y Beloff (2004, p. 177 y ss.) refieren que se fue alterando el paradigma de la “situación irregular”, y con ello se fueron transformando las políticas y las formas de tratar a los/as niños/as. De ese modo, por primera vez, se migró desde la idea de que los problemas que los/as afectaban eran anormalidades del sistema, que se superaban indispensablemente con más intervención del Estado, hacia la nueva concepción de que es precisamente el propio Estado y su excesiva participación la causa principal de algunos de los problemas de la infancia. En otras palabras, lo que ocurrió fue que hubo una mutación en la forma de abarcar la situación de la infancia, bajo la idea rectora de pensar en una mejor intervención y no una mayor o más intensa regulación estatal.

Y ello trajo aparejado, según Beloff (1999, p. 9), que se les fuese reconociendo algunos de los mismos derechos que gozaban los/as adultos/as, así como también la capacidad de ejercerlos por sí mismos/as. Consecuentemente, la ideología de un Estado paternalista fue criticada y abandonada, dando nacimiento al actual paradigma de la Protección Integral de los derechos de los/as niños/as.

2.3. El paradigma de la Protección Integral de los derechos de la infancia

Empecemos por indicar que este modelo consolidado por la CDN coloca a los/as niños/as en una condición de clara mejoría con respecto al instalado en el sistema tutelar o de la situación irregular ya analizado en el capítulo anterior. De un lado, los sitúa en un plano de igualdad respecto de los/as demás miembros de la sociedad, dándoles cabida en ella. De otro, les reconoce una especial condición y unos derechos específicos por encontrarse en una fase de desarrollo cognitivo y de formación de su personalidad. De este modo, García Méndez (1997, p. 30) expone que el paradigma de Protección Integral, se apoya en la idea de que las personas menores de dieciocho años de edad, es decir, los/as niños/as según la CDN, son sujetos de derecho en todos los contextos en los que se integren, esto es, en la familia, la sociedad y el Estado.

A continuación, será enunciada la normativa internacional de la cual se desprende la vigencia del paradigma en estudio, para luego identificar los rasgos distintivos de la conceptualización del/la niño/a que surge desde esta perspectiva. Ello permitirá comprender la caracterización del paradigma en estudio, modelo vigente en la actualidad, que se nutre de requerimientos mínimos que deben considerarse al momento de regular toda situación en la que intervengan infantes, como los casos en que actúan los órganos jurisdiccionales, en especial frente a las situaciones de graves vulneraciones de sus derechos. Solo respetando esas nomenclaturas se los/as estará tratando como verdaderos/as sujetos de derecho. Finalmente, será posible comprender el modelo y sus implicaciones, y a delimitar la concepción de niño/a en la actualidad, de acuerdo al paradigma vigente.

Esta doctrina de la Protección Integral, de acuerdo a lo que postula García Méndez (1997, p. 13), aparece recogida en cuatro instrumentos básicos a nivel internacional: a. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Reglas de Beijing (28 de noviembre de 1985); b. La CDN (20 de noviembre de 1989); c. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad (14 de

diciembre de 1990); y, d. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil o Directrices de Riadh (14 de diciembre de 1990)¹⁴.

La concepción de la infancia vigente en estos instrumentos es que los niños/as son seres humanos que se encuentran en una fase vital peculiar: están en una etapa de desarrollo físico, psicológico y emocional transicional y de formación, es decir, en el proceso de desarrollo de su potencialidad en vías a la vida adulta. En este sentido, la OG número 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, establece que al evaluar el ISN “hay que tener presente que sus capacidades evolucionan” agregando que por ello los responsables de la toma de decisiones deben “evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño” (párrafo 84). Asimismo Nogueira (2017, p. 456) postula que los derechos de los/as niños/as “tienen su fundamento en la dignidad humana y la especial vulnerabilidad, debilidad, falta de madurez y de autonomía de los niños, en virtud de lo cual requieren de una protección especial de sus familias, la sociedad y el Estado, protección que amerita elevar tales contenidos al nivel de derechos fundamentales de los niños”. Todo lo cual, se traduce en que sus derechos deben ser específicos¹⁵ frente a los previstos para los/as adultos/as. Además, bajo esta concepción se asume que sus derechos resultan esenciales, debiendo recibir una protección especial. Por último, estos sujetos, sin importar la situación de hecho en la que se encuentren, merecen igualdad jurídica mediante un régimen único y equiparado al resto de los integrantes de la sociedad, libre de cualquier tratamiento discriminatorio u opresivo.

¹⁴ Señala a este respecto que “son estos instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Reconociendo como antecedentes directo la Declaración Universal de los Derechos del Niño” (1997, p. 13).

¹⁵ Dentro del proceso de evolución histórica de los derechos humanos se puede reconocer, siguiendo a Peces-Barba, diferentes etapas, esas son su positivización; generalización; internacionalización y finalmente la especialización. Por esta última se entiende aquel proceso que permite concretar aún más los derechos humanos de las personas, grupo o clase con miras a garantizar su disfrute. En ese sentido el autor plantea que: “para entender la evolución histórica de los derechos fundamentales hasta hoy, hay que añadir un cuarto fenómeno que produce serias mutaciones en el modelo occidental inicial...el proceso supone no sólo selección y matización de lo ya existente, sino aportación de nuevos elementos que enriquecen y completan lo anterior” (Peces-Barba, 2004, p. 120)

En cuanto a la especificidad de los derechos de la infancia, siguiendo a Bobbio (1991, p. 72), en la actualidad el problema no es solo “aprestar garantías válidas a los derechos” humanos, sino que es preciso su constante y continua actualización y búsqueda de perfeccionamiento, para conseguir una mayor especificidad y con ello evitar que se vuelvan estáticos “en fórmulas tanto más solemnes cuanto más vacías”. De esta forma el autor da como ejemplo la Declaración de derechos del Niño, del año 1959, señalando que “se refiere en su Preámbulo a la Declaración Universal, pero inmediatamente después de esta referencia presenta el problema de los derechos del niño como una especificación de la solución dada al problema de los derechos del hombre. Donde dice que ‘el niño, por causa de su inmadurez física e intelectual, necesita de una protección particular y cuidados <especiales>’. Está claro que los derechos de los niños se consideran como un *ius singulare* respecto a un *ius comune*; la importancia que se les da a través del nuevo documento deriva de un proceso de especificación de lo genérico en lo cual se realiza el respeto a la máxima *suum cuique tribuere*” (Bobbio 1991, p. 73).

Respecto de la especialidad del régimen, implica que los/as niños/as cuentan con un andamiaje de protección dotado de más y mejores herramientas que los/as adultos/as, debido a que la barrera de cuidado comprende no solamente a la CDN sino que también a todos los instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas adultas. De esta manera, en palabras de Cillero (1999, p. 213), el/la niño/a se fue constituyendo como “un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas. Por su parte, esta protección especial tiene carácter nacional e internacional, ya que los Estados Parte [de cada Convenio, Tratado o instrumento de naturaleza similar] adquieren compromisos ante la comunidad de las naciones, y al ser a su vez leyes de los Estados, son aplicables los mecanismos de garantía propios del derecho interno”. En esa misma línea de fomentar un régimen especial está la exigencia de crear instituciones y procedimientos *friendly* para los menores.

Finalmente, este nuevo paradigma de tutela de los derechos de la infancia, busca garantizar un trato igualitario de sus miembros, incorporándolos/as en la sociedad como seres humanos con un valor especial y propio, que hace necesario garantizarles la

generación de mecanismos o remedios idóneos exclusivamente para ellos/as. En este sentido, García Méndez (1997, p. 13) plantea que la mejor expresión que podría sintetizar la transformación de la infancia es una que va desde el “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”. De esta manera se pretende permitirles el acceso a todos aquellos derechos a los cuales la sociedad les vetó gozar, por las razones expuestas en el epígrafe anterior. Así las cosas, de acuerdo a lo postulado por Beloff (1999, p. 9), este modelo se encuentra contenido en una “vertiente igualitaria y democratizante del derecho”, que presenta directrices de notoria relevancia en diferentes aspectos¹⁶:

a) en cuanto a los derechos y quiénes son sus obligados/as. Define sus derechos y establece que en caso de que alguno de ellos se encuentre amenazado o vulnerado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado por medio de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere, desapareciendo consecencialmente las categorías vagas como “riesgo”, “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, entre otras. Asimismo, plantea que la idea de “situación irregular” se hace aplicable a la familia, comunidad o Estado, en el caso de que sus derechos se encuentren amenazados o violados. En este sentido, Cillero (1999, p. 210) plantea que “estos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo. Esta interdependencia, exige una protección integral de los derechos del niño, debiendo evaluarse cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos, en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de derechos protegidos. De este modo del carácter integral e interdependiente de los derechos consagrados por la CDN, se deriva la necesidad de una protección integral”;

b) en cuanto a las políticas que se adoptan respecto de ellos/as. Establece la distinción entre las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, de manera que la defensa y el reconocimiento de sus derechos representan una cuestión que depende del

¹⁶ La directrices y enumeración que se sigue a continuación son de Beloff (1999) en el texto “Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”

correspondiente desarrollo de las políticas sociales. De igual modo, indica que las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, de manera descentralizada y focalizadas en los municipios. Así, respecto de esto último, Baratta (1999, p. 209) postula que la protección de los derechos de la infancia “no es necesariamente sólo la tarea de instituciones particulares con una competencia específica, sino de una estrategia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional”;

c) en cuanto al concepto de niño/a. Abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, es decir, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser caracterizados/as de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Además, ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están en una fase de crecimiento y formación. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más algunos derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de su evolución. De ese modo, se considera que el derecho del/la niño/a a ser escuchado/a y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta debe estructurar la lógica de la Protección Integral. En este sentido, Couso (2006 p. 148) postula que “un titular de derechos reclama para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos”;

d) en cuanto a la noción de protección. La protección es de sus derechos, y no de los/as “menores” como tales. Así, a diferencia del modelo anterior, no se trata de protegerlos/as como personas dentro de la sociedad, sino que se estatuyen y garantizan los derechos que les corresponden como integrantes de un grupo determinado, de modo tal que esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe. Por otra parte, se resalta que la protección no puede significar intervención estatal coactiva. Además, de la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”. En este sentido Tello (2005, p. 128) plantea que “la CDN busca implementar un cambio significativo en esta materia. De la doctrina tutelar de menores implementada durante gran

parte del siglo XX, que consideraba a los niños y adolescentes como objetos de la protección del Estado, se comienza a implementar la doctrina de la protección integral en que se reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derecho”;

f) en cuanto al ámbito jurisdiccional. Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales que, en el sistema anterior, habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada. En este sentido, García Méndez (1997, p. 10) postula que “la falta de recursos, o si se quiere la falta de una voluntad política que permite priorizar aquellas categorías vulnerables más afectadas por la crisis, motivaron la judicialización de este problema. La doctrina de la situación irregular constituyó el soporte jurídico ideal para legitimar las prioridades establecidas”. También se limita la función del/la juez/a que debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho Público (penal) o Privado (familia), es decir, se despeja su labor, circunscribiéndola a cuestiones del campo del derecho. Además, se regula y determina el modo en que deben efectuar su intervención para respetar las garantías procesales de todo/a niño/a dentro de los procedimientos. Y finalmente, en cuanto a la política criminal, se les reconocen todas las garantías procesales que les corresponden a los/as adultos/as según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más algunas garantías específicas. En ese sentido, se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un/a joven un catálogo de medidas, en el que la privación de libertad debe resultar excepcional y sólo a consecuencia de conductas consideradas graves, que a su vez se debe aplicar por el menor tiempo posible. Asimismo, se debe buscar como alternativa preferible la imposición de sanciones comunitarias a cumplir en el entorno del sujeto en cuestión y por un lapso determinado, medidas que van desde la amonestación hasta los trabajos en beneficio de la comunidad, la libertad vigilada o los regímenes de semilibertad.

Estos son los rasgos esenciales del paradigma de la Protección Integral de los/as niños/as que permiten superar aquella noción que los/as tomó como objeto de protección con las consecuencias expuestas en el apartado anterior. Así, como plantea Cillero (1999, p. 214), queda “atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero”. De esta forma “la CDN, entonces, se separa de la tradición jurídica de menores basada en la

incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición nunca negada por los instrumentos de derechos humanos pero opacada durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores” (Cillero, 1999, p. 214). De esta forma, es posible advertir, con Campoy (2006, p. 255), que -como ya se adelantó-, la evolución de la conceptualización del/la niño/a pasó desde la negación de sus derechos hacia la del sujeto que se va involucrando cada vez más, aunque paulatinamente, en la sociedad, lo que generó que fuese considerado/a y valorado/a, transformándose en centro de prácticas que buscaron resguardarlo/a como un objeto, para luego, llegar a protegerlo/a como sujeto de derechos propiamente dicho. También es posible valorar, como lo hace Cordero (2015, p. 34), que la nueva apreciación contiene una idea de infancia hegemónica, producto del desarrollismo, la sociedad, la familia, la escuela y las normas.

En definitiva, en la actualidad no existen demasiados puntos grises ni indeterminaciones respecto de lo que se debe entender por niño/a, ni tampoco el lugar destacado que debe dársele dentro del tratamiento de derechos en general a todo aquél/la que se encuentre dentro del respectivo grupo etario, ya que se ha arribado a un acuerdo universal plasmado en la propia CDN, en cuanto a que dicho concepto engloba a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad¹⁷. Esta idea, sin embargo, será desarrollada más adelante.

2.4. La evolución del concepto de niño y niña en Chile

En Chile, la evolución del concepto de niño/a es similar a la ocurrida a nivel mundial. Sin embargo, es posible reconocer particularidades que lograrán aterrizarlo a la realidad local aportando una mirada centrada únicamente en los/as niños/as vulnerados. En un comienzo, se señalarán los rasgos distintivos existentes en lo que se denomina como período Indiano, para así lograr evidenciar si se aleja de la evolución antes mencionada. A continuación, serán identificadas las primeras manifestaciones legislativas, para finalizar en la normativa vigente en la actualidad, que rige sustantivamente la situación de los/as

¹⁷ Vid. art. 1 de la CDN.

niños/as en el país. De esta forma, será posible arribar a la construcción del concepto de infante con una mirada histórica.

Para empezar, las primeras expresiones de normas relativas a los/as niños/as y adolescentes se caracterizaron por contar con un acento ubicado en su protección como si fueran cosas, rasgo que también se constató en el mundo occidental como ya fue expuesto. Así, Dougnac (2003, p. 15) reconoce como iniciales manifestaciones aquellas normativas denominadas “normas protectoras de los/as niños/as”, verificadas durante la época Indiana, entre 1492 y 1810¹⁸. Se trata de un período en el que no existió legislación que los/as tuviera como destinatarios en forma exclusiva, ya que pasado el estricto período de la dependencia materna, como postula García Méndez (2004, p. 1), se “integraban totalmente al mundo de los adultos, importando solo en la medida que ocasionaran consecuencias patrimoniales”¹⁹. Sin embargo, existieron algunas regulaciones relativas a la situación de los huérfanos/as y expósitos/as que, como observa Dougnac (2003, p. 392 y 411), dejan entrever el interés que tenía el Estado en ese entonces. No obstante, no se pueden considerar como enunciadoras de derechos, en tanto solo señalaban que en esos casos se los/as veía a efectos civiles “como hombres buenos del estado llano general”, consecuencia de “las uniones ilegítimas” que abundaban.

En consecuencia, tal como expone Dougnac (1983, p. 77 y 2003, p. 413), se hizo necesaria la creación de medidas que permitieran dar alguna respuesta a las necesidades que se evidenciaban. También surgieron, al igual que en el desarrollo continental, regulaciones motivadas por el espíritu cristiano, que reclamaban proteger al/la niño/a huérfana/a con normas de carácter procesal, en lo relativo a las guardas, bienes reservables, sobre el matrimonio, y la institucionalización del amparo del/la infante en esta situación.

De ahí que se reconozcan normas que fueron únicamente tutelares, que intentaron preocuparse de la persona y de los bienes del/la huérfano/a en Chile. Por ejemplo, se

¹⁸ Antonio Dougnac Rodríguez (2003) hace a alusión con esta terminología a aquel periodo de tiempo en donde América de encontró bajo la dominación de la Corona Española, y en el caso del país en estudio se circunscribió a los años 1492 a 1810.

¹⁹ Esta situación también es reconocida en el ordenamiento jurídico chileno dado que es uno de los fundamentos del proyecto de ley de Protección de derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Santiago, 18 de enero de 2005.

estableció la obligación de los/as tutores/as y curadores/as que tuviesen a su cargo bienes del/la menor de presentarse al alcalde o al escribano con el fin de que se tomaran medidas eficaces para la protección de sus verdaderos/as, y aún niños/as, propietarios/as²⁰. De ahí se desprende que la legislación en cuestión no dio un trato digno a los/as niños/as, invisibilizándolos, para luego crear normativas de naturaleza proteccionista. Por ello, concluye Dougnac (1983, p. 83 y 2003, p. 413) que si bien en esta etapa del Derecho Indiano chileno existieron normas procesales de carácter civil para la protección de los/as niños/as, no existieron medidas concretas en lo material con el fin de resguardar su integridad, debido a la inexistencia evidente de un desarrollo de la concepción como sujetos titulares de derechos²¹.

Seguidamente, superado el periodo Indiano, autores como Castillo Muñoz (1979, p. 9), Cortes Morales (2001, p.139 a 182), Croxatto Varas (1994, p. 1 a 26, 158 a 177, 406 a 415), De La Fuente Moreno (1958, p. 20 a 25, 27 a 31, 46 a 53), Alberto González (1945, p. 9 a 33), Rojas Infante (1965, p. 7 a 19), y Cillero (1993, p. 71 a 95) postulan que la conceptualización de niño/a siempre se vinculó exclusivamente al combate contra la criminalidad juvenil de modo represivo, circunscrito en el paradigma de la “situación irregular” que se desarrolló más arriba. Identificación que también fue recogida en las primeras legislaciones chilenas acerca de los/as niños/as, tal como se desprende del cotejo de las leyes de los años 1912 y 1928²².

Así, la primera de ellas fue la inaugural ley de Menores del 4 de septiembre de 1912, que estableció en sus primeros numerales las hipótesis que permitían presumir que un/a niño/a se encontraba en situación de abandono cuando, por ejemplo, se hubiesen “entregado” con el consentimiento de su padre “en lugares públicos, a la vagancia o a la mendicidad” por cualquier causa; o cuando fueren encontrados al servicio de “acróbatas,

²⁰ De este modo, el 7 de febrero del año 1567, fue creado por el licenciado Hernando de Santillán, Teniente Gobernador y Justicia Mayor del Reino, el cargo de “Padre de pupilos y huérfanos” (Dougnac, 2003, p. 423).

En cuanto a la normativa existente en la época indiana en el país en estudio ver Núñez Romero (2010, p. 255).

²¹ Para mayor profundización respecto a la caracterización de las medidas que eran adoptadas respecto de los/as niños/as consultar Núñez Romero (2010, p. 245).

²² La ley número 2675 fue promulgada el 4 de septiembre de 1912. Posteriormente, con fecha 23 de octubre de 1928 fue publicada la ley número 4.447 que crea la Dirección General de Protección de Menores, Casas de Menores y Reformatorios y deroga la ley número 2675.

titiriteros, saltimbanquis, domadores de fieras, casa de prostitución, de juegos u otras semejantes”; o cuando “se dedicare a ejercicios de agilidad, fuerza u otros semejantes con propósito de lucro”. Se advierte fácilmente que en ella se destacó un prisma centrado en la exposición de los/as niños/as a situaciones de calle y trabajo, sin abordar las problemáticas que podían ocasionar dichas circunstancias. Luego, también se previó que de constatarse alguna de esas hipótesis los sujetos debían ser confiados “provisionalmente al cuidado de un establecimiento de reforma (...) hasta que el juez resuelva en definitiva”²³.

La segunda de las leyes, del año 1928, mantuvo las hipótesis que hacían procedente la intervención del ente judicial, aunque se amplió que en esos casos “a falta de los ascendientes legítimos y de consanguíneos, el juez confiará el cuidado personal de los hijos a un reformatorio (...)”²⁴. Pero además, también se reprodujo otro rasgo distintivo del antiguo modelo, ya que el juez fue liberado de cualquier formalismo garantista de las normas procesales. A modo de ejemplo, el art. 26 establecía que aquél "adoptará

²³ Se presume de derecho el abandono a que se refiere el inciso 2 del artículo 267 del Código Civil, en los casos en que se establecieron judicialmente los siguientes hechos: 1° Cuando el padre no velare por la crianza, cuidado personal y educación del hijo, al extremo de que este se encuentre sin hogar ni medios de subsistencia; 2° Cuando el padre consistiere en que el hijo se entregue, en lugares públicos, a la vagancia o a la mendicidad, sea en forma franca, sea bajo el pretexto de una profesión u oficio; 3° Cuando el menor se entregare habitualmente a la prostitución o embriaguez; 4° Cuando el impúber fuere encontrado al servicio de acróbatas, titiriteros, saltimbanquis, domadores de fieras, casa de prostitución, de juegos u otras semejantes.” Continúa señalando en su artículo 2 que: “Se presume el abandono a que se refiere el inciso segundo del artículo 267 del Código Civil, en los casos siguientes: Cuando el menor impúber se dedicare a ejercicios de agilidad, fuerza u otros semejantes con propósito de lucro; se ocupare en trabajos nocturno, entendiéndose por tales, los que se ejecutan entre las diez y las cinco de las mañana, y sirvieren en trabajos u oficios que le impongan la permanencia en las calles, a menos que los desempeñe en compañía de su padre, madre o guardador.” Dándose los presupuestos expuestos, esta ley indica en su artículo cuarto cuál es la medida de protección que se debe adoptar en estos casos: “En los casos de los artículos precedentes, el menor será confiado provisionalmente al cuidado de un establecimiento de reforma, al representante legal de una institución de beneficencia con personalidad jurídica, o de cualquier otro establecimiento autorizado a este efecto por el Presidente de la República, hasta que el juez resuelva en definitiva.”

²⁴ Artículo 20 establecía: “1° Devolver al menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuvieren, previa amonestación; 2° Someterlo a la vigilancia de la Dirección General de Protección de Menores, la que se ejercerá en la forma que determine el reglamento; 3° Confiarlo, por el tiempo que se estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala o a algún establecimiento adecuado que el juez determine; y 4° Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación”. Y el artículo 21 consagraba que: “En el caso del artículo 225 del Código Civil, a falta de los ascendientes legítimos y de consanguíneos, el juez confiará el cuidado personal de los hijos a un reformatorio, a una institución de beneficencia con personalidad jurídica o a cualquier otro establecimiento autorizado para este efecto por el Presidente de la República”.

resoluciones con conocimiento de causa oyendo a los funcionarios respectivos”²⁵. De modo que la legislación lo colocó como un ser omnipotente, dado que esa nomenclatura significaba que bastaba para resolver que el juez se informara de los antecedentes que fueran aportados, sin motivación mediante que justificará su decisión.

Desde esta perspectiva, se concluye que esta manera de entender al/la niño/a estaba en consonancia con la normativa internacional vigente en la época. Así la Declaración de los Derechos del Niño presentaba características afines con esta forma de conceptualizarlo, siendo también en extremo proteccionista. De este modo, postula Peña (1996, p. 636), la legislación chilena de esa época consideró al/la niño/a como un sujeto desvalido que el Estado debía proteger. Así se permitió su intervención cuando estuviese en riesgo social por la incapacidad de la familia. Este problema de tipo social se controló por los posibles perjuicios que pudiesen derivar de su conducta.

Ahora bien, la ley 16618 del año 1967, que aún se encuentra vigente, perpetúa el panorama hasta aquí descrito, y no ha sufrido modificaciones sustanciales en cuanto a los derechos y garantías de fondo que instaura. Ni siquiera después de que Chile ratificara la CDN en el año 1990²⁶. De esta manera, se ha conservado el paradigma de la “situación irregular” hasta entrado el siglo XXI. Más precisamente, se perpetuó hasta el año 2004, en que se dictó la ley 19968 que creó los actuales Tribunales de Familia, que derogó únicamente los aspectos procedimentales de la mencionada normativa²⁷. De este modo, puede afirmarse que ha habido un único avance en la conceptualización de los/as niños/as como sujetos de derecho a través de la modificación legal, y que fue relativo al tratamiento que se merecen en el escenario jurisdiccional, pero que no supuso modificación de ningún otro aspecto.

²⁵ Para mayor profundización ver Núñez Romero (2010, p. 245 y ss.).

²⁶ Por ejemplo, en la referida ley 16618 en su derogado artículo 34, establecía: “En los asuntos de competencia de los Juzgados de Letras de Menores en que no hay contiendas entre partes, el procedimiento será verbal y sin forma de juicio, pero el juez dictará sus resoluciones con conocimiento de causa”, y, en su artículo 36 consagraba que: “El Juez de Letras de Menores en todos los asuntos que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente”, manteniendo las medidas por el tiempo que determinare.

²⁷ Esta última ley es la que actualmente nos rige en Chile. Sin embargo, este artículo está derogado, y el Juez de Tribunales de Familia de acuerdo a lo establecido en la ley 19968, artículo 32, debe valorar los antecedentes probatorios por las reglas de la sana crítica.

A modo de síntesis, como plantean Cillero (1993, p. 71 a 95), Peña (1996, p. 626 a 630) y Couso (2004, p. 42 a 48), podría decirse que desde un punto de vista histórico, las instituciones legales chilenas sobre la infancia han conocido tres períodos claramente diferenciados: una fase anterior a 1928; una fase que media entre el año 1928 y la ratificación de la CDN en 1990; y la fase ulterior a 1990. Estas fases, además, se encuadran efectivamente en los momentos que se pueden denominar como de la instauración del Derecho de Menores, de la “situación irregular” y de la Protección Integral. Como concluye Peña (1996, p. 630), en su conjunto “las legislaciones de menores chilenas cumplieron una función tan solo ideológica al substituir figuradamente las insuficiencias de las políticas públicas y generando las formas de criminalización primaria y las desigualdades de sociedades profundamente estratificadas y con marcadas diferencias en sus procesos de desarrollo”.

Ahora bien, en la actualidad nos encontramos con que los/as niños/as son efectivamente valorados como seres humanos que se encuentran en una fase vital peculiar, al contar con derechos especiales y con un diverso andamiaje protector. Así lo establece la legislación chilena de manera categórica en el artículo 16, inciso final, de la citada ley 19968 -que hace eco a su vez en lo establecido en el artículo 1 de la CDN-, al indicar: “Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”. Además, el Decreto ley 2465, por el que se creó el Servicio Nacional de Menores, en su artículo 1, inciso segundo, predica: “Para los efectos de esta ley, se entiende por niño, niña o adolescente toda persona menor de dieciocho años de edad. Las referencias que en esta ley se hacen a los menores deben entenderse hechas a los niños, niñas y adolescentes. Ello será sin perjuicio de las disposiciones que establezcan otra edad para efectos determinados”.

A partir de lo expuesto, puede verse la evolución que se fue dando en el ámbito legislativo a la idea de “niño/a”, así como también los motivos que fundamentaron cada cambio de perspectiva a lo largo de la historia. Asimismo, se concluye que aún en Chile se advierten severas deficiencias desde la determinación y garantía de los derechos que deberían corresponderle a los sujetos en cuestión a la luz de la CDN, instrumento rector a

nivel internacional y de vital importancia, cuyos parámetros el país no ha observado íntegramente. Por ejemplo, un indicador relevante es que la actual ley de fondo, Ley 16618, no ofrece una conceptualización determinada de niño/a (dentro muchas otras deficiencias), término que aparece únicamente en la legislación procedimental, Ley 19968, que a su vez replica en forma directa lo enunciado en la Convención de los Derechos del Niño. Es decir, el concepto de niño/a es acorde con el instrumento internacional, pero no se encuentra contenido en la legislación de fondo o sustantiva. Es por ello que, a continuación, se hará un amplio análisis de ésta y sus partes, así como también su naturaleza y marco, lo que servirá para establecer qué se debe entender cuando se habla de “niño/a” bajo esa perspectiva determinante del ámbito internacional convencional y las implicaciones que tiene para las instituciones que trabajan con la infancia en Chile, firmante de la CDN.

3. Hacia la cultura de la tutela internacional y el inicio del proceso de especificación: la Convención sobre los derechos del Niño (CDN)

Como se introdujo al final del epígrafe anterior, en el ámbito internacional la CDN no surgió de forma autónoma o aislada, sino que sus disposiciones fueron consecuencia del acuerdo interestatal al que pudo arribarse sobre el sentido de los derechos de la infancia. Desde una perspectiva general, Bidart Campos (1993, p. 215 y 439) y Prado (2007, p. 69 y ss.) consideran que los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y, por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social. Si los derechos humanos, cada uno de ellos, han conocido distintas evoluciones, una que afecta a los derechos de la infancia tiene que ver con los procesos de especificación. Este proceso de especificación de los derechos requiere prestar atención directa a las necesidades especiales de determinados colectivos para así definir y amparar los derechos que respondan a esas necesidades. Y ello es lo que ocurrió con la infancia y la adolescencia, habiendo sido la CDN, de hecho, el resultado del proceso de especificación surgido al respecto, que cristalizó la actual concepción de que los/as niños/as son seres humanos que deben ser reconocidos/as por los

ordenamientos jurídicos como sujetos de derecho merecedores/as de una especial protección.

Asimismo hay que indicar que, tal como plantea Peces Barba (2004, p. 191), el derecho internacional de los derechos humanos constituye una unidad, y es posible afirmar que los derechos que lo componen son universales²⁸, indivisibles e interdependientes²⁹, tal como se enuncia en la Carta de las Naciones Unidas del año 1945 y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, instrumentos ampliamente reconocidos como cimientos de la constitución de los derechos en cuestión. En este sentido, vale recordar que en el ámbito universal el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra constituido por lo que se ha denominado como la “Carta Internacional de Derechos Humanos”, que se compone por la mencionada Declaración y los dos acuerdos que se han firmado en el año 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Y lo cierto es que desde este marco normativo, con el paso del tiempo, se fueron dando diferentes procesos de especificación de derechos (Peces Barba, 2004, p. 104) desde la perspectiva de sus titulares, o bien por violaciones especialmente graves que se venían dando en algún rincón del planeta (como es el caso de la discriminación racial, la tortura, las desapariciones forzadas, el genocidio, entre otros), o bien al considerar la existencia de determinados grupos de personas que por sus características o condiciones se encontraban en situación de vulnerabilidad estructural en cuanto al respeto de sus derechos, lo que los tornaba merecedores de marcos regulatorios específicos.

²⁸ Peces-Barba (1994, p. 622 a 633 y 2004, p. 191 a 194) señala que universalidad arranca como una pretensión del humanismo laico de la ilustración, hoy está en cuestionada en doctrina ya que en ocasiones se centra en la necesidad de precisar y estipular las diferentes situaciones de los grupos humanos y sus relaciones sociales. También este autor identifica, en cuanto a los cuestionamientos doctrinales al utilitarismo y relativismo; al historicismo y romanticismo, y al nacionalismo. Continúa señalando que, en cuanto a las reflexiones que generan cada uno de los planos de la universalidad de los derechos humanos (asociado a razón, historia y cultura) la primera se plantea en la discusión sobre el fundamento y en concepto de derechos, la segunda en el proceso de generalización de los derechos y la tercera en la internacionalización.

²⁹ En estos términos, el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 fue adoptado por consenso en la 8ª sesión plenaria de la reunión de alto nivel del 60º período de sesiones de la Asamblea General, 16 de septiembre de 2005, aprobado como resolución 60/1, y distribuida el 24 de octubre de 2005, que señala: “Reafirmamos que todos los derechos humanos son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente, y que deben tratarse de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y con la misma atención”.

Agrega Peces Barba (2004, p. 121) que, en términos generales, podemos distinguir dos tipos de vulnerabilidad: una vulnerabilidad estructural derivada del contexto social, político, económico, o cultural (como el caso de las mujeres, los/as trabajadores/as migrantes o los pueblos indígenas), y una vulnerabilidad estructural por causas derivadas de las características personales de los/as que conforman el grupo (el caso de los/as niños/as, las personas de edad avanzada, entre otros)³⁰. A su vez, añade el autor (Peces- Barba, 2004, p. 122) que en el caso de los/as niños/as su situación se caracteriza porque la situación o afectación resulta temporal, ya que se agota al cumplir la mayoría de edad.

De esta forma, Peces-Barba concluye que todas “estas situaciones llevan una supuesta debilidad que el derecho intenta corregir utilizando la técnica de la igualdad como diferenciación, considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, a diferencia de los clásicos derechos del hombre y del ciudadano que parten de la igualdad como equiparación y son derechos de todos. En este caso la equiparación es una meta y la diferenciación es más una técnica para alcanzar esa equiparación” (Peces Barba, 2004, p. 122).

Así, la fundamentación de la titularidad exclusiva de los derechos de los/as niños/as se encuentra en su edad, factor de temporalidad que los/as expone a situaciones de vulnerabilidad social. Es por ello que deben adoptarse mecanismos que permitan soslayar este impedimento, permitiéndoles ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás (Peces-Barba, 2004, p. 121). Estos deben configurarse como medidas especiales para excluir esa barrera etaria, protegiéndolos/as, empoderándolos/as en el ejercicio de sus derechos universales en condiciones de igualdad con las demás personas y que puedan reclamar su respeto; proceso de especificación que permite también hablar del derecho internacional de los derechos humanos de los/as niños/as³¹. Para arribar a la igualdad

³⁰ Peces-Barba (2004, p. 120) indica a este respecto que “los titulares de los derechos fundamentales eran genéricos ‘hombres’ y ‘ciudadanos’, en una distinción que aludía al carácter presocial de unos derechos para distinguirlos de otros que sólo aparecen, tras el pacto, en la sociedad regulada por el derecho positivo y dotada de un Poder político para regirla”. Señala que la especificación se produce “en relación con los titulares de los derechos, y también le parece con los contenidos de los mismos y tiene una conexión indudable con su consideración como un concepto histórico, es decir, inserto en la cultura política y jurídica moderna”.

³¹ De esta manera, Rea-Granados plantea que “la influencia del movimiento contemporáneo en beneficio de la protección internacional de los derechos humanos desencadenó el surgimiento del derecho de la niñez, producto de la evolución histórica del reconocimiento de estos derechos”.

sugerida, debe utilizarse la técnica de la equiparación, lo que implica, en consecuencia, que la especificación de los derechos humanos se fundamente en dicho valor, principio concebido como de no discriminación, en que el respeto por las diferencias constituye también una garantía universal. De esta manera la especificación de los derechos presume una innegable discriminación, aunque inversa, porque requiere valorar las necesidades específicas de determinados colectivos que condicionan su acceso a los derechos para igualarlos a los de las demás personas.

Por consiguiente, de acuerdo a Peces-Barba (2004, p. 104), las “pretensiones morales concretas, los derechos que no abarcan a todas las personas, se basan en la universalidad de punto de llegada”³², desde la cual se reconoce que “en la sociedad se construyen relaciones sociales de desigualdad, de dominación y de jerarquías que afectan la universalidad de la moralidad básica o genérica, y que, por lo tanto, se hace indispensable la adopción de acciones positivas para restablecer el equilibrio entre los sujetos, con lo que se permite ir más allá de la igualdad formal, es decir, se permite la igualdad material”.

Así el proceso de especificación de los derechos, según el autor, implica dar cuenta de las condiciones materiales en que se encuentran las personas³³. En el caso de los/as niños/as, ha consistido en visibilizar las distintas características de estos sujetos y, de esta forma, tender a la universalidad en el reconocimiento de sus derechos y el cambio de ideología que los justifican y fundamentan.

³² Postula Peces-Barba (1994, p. 630), que: “el gran descubrimiento cultural, a raíz de los derechos económicos y sociales, y después por imitación de los colectivos marginados o de las personas situadas en relaciones sociales de inferioridad, es la utilización de los derechos fundamentales para resolver esos problemas, atribuyendo derechos a esos colectivos específicos, con la finalidad de restablecer la igualdad, a través de las técnicas que algunos llaman de discriminación inversa, pero que yo prefiero denominar menos escandalosamente de igualdad como diferenciación, tratando desigualmente a los desiguales, es decir construyendo derechos no para todos, sino sólo para los que necesitan el restablecimiento de la igualdad. No estamos en una universalidad del punto de partida y los medios de la igualdad como diferenciación así lo acreditan, pero si estamos en la universalidad del punto de llegada, puesto que el objetivo de esa organización de derechos específicos, es restablecer, o al menos acercarse a la equiparación de todos, superando esa desigualdad, con el trato desigual a los menos favorecidos”.

³³ Peces-Barba (2004, p. 104) haciendo alusión a N. Bobbio, y su obra *El tiempo de los derechos*, señala que: “el proceso de especificación, terminología aportada por Bobbio, y supone una ruptura con el modelo racional y abstracto, y una cierta aproximación al modelo pragmático inglés, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y ciudadanos, con la de las personas situadas como mujeres, niños, administrador, consumidores, usuarios de servicios públicos etc, al matizar también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo”.

Por lo tanto, fue necesario el cambio de paradigma y la inclusión de su visión en los derechos humanos para lograr desvirtuar la adultez como parámetro universal, lo que en definitiva permitió el avance en la obtención de espacios y el reconocimiento de esos derechos específicos³⁴.

De este modo, puede concluirse que en la protección de los derechos humanos de los/as niños/as se cuenta, a modo general, con la trinidad que conforma la Carta Internacional de Derechos Humanos, y en particular con el instrumento que conforma el plexo dispositivo por excelencia de sus derechos, que es la CDN. A ello se suman también los protocolos complementarios relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000), y el protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados (resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000).

En la misma perspectiva deben añadirse también como parte del *corpus iuris* de sus derechos Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), del 28 de noviembre de 1985; Las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, del 14 de diciembre de 1990; y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil (Directrices de Riad), del 14 de diciembre de 1990³⁵. Además, como soft law, las Observaciones del Comité de Derechos del Niño.

Y desde las fuentes complementarias, también se debe considerar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sentada a través de sus sentencias en casos contenciosos y sus Opiniones Consultivas sobre la materia.

Ahora bien, es posible identificar además de los descritos, otro gran número de instrumentos y protocolos adicionales concernientes a la protección de los derechos de

³⁴ Cordero (2015, p. 17) señala que ello ha sido insuficiente dado que “la concepción de los derechos de la infancia que domina el sistema de derechos internacional es esencialmente adultocéntrica, es decir, sitúa el punto de vista adulto como el punto de vista, a secas...la consecuencia de esto es que, en la actualidad, los derechos de los niños y niñas son, más bien, los derechos que los adultos consideran que los niños y niñas deben tener, y que los adultos se comportan de acuerdo con este adultocentrismo, es decir, de manera adultista”.

³⁵ Nogueira (2017, p. 415).

los/as niños/as. Sin embargo, la presente investigación se circunscribirá a la normativa internacional contenida en la propia CDN concerniente al ISN (art. 3.1) y al derecho del/la niño/a a expresar su opinión (art. 12) y, en especial, a las OG N° 12 (2009) “El derecho del niño a ser escuchado” y la OG N° 14 (2013) “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”.

Nos centramos en esos aspectos porque en Chile los casos más graves de vulneraciones y amenazas en los derechos de los/as niños/as se reservan para la acción de los tribunales de justicia, que conforman la última instancia que puede generar una real transformación en la vida del sujeto. Así, al tratarse del estadio al que se llega cuando todas las otras intervenciones fueron frustradas, el rol y la decisión del/la juez/a adquiere una enorme relevancia. En ese sentido, tendrá que, por una parte, dar al infante en todo momento el tratamiento de sujeto de derecho, velando siempre por hacer operativo en el PEP los dos principios sentados por la CDN, y ello por medio de las directrices que aportan las OG especialmente a este respecto. Por otra parte, deberá tener en consideración que la relación entre tales principios, es decir, el asentado en el art. 3.1 y el art. 12, es “indisoluble”³⁶. Es por todo lo anterior que, para constatar la efectiva realización del ISN en el mentado procedimiento, se ha determinado limitarse únicamente a estos instrumentos internacionales.

Ahora bien, marcado el panorama en el cual nos encontramos inmersos, se resaltarán algunos puntos relevantes que implicó el cambio de paradigma del que se viene hablando, y que permitió que se adoptara el plexo normativo a nivel internacional antes citado.

³⁶ De esta manera lo establece la OG número 14 al indicar que la relación que tienen los art. 3.1 y 12 es “complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida” (párrafo 43).

3.1. La especial condición de los/as niños/as como sujetos de derecho y como titulares de derechos humanos

Como he venido señalando, la idea de sujeto de derecho de los/as niños/as que trae la CDN significa que deben ser considerados como seres humanos merecedores de valor por sí mismos. Por ello, debe determinarse de qué manera se establecen las condiciones que les permitan elegir y trazar sus futuros. De lo contrario, los Estados Parte incumplirían el deber contraído con la suscripción y ratificación de esta CDN. Es decir, no basta solo con incorporar la condición de sujetos de derechos dentro de los ordenamientos, sino que es necesario generar los mecanismos prácticos que reflejen el ánimo real de dotarlos de contextos que les permitan ejercer sus derechos por sí mismos. En ese sentido, Bernuz (2015, p. 69) expone que la CDN “resultó revolucionaria en su apuesta por cambiar radicalmente el concepto de infancia para convertir a los niños y niñas en sujetos de derecho y de derechos”. Como a su vez postula Hierro (1991, p. 228), se trata de seres humanos que cuentan con dignidad y merecen respeto por el hecho de serlo, lo que hace necesario reconocerles derechos de los que son titulares, para que puedan obtener, en la mayor medida posible, el libre desarrollo de su personalidad y de sus planes de vida. Plantea que no es posible “establecer los derechos de los niños como si se tratara de un grupo marginal de la sociedad humana. Se trata, por el contrario, de tomarse en serio que los niños son seres humanos” (Hierro 1991 p. 228). En suma, se trata de sujetos de derecho que se encuentran en proceso de formación en todos sus aspectos, es decir, físico, psicológico, cognoscitivo, moral, y social, siendo el encontrar ese camino a la adultez, la característica que justifica su especial protección por medio del refuerzo de sus derechos³⁷.

3.1.1. La especial condición de los/as niños/as como sujetos de derecho

Beloff (1998), García Méndez (2004, p. 93) y Cillero, (2007, p. 125) coinciden en que los/as niños/as requieren de un sistema especial de protección que los/as comprenda como beneficiarios/as, al menos, de las mismas garantías que las personas adultas. Y ello, en especial, se ha consagrado en la propia CDN, que los/as señala como seres en desarrollo

³⁷ En estos términos lo expresa la autora Beloff, aludiendo a que los/as niños/as requieren de un especial amparo (1999, p. 15).

y obliga a los Estados Parte a que exista un régimen especial de resguardo que les permita desenvolver totalmente sus potencialidades³⁸.

Esa especial condición de la infancia tiene una serie de repercusiones que merecen especial atención. Una de ellas se vincula con la noción jurídica de los derechos de la personalidad. Otra con el hecho de que la condición como “especial” se debe justamente a que los/as niños/as presentan una mayor vulnerabilidad que los/as adultos/as que los/as hacen merecedores/as de un tratamiento diferente. También afecta esa especialidad a la concepción del principio de igualdad, además de la manera que deben operar los mecanismos para su protección.

En cuanto a lo primero, la noción jurídica de los derechos de la personalidad, Ducci (2000, p. 118) atiende a aquellas cualidades que “corresponden a todo ser humano solo en virtud de ser tal, comprendiendo los derechos o prerrogativas y también los deberes o cargas, por tal motivo, desde el momento en que se tiene personalidad se tienen los atributos anexos a ella, pero al mismo tiempo, se está sujeto a los deberes o cargas que impone, no pueden los atributos ser negados a una persona, ni esta tampoco puede despojarse de ellos, lo que igual sucede con los deberes o cargas inherentes a ella; la ley los impone por sobre la voluntad de los interesados”³⁹.

³⁸ De esta manera lo establece el Preámbulo de la CDN explícitamente en virtud de los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas (libertad, justicia y paz, basados en la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana), y al establecer que “la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del Niño y en la Declaración de los derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de derechos Humanos, en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.”

Lo expuesto también se desprende del contenido de la Declaración Universal de derechos Humanos, que consagró y proclamó: “toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna”, y “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”; y de la Declaración de los derechos del Niño que establece también es su preámbulo que: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

³⁹ En relación con la conceptualización de los atributos de personalidad, Ducci (2000, p 118) indica: “existen ciertos elementos que son inherentes, que integran el concepto mismo de la personalidad. A veces se les denomina atributos de la personalidad, pero esta expresión es engañosa, porque ellos no consisten solamente en derechos o prerrogativas sino que imponen simultáneamente deberes o cargas”. Continúa

Así las cosas, en los ordenamientos jurídicos, los derechos de la personalidad se consideran “plenos” una vez que la persona adquiere la adultez. De manera que este espacio temporal que es la minoría de edad puede entenderse como un pre-requisito para alcanzarlos, por lo que es esa posibilidad que tiene el/la niño/a de transformarse en persona adulta la que es preciso proteger. En ese sentido, Garzón (1994, p. 738) postula que “a diferencia de otras incapacidades básicas, la de los niños es naturalmente superable con el mero transcurso del tiempo: cuando se deja de ser niño se puede pasar a la condición de capaz básico o de incapaz relativo. Hasta qué punto ello puede lograrse depende, en no poca medida, de la forma como hayan sido atendidas sus necesidades durante un determinado período de sus vidas”. De este modo es que la especial condición del/la niño/a repercute en la noción jurídica de la personalidad. La manera en que, suficientemente, o no, se cubran sus requerimientos en esta etapa vital, afectará -de uno u otro modo- en la persona que se va conformando. Así Nino (1987, p. 127) plantea que la CDN no define a los/as niños/as por sus carencias o por considerarlos/as como una etapa de antesala a la adultez, sino, por el contrario, como una forma auténtica de existencia, como lo es la vida adulta.

En el mismo sentido, Baratta (1999, p. 223) expone que los/as niños/as “han sido excluidos del pacto social de la modernidad”, resultando por lo mismo que “solo los seres humanos adultos son los que merecen el reconocimiento de sujetos dentro del ordenamiento jurídico y moral. La lucha por la igualdad de las niñas y niños debe pasar por el reconocimiento de su diferencia”.

Ahora bien, en cuanto a lo segundo, esto es, al hecho de que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad en relación a los/as adultos/as, según Cillero (2007, p. 125), se relaciona con que su personalidad está inacabada debido a que sus potencialidades aún no maduran al estar en un proceso de desarrollo que no les permite ejercitarlas completamente y que los/as coloca en una condición desfavorable para defenderlos. Por ello, como postula Freeman (2006, p. 256), los/as niños/as “fácilmente se convierten en víctimas. En buena medida, esto está reconocido por la CDN. No se les han otorgado ni

señalando que: “pueden llegar a tener un valor económico directo, cuando se lesionan a dichos atributos y hay lugar a una indemnización.”. Por lo tanto, puede comprenderse por tales aquellos derechos subjetivos sin los cuales la persona no existiría como tal.

dignidad ni respeto. Han sido cosificados, tratados como objetos de intervención en lugar de sujetos de derecho, etiquetados como un ‘problema de población’ reducidos a ser vistos como propiedad ... el reconocimiento de los derechos de los niños se ha de atender tanto a las necesidades del niño que por su especial incapacidad y vulnerabilidad no puede satisfacer por sí mismo, cuanto al respeto debido a su autonomía, actual o futura, que comparte como característica de humanidad con el resto de las personas”⁴⁰.

No obstante, la doctrina no es unánime y ha discutido el hecho de que estos sujetos se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad que los/ adultos/as. Por ejemplo, Cordero (2015, p. 75 y 150) afirma encontrarse en contra de la concepción de “vulnerables” y de incompetentes que la CDN establece, dado que no son más que construcciones sociales. Lo que es lo mismo que considerar que estas son etiquetas impuestas por el mundo adulto, lo que debe replantearse si lo que se busca es la emancipación de la infancia como categoría social. De esta manera, puede comprenderse que “los niños y niñas son más competentes e independientes de lo que se suele enseñar el hegemónico sentido común; de que el concepto de competencia e independencia que se usa en tales descripciones de incompetencia y dependencia infantil no es el único posible, pero sí el que más resalta la (supuesta) independencia adulta en relación a la (supuesta) dependencia infantil; y de que la dependencia infantil no es una característica de la naturaleza de la infancia sino que, como la propia infancia, una construcción social, en la medida que es siempre relativa al contexto en que se mueve dicha infancia” (Cordero, 2015, p. 75 y 150).

Por último, es preciso señalar que esa especial condición de la infancia genera consecuencias respecto del principio de igualdad como también en la manera que deben operar los mecanismos para su protección. En cuanto a lo primero, al preverse una especial protección de los/as integrantes de este grupo vulnerable, lo que se hace es quebrar el tradicionalmente concebido principio de igualdad. Al ser portadores de una desigualdad inherente o intrínseca, se hace necesario la configuración de un orden normativo que confiera un procedimiento más inclusivo para contrarrestar la desigualdad de hecho. Lo

⁴⁰ En este sentido, Garzón (1988, p. 167) señala como: “componente ético normativo necesario para considerar como justificada una medida paternalista, el que se realice para superar el déficit provocado por una incompetencia básica justamente en aras de la autonomía y la igualdad”, y desde ese análisis, puede comprenderse que las niñas y niños requieren de reglas especiales.

anterior permitirá alcanzar como corolario una equivalencia material más allá de la meramente formal. En relación al segundo de los aspectos antes destacados, el análisis efectuado revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los/as niños/as con el progreso en los mecanismos de garantía y protección de los derechos humanos en general. De esta manera, es posible concluir, como lo hace Cillero (1999, p. 119), que sus derechos disponen de mecanismos más efectivos de protección, dado que ellos/as, además de contar con los propios, también cuentan con el resguardo general de los aludidos derechos humanos. En este sentido, puede afirmarse que los dispositivos de protección de los derechos de los/as niños/as son “complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general”. De esta manera el artículo 41 de la CDN establece que: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y de la niña y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

En síntesis, la relación que existe entre los derechos de la personalidad, la vulnerabilidad que afecta a los/as niños/as, y la conceptualización del principio de igualdad, es que todos estos aspectos se ven afectados por la consideración de ellos/as como sujetos de derechos. Categorización que implica que todas estas nociones deben ser incorporadas con la perspectiva ya expuesta dentro de los ordenamientos jurídicos. Solo así se les podrá dar el lugar que les corresponde.

3.1.2. Las implicaciones de considerar a los/as niños/as como titulares de derechos humanos

Habiendo asentado la especial condición de los/as niños/as como sujetos de derecho por encontrarse en proceso de formación, lo que los/as hace merecedores/as de un régimen especial y complementario que les permita desarrollar sus potencialidades con miras a superar la desigualdad innata que los afecta, es momento de analizar algunas cuestiones que atañen a la titularidad de los derechos humanos que detentan.

De entrada, se advierte que el problema de si los/as niños/as cuentan o no con aptitudes o capacidades para detentar derechos por sí mismos/as, debe ser reformulado porque la CDN lo establece como un imperativo. Los Estados que ratificaron la Convención deben generar los mecanismos que sean útiles y necesarios para que niños y niñas puedan hacer operativos sus derechos. Para ello deben tener en cuenta, por una parte, que son especiales sujetos de derechos por sus características intrínsecas. Por otro lado, tienen que partir de la premisa de que los/as niños/as deben contar con la real posibilidad de ejercer sus derechos por sí mismos/as, eludiendo cualquier paliativo que se traduzca en medidas que sólo los/as perpetúen como incapaces relativos/as. De este modo, los ordenamientos cuentan con el mandato de generar un estadio donde las carencias que resultan de su vulnerabilidad sea sorteado por técnicas que asimilen las condiciones, para que puedan obrar en pie de igualdad con los adultos. Ahora bien, González (2006, p.102) advierte de que “el problema del tratamiento jurídico a los niños y adolescentes no queda totalmente resuelto, pues la Convención establece únicamente lineamientos generales, lo cual deja un amplio margen para la discusión teórica sobre el tema de la efectiva realización de estos derechos y como consecuencia los fundamentos y límites de la intervención de los distintos actores en las decisiones que atañen al ser humano cuando éste es menor de edad”.

Sobre este debate sobre si considerar o no al/la niño/a como titular de derechos humanos, Fanlo (2011, p. 108) indica que se explicaría porque no detenta las características típicas del/la agente moral, al no ser considerado/a, en el plano normativo, como “un soberano libre para ejercer una parcela de libertad de acción, una pretensión frente a otros, una potestad normativa, o una inmunidad”; y que, en la práctica, se traduciría en un sujeto imposibilitado de plantear en el ordenamiento su parecer ante las situaciones que lo/a atañen. Se antepone que, “desde la teoría de la voluntad (Hart), que un sujeto tiene un derecho (moral o jurídico), si éste se encuentra en la condición (moral o jurídica, respectivamente) de poder determinar, mediante un acto de elección individual, el comportamiento de otros sujetos” es entonces cuando termina por interferir en su libertad; situación en la que no se encuentran los sujetos en cuestión (Fanlo, 2011, p. 108).

Sin embargo, esta tesis presenta dificultades que no logra responder: por un lado, el derecho a la vida y subsistencia de los/as niños/as y, por otro, la situación de los derechos-deberes⁴¹ tales como la educación o la salud. De esta forma, la teoría de la voluntad no plantea solución a la consideración de que niños y niñas tienen derecho a vida y, consecuentemente, otras personas adultas tendrán la obligación jurídica de proveerles de los medios materiales y afectivos necesarios para asegurar su subsistencia. En este sentido, Neil McCormick (1988, p. 293) postula que la teoría de la voluntad presenta un límite que no se debe subestimar: no logra explicar la intuición moral, generalmente compartida, que entiende que, “desde su nacimiento, todo niño tiene el derecho (moral) a ser alimentado, cuidado y, en lo posible, querido, hasta que sea capaz de cuidarse por sí mismo”. Respecto de lo segundo, se concluye que la teoría de la voluntad excluye también, según Peces-Barba (1999, p. 459), los derechos-deberes, aquellos que no permiten ningún tipo de elección por parte del sujeto activo, puesto que su contenido está determinado por obligaciones ajenas que ni el titular del derecho, ni su representante, pueden abstenerse de exigir voluntariamente. Se trata de casos en que los derechos no pueden dejarse a la voluntad de los sujetos, quedando el Estado en un rol de obligado y prestador, siendo estos derechos una suerte de mínimos irrenunciables.

De acuerdo con lo anterior se puede concluir que desde la teoría de la voluntad solo puede ser sujeto de derecho el/la “adulto capaz de elección”⁴². Sin embargo, Fanlo plantea que han existido correctivos a la tesis voluntarista que han tratado de mitigar la exclusión del mundo de los derechos a los/as niños/as. Estos correctivos se encuentran en (i) la representación y (ii) la potencialidad. En este sentido, se señala que el argumento de la representación destaca que “los derechos adscritos a sujetos legalmente incapaces se pueden hacer valer por parte de un sujeto capaz que actúe en nombre y por cuenta del representado, inclusive en el campo moral” (Fanlo, 2011, p. 115). Y en cuanto a la potencialidad, se indica que “las niñas y niños no cuentan en el momento con las capacidades, pero ellos ‘están en capacidad ... de desarrollarlas’”. Así se concluye que

⁴¹ Peces Barba (1995, pp. 462-463), los define como aquellos contenidos trascendentales para el titular y para la comunidad: se trata de derechos cuya importancia es tal que visto desde el punto de vista de su titular, suponen una acción positiva de los poderes públicos, pero desde la perspectiva de la colectividad y el interés general son también fundamentales, de tal manera que constituyen una obligación para el titular.

⁴² Fanlo (2011, p. 111).

los/as niños/as pueden gozar progresivamente de ámbitos más amplios de autonomía (entendida ésta como el derecho a no estar sujeto a la voluntad ajena) en la medida en que desarrollen determinadas capacidades de autodeterminación (Fanlo, 2011, p. 116).

Ahora bien, el asunto de la titularidad de derechos de los/as niños/as cobra vital importancia en el PEP -que será analizado en la parte segunda del estudio- en el que se les deberá dotar de información y de voz. En ese sentido, resulta fundamental que se les ofrezca la información necesaria para que logren entender las implicaciones del procedimiento, su objetivo y fin, de una manera que ellos comprendan su alcance, por medio de profesionales idóneos/as y capacitados/as. A su vez, es relevante que los/as niños/as estén presentes en cada etapa del proceso, lo que deberá verse reflejado al aportar su mirada desde el inicio, durante su tramitación y término. A modo ejemplo, entre otras cosas, y sin pretensión de agotar aquí el tema en cuestión, en cuanto a lo primero, el/la infante debe encontrarse habilitado/a para manifestar cómo le afecta la situación que se investigará y si ello merece esclarecer la existencia de una vulneración en sus derechos. De tal manera, deben generarse las posibilidades para que sea parte en dicho procedimiento, para lo cual, deberá participar en cada momento procesal, tanto en el ofrecimiento de los medios probatorios y el debate de su pertinencia, como en la manera en que éstos serán incorporados en la oportunidad correspondiente. A tal fin, debe dotárselo/a de la oportunidad de ser escuchado/a en cuanto a su relevancia, peso y valor. Así, no se trata solo de preguntarle su parecer respecto de tal o cual decisión, previamente esbozada o armada, pues ello significaría en la incorporación de la CDN “solo de papel”. Lo que debe perseguirse es que cada niño/a sea real artífice de la problemática que lo/a afecta, un/a real protagonista. En este sentido, González (2006, p. 103) postula que debe rechazarse “la imagen del niño como ser incapaz y totalmente carente de autonomía; las habilidades van surgiendo a lo largo del desarrollo y para ello es necesario que se le vaya permitiendo el ejercicio de la autonomía dejándole elegir en los asuntos para los cuales tiene capacidad. La instrumentación de los derechos entonces, debe ser coherente con esta situación”. Finalmente, deberá garantizarse, en todo momento, que cuente con los medios de impugnación de las resoluciones que se dicten, ya sea durante el procedimiento, como también, una vez que este se dé por finalizado a través de la sentencia.

Buscar la manera de hacer operativo en la práctica que los/as niños/as son verdaderos titulares de derechos humanos, más específicamente en los procedimientos jurisdiccionales, como en el PEP, es un desafío que obliga a tratar su caracterización y concepto no como una limitación, sino a pensarlos como individuos que requieren de un especial tratamiento. De esta forma, se traslada la adaptación necesaria a los Estados firmantes, encargados de garantizar que efectivamente se cumpla con dicha misión. Esta será la única vía que permitirá transformar el remedio adjetivo o procedimiento en uno que sea “de ellos/as y para ellos/as”, y no es un instrumento que se utilice para resolver “por” ellos/as. Atendido lo expuesto, Cordero (2016, p. 17) expone que “en la actualidad “sus” derechos no son de los niños y niñas, ni en la forma ni en el fondo. La concepción de los derechos de la infancia que domina el sistema de derechos internacional es esencialmente adultocéntrica, es decir, sitúa el punto de vista adulto como el punto de vista, a secas”, agregando que “la consecuencia de esto es que, en la actualidad, los derechos de los niños y niñas son, más bien, los derechos que los adultos consideran que los niños y niñas deben tener, y que los adultos se comportan de acuerdo con este adultocentrismo, es decir, de manera adultista”. Asimismo Fanlo (2011, p 126) expone: “históricamente el vocablo ‘derechos’ (pese a su pretensión de neutralidad) fue formulado por la tradición liberal para un sujeto-patrón (hombre-adulto-racional) -lo que choca con el discurso de universalismo de los derechos humanos- [por lo que] se hace necesario que la concepción de los derechos humanos (pensada para derechos de adultos) sea reformulada si es aplicada a la variable-niño”⁴³.

3.2. Contenido de la CDN: su estructura, y derechos y principios que de ella emana

Ya se comentó que la CDN obliga a los Estados Parte a incorporar en sus legislaciones internas, la doctrina de la Protección Integral, permitiendo superar el modelo de la “situación irregular”⁴⁴ que se mantuvo por largo tiempo. Así, como plantea Cillero (1999, p. 119), transforma la forma de entender los derechos de la infancia y, por consiguiente, su vida. Esta forma del modelo de la "situación irregular" de comprender y tratar a los/as niños/as se tradujo, en la práctica, en que terminaran siendo vulnerados por los propios ordenamientos. Así, estos sistemas, con la excusa de protegerlos/as, los/as trató

⁴³ En igual sentido Picontó (2016, p. 214).

⁴⁴En este sentido, los autores Campoy (2006), Rivera (2007), Picontó (2016, p.215) y, Bernuz (2015, p.67).

como objetos de protección, no como personas que merecen un tratamiento digno, lo que implicó la toma de decisiones prescindiendo de sus voces. De esta manera, la CDN representa la incorporación de un nuevo trato a estos sujetos, a partir de la exigencia de que se los/as considere reales sujetos de derechos humanos. Por tal motivo, ello hace prevalecer, en todo momento, no sólo que son especiales, sino también que tienen las posibilidades de ejercer los derechos por sí mismos/as, obligando a los Estados Parte a adoptar todos los mecanismos que sean necesarios para que asegure que ello efectivamente se concrete.

Ahora bien, para comprender el alcance real de la Convención es necesario analizar cuáles son las particularidades que presenta en orden a su interpretación. En el marco de esta tesis, es algo que adquiere suma importancia porque serán los operadores de justicia que aplican el PEP (los/as jueces/zas), quienes deberán dotarlo de contenido ante situaciones confusas, contradictorias, dudosas o cuando no exista norma expresa. De este modo, es relevante entender cómo debe ser interpretada para asegurar que lo sea de una manera ajustada a los ideales que representa y se propuso transmitir. También es necesario conocer su estructura, que proporcionará una suerte de mapa, que vendrá a auxiliar a quien la aplique en el ámbito jurisdiccional; ello, dado que este instrumento cuenta con una génesis y lógica que permite asegurar una interpretación sistémica. Luego, es necesario identificar cuál es su contenido. La CDN es un tratado internacional suscrito y ratificado por un gran número de países, por lo cual, representa el deseo genuino de éstos a comprometerse con un tratamiento diverso al que se venía dando a los/as infantes hasta su instauración. Así las implicaciones de los principios y derechos que consagra buscan dotar al plexo de protección que ya existe para los/as adultos/as, con garantías de otra índole, que suponen una supraprotección. No es viable entender el contenido de la CDN como mero catálogo de derechos, sino como un instrumento que establece, por una parte, principios que ayudan a “leer” los derechos que instaura en “código niño/a” y, por otra, derechos “mejorados” en relación a los ya establecidos para todas las personas. Sin embargo, es necesario esclarecer que este trabajo no aspira a realizar un estudio pormenorizado de la CDN, de los principios y derechos que establece. Se pretende una presentación enunciativa que permita enmarcar y resaltar aquello que nos permita luego analizar el PEP en el sistema chileno.

Para empezar, la CDN debe ser interpretada, como ya avancé, de modo sistemático. Para desentrañar el sentido y alcance de las normas que contiene, es menester comprender que los elementos que la componen están dotados de un valor que, en la suma, hacen efectiva la consagración de los derechos de los/as niños/as como seres humanos con necesidades especiales. En otras palabras, el ejercicio que supone la exégesis del citado instrumento, promueve que los/as forjadores/as de esa gestión, lo hagan considerándola en su conjunto, teniendo siempre como telón de fondo al paradigma de la Protección Integral. El desafío de buscar el alcance de sus contenidos, pasa necesariamente por el tamiz que se encuentra consolidado en esa doctrina. En este sentido, Cillero (1999, p. 120) expone: “Las disposiciones de la CDN deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, los principios que ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de ‘interés superior del niño’”.

De esta manera, se concluye que una de las claves que debe ser considerada por quien requiera interpretar y comprender el contenido de la CDN de un modo ajustado a su espíritu, pasa por valorarla en proporción y correspondencia a cada una de las partes que la componen, esto es en su conjunto, sopesándola como un todo. A lo que hay que sumar, que no se puede perder nunca de vista que su instauración obedeció a la búsqueda de una mejora a la situación de la infancia, punto de inflexión en la evolución histórica de su conceptualización. En ese sentido, García Méndez indica que, con la doctrina de la Protección Integral de los derechos, se hace alusión a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de los derechos de los/as niños/as, reconociéndose como antecedentes la Declaración Universal de los Derechos del Niño, ya que con la CDN “... se pasa del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos (...) siendo el instrumento jurídico para el conjunto del universo infancia, y no sólo para el menor abandonado-delincente, como resultaba de la letra y más aún de la praxis de las legislaciones inspiradas en la doctrina de la situación irregular” (García Méndez 1997, p. 6).

Consecutivamente, es necesario conocer la estructura de la CDN, con miras a lograr identificar sus partes. Ésta cuenta con un Preámbulo, y tres secciones. Según O'Donnell (1990, p. 12), el Preámbulo determina en los primeros dos párrafos, así como en el séptimo, la vinculación con la Carta de la ONU. Luego, en el párrafo 7, también se la conecta con la Carta Magna de la Organización. Finalmente, los cuatro párrafos siguientes dan cuenta de sus antecedentes más relevantes: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por las Declaraciones de 1923 y 1959 sobre los Derechos del Niño y por los pactos internacionales sobre los Derechos Civiles y Políticos y sobre los Derechos Económicos, Sociales y Políticos, de 1966. En el párrafo noveno se indican otras tres declaraciones que cumplen el mismo cometido: Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado, de 1974; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (más conocidas como "Reglas de Beijing") de 1985; y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y al Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y la colocación en Hogares de Guarda en los Planos Nacional e Internacional, de 1986. Así las cosas, las disposiciones del Preámbulo, aunque carecen de valor dispositivo, pueden ser empleadas en la interpretación de un Tratado (O'Donnell, 1990, p. 13).

A modo de síntesis, las tres partes de las que se compone la CDN podrían resumirse en declaración de principios y derechos, compromiso de los Estados Parte y métodos de control, y parte operativa de la Convención. En consecuencia, dado el eje del presente trabajo, no abordaré ni la segunda ni la última de ellas, ya que no cuentan con disposiciones estrechamente vinculados, más allá del compromiso de los Estados a comunicar a los/as habitantes y ciudadanos/as el contenido del instrumento y la creación del Comité de los Derechos del Niño para monitorear su cumplimiento (entre otras cuestiones)⁴⁵.

La primera parte, como dije, se advierte como la parte relevante del Tratado, al declarar los principios y derechos relativos a la niñez y a los sujetos a los que alude. Dado que se compone de cuarenta y un artículos, la mayoría que no guarda relación directa con el ISN ni con la participación; por ello únicamente habré de traer a colación que el artículo

⁴⁵ Lo cual aparece contenido en la Parte II de la CDN.

primero, sienta que niño/a es todo ser humano menor de dieciocho años de edad⁴⁶; simple y único parámetro que delimita la comprensión de su concepto en todos los instrumentos internacionales adoptados con posterioridad a ella⁴⁷. En consecuencia, “toda disposición del derecho interno que restrinja su aplicación tendría que ser justificada tomando en cuenta tanto las realidades sociales del país en cuestión como los principios fundamentales que inspiran la Convención y los principios generales del derecho internacional sobre los derechos humanos. Cuanto más grande sea la discrepancia entre los 18 años y la norma nacional, más difícil será fundamentarla” (O’Donell, 1990, p 15).

Seguidamente, se puede apreciar que la CDN identifica su contenido estableciendo cuáles son los derechos que reconoce a niños y niñas, así como medidas especiales para la protección de éstos en situaciones de excepción y/o particular vulnerabilidad, y los principios que permiten su interpretación y aplicación. Es aquí donde se consagra el ISN como principio rector y transversal a la hora de que alguno de los derechos allí mencionados entre en juego. Ahora bien, en relación a los derechos, en los términos que plantea Nogueira (2017, p. 457), se puede concluir que esta es una Convención de mínimos dado que consagra los derechos básicos que deben ser garantizados y protegidos por los Estados Parte respecto de los/as niños/as titulares⁴⁸, encontrando que el fundamento de estos derechos es “la dignidad humana y la especial vulnerabilidad, debilidad, falta de madurez y de autonomía de los niños, en virtud de lo cual requieren de una protección especial de sus familias, la sociedad y el Estado, protección que amerita elevar tales contenidos al nivel de derechos fundamentales de los niños” (Nogueira, 2017, p. 458).

Respecto a la clasificación de los derechos de la infancia, existen una gran cantidad de estudios, que no se pretenden agotar con la presente investigación. Así las cosas, se

⁴⁶ El artículo primero de la mentada Convención, establece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

⁴⁷ Así es establecido, por ejemplo, en el Convenio número 182 de la OIT, de 1999, sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y de la Acción Inmediata para su Eliminación artículo 2; y lo mismo hace el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (artículo 3.d).

⁴⁸ Así plantea el Nogueira (2017, p. 458) que “la existencia de dichos estándares constituye un deber mínimo que los Estados Partes deben asegurar a todos los niños que se encuentran bajo su jurisdicción, lo que constituye parte de los atributos que integran los derechos fundamentales de los menores (niños y adolescentes), que tienen como base de derecho positivo el artículo 19 de la Carta Americana de derechos Humanos y la Convención de derechos del Niño”.

puede señalar que desde una perspectiva tradicional los derechos de los/as niños/as se los categoriza dentro de los derechos de promoción, protección y participación. Sin embargo, existen otros autores, entre los que es posible destacar a Freeman (2007, p. 7) y Cordero (2015, p. 291) que plantean que esa nomenclatura los infantiliza o menosprecia, ya que a ellos le son aplicables la misma clasificación relativa a los derechos humanos de los adultos, pero adaptados a la infancia. Ahora bien, se puede identificar entre las clasificaciones, aquella que se desprende de la propia CDN y aquella centrada en las necesidades de estos sujetos.

En cuanto a la clasificación que deriva de la CDN, siguiendo a Guilló (2007, p. 89 a 92), se advierte que niños y adolescentes cuentan con diversos derechos entre los cuales se distinguen los derechos (a) civiles y políticos; (b) sociales, económicos y culturales, y (c) a medidas especiales de protección. Los derechos civiles y políticos son los que garantizan que los/as niños/as sean respetados como personas, que puedan participar en la sociedad y tomar parte en asuntos que sean importantes para ellos/as⁴⁹. Los derechos sociales, económicos y culturales, son aquellos por los que tienen derecho a disponer de un nivel de atención física, de salud y de protección adecuado. Éstos pueden agruparse en derechos relacionados con la vida cotidiana, la salud y el bienestar, y la educación, ocio y el acceso a las actividades culturales⁵⁰. Y el derecho a medidas especiales de protección, es el referido a infantes en situaciones de excepción⁵¹.

⁴⁹ Guilló (2007, p. 89) identifica dentro de ellos: el derecho a un nombre, a una nacionalidad y a una identidad (art. 7 y 8); la libertad de expresión (art. 13); el acceso a la información (art. 17); la libertad de opinión, conciencia y religión (art. 14); relación con otras personas y libertad de asociación (art. 15); el derecho a la intimidad (art. 16), y el derecho a no sufrir tortura y trato degradante (art. 37.a).

⁵⁰ Continúa identificando a este respecto (Guilló (2007, p. 90), a saber, en cuanto a los primeros, el derecho a la orientación por parte de los padres (art. 5); atención diaria (art. 18 y 9); movilidad (art. 10 y 27.4); medidas excepcionales (art. 20, y 3.3); adopción y acogimiento (art. 21); tráfico de niños (art. 11), y buen trato (art. 19 y 25). Respecto de los segundos, estos son salud y bienestar, reconoce: el derecho al desarrollo (art. 6.2 y 23); atención sanitaria (art. 24, y 26) y nivel de vida (art. 27.1 a 27.3). Y, en cuanto a educación, ocio y actividades culturales diferencia entre el derecho de todo niño tiene derecho a una educación gratuita, como mínimo hasta el nivel de la escuela primaria (art. 28 y 29), y el derecho a descansar y a jugar y debe tener la oportunidad de participar en todo tipo de actividades artísticas y culturales (art. 31).

⁵¹ Distingue el Guilló (2007, p. 92) entre estos los niños refugiados (art. 22); soldado (art. 38); en conflicto con la justicia (art. 40 y 37); los sometidos a explotación: (trabajos peligrosos o perjudiciales para salud educación (art. 32); drogas peligrosas (art. 33); abusos sexuales (art. 34); segregados o vendidos (art. 35), y cualquier otra forma de explotación (art. 36), y por último minorías o pueblos indígenas (art. 30).

En cuanto a la segunda clasificación, que atiende a las necesidades de los/as niños/as, esta hace alusión a que se debe considerar la situación evolutiva en la que se encuentra el ser humano durante las distintas etapas de la infancia que le hacen tener necesidades específicas que en buena medida lo exponen al riesgo de consecuencias más radicales como resultado de la satisfacción o no satisfacción de las mismas⁵². En este sentido, Ochaita y Espinoza (2012, p. 45) postulan una estructuración de los derechos contenidos en la CDN en base a la satisfacción de las necesidades básicas, de forma tal que los agrupa en los concernientes a la salud física⁵³, a la autonomía⁵⁴, a la protección de riesgos físicos y psicológicos⁵⁵, y a las satisfacciones especiales⁵⁶.

De esta forma, es relevante configurar una nomenclatura que considere a los/as niños/as como seres humanos integrales con necesidades especiales, con la marcada impronta de que sea una clasificación especialmente formulada para ellos/as. Sin embargo, también se corre el riesgo de formular una categorización de la cual resulten -como lo ha demostrado la evolución del concepto de niño/a- en la invisibilización de la persona. Así, se puede concluir que sea cual fuere la clasificación que se decida utilizar a los fines de sistematizar los derechos de la infancia, debe optarse por una que se traduzca en una inclusiva mirada de los derechos para su persona y que los/as consagre como sujetos con necesidades específicas.

Ahora bien, como se estableció líneas arriba, la CDN también establece principios. De acuerdo a lo desarrollado por Guilló (2007, p. 89), son cuatro los principios que establece la CDN, que permiten su interpretación y que sirven de orientación a los Estados

52

⁵³ Reconociendo dentro de ellos: art. 6: derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; art. 24: derechos a la salud y a los servicios médicos; art. 25: evaluación del internamiento social; art.16: derecho a la seguridad social y, art. 17: derecho a un nivel de vida adecuado.

⁵⁴ Dentro de ellos: art. 7 y 8: derecho a nombre, nacionalidad e identidad personal (condiciones de autonomía); arts. 5, 9, 10 y 18: derecho tener relación con el padre y la madre, vinculación afectiva, normas y educación informal familiar; arts. 12, 13, 14, 15, 16 y 17: derechos de participación y libertades civiles (opinión, libertad de expresión, de pensamiento, conciencia y religión, de asociación, de identidad y acceso a la información); art 31: derecho al juego y al tiempo de ocio (interacción con iguales) y arts. 28 y 29: derecho a la educación formal.

⁵⁵ Dentro de ellos identifica arts. 19, 20, 21: Protección del maltrato o abandono familiar; art. 32, 33, 34, 35, 36 y 37: protección contra los restantes malos tratos (trabajo infantil, uso de estupefacientes, explotación sexual, venta, trata y tráfico de niños, tortura y privación de libertad y malos tratos)

⁵⁶ Consagrando dentro de ellos art. 22: derechos de los niños refugiados; art. 23: derechos de los niños con discapacidad y art.40: derechos de los menores infractores.

Parte en su aplicación⁵⁷, siendo estos los enunciados en los artículos 2, 3, 6 y 12, a saber: (i) el derecho a la no discriminación; (ii) el ISN; (iii) el derecho a la vida, y (iv) el derecho del/la niño/a a expresar su opinión, respectivamente.

En primer lugar, el principio de no discriminación radica en la obligación que asumen los Estados Parte de asegurar a todo/a niño/a sometido/a a su jurisdicción la igualdad de oportunidades “independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política, el origen nacional, étnico, social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (artículo 2)⁵⁸. En segundo lugar, el principio del ISN envuelve la especial y fundamental atención que se le debe dar a todas las medidas que les conciernan a los/as niños/as en la toma de decisiones por parte de todas las instituciones, públicas y privadas, sean estos, “tribunales, órganos administrativos y legislativos, instituciones de bienestar social...” (artículo 3)⁵⁹. En tercer lugar, el principio al derecho intrínseco a la vida, así como a la supervivencia y el desarrollo del/la niño/a en la “máxima medida posible” (artículo 6), implica el respeto de la salud física y también de su dimensión cualitativa relativa al desarrollo mental, emocional, cognitivo y cultural del niño⁶⁰. Y, por último, el derecho de los/as niños/as a expresar su opinión y a ser escuchados/as, significa que ellos/as podrán libremente ejercerlo en los asuntos que les afecten, como también, a que ello se tenga debidamente en cuenta “en función de su edad y madurez” (artículo 12). El derecho a ser escuchado los/as coloca como protagonistas activos en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, en todo procedimiento que les concierna, sea de tipo judicial o administrativo.

En consecuencia, la CDN, según concluye Cillero (1999, p. 125), cumple con los siguientes cometidos: reafirmar que los/as niños/as, como personas, tienen iguales derechos

⁵⁷ De esta manera, el Comité de derechos del Niño ha adoptado hasta la fecha 21 Observaciones Generales en las que se ocupa y preocupa, directa o indirectamente, de la interpretación, del contenido y alcance de los principios generales que sustentan la aplicación de la CDN.

⁵⁸ En ese sentido, para profundizar ver Carmona (2003, p. 173 a 219).

⁵⁹ Comité de derechos del Niño Observación General N° 2 sobre “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño” y especialmente la número 14 “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

⁶⁰ Comité de derechos del Niño Observación General N° 1 “Propósitos de la Educación” y N° 4, sobre “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del Niño”.

al resto; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y su madurez; establecer derechos propios -como los derivados de la relación materno-paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de sus derechos o de su colisión con los derechos de los/as adultos/as; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia⁶¹. De esta manera, es posible concluir en los términos de O'Donnell (1990, p. 25) que la CDN “representa un valioso avance en el reconocimiento de los derechos del niño, aunque su verdadero valor no puede ser reducido a sus aportes a la normativa internacional”. Así, por ejemplo, “la confirmación del status del niño como sujeto de los derechos fundamentales de la persona humana, por ejemplo, tiene consecuencias que trascienden ampliamente el ámbito jurídico”. Por más importante que sea la incorporación de tales instrumentos a la normativa interna de los países, su valor moral y político es de igual o mayor importancia.

Dado lo expuesto, a la luz de los cuatro principios previstos por la CDN que se han destacado, a continuación se tomarán y analizarán únicamente dos de ellos, el ISN y el de participación, que considero de inmensa importancia para este estudio, debido a que todo/a niño/a que se enfrenta a una instancia jurisdiccional, y más específicamente al PEP, se ve envuelto en un estadio complejo y solitario. Lo primero, porque para llegar a esa instancia, cada uno de los eslabones sociales que actuaron previamente tuvieron que haber fracasado. Es decir, cada una de las soluciones previstas para superar la situación de crisis que enfrentaba ese niño/a, no funcionaron. Así, la solución a su problema no se muestra sencilla. Lo segundo, porque el sistema, operadores e intermediarios con los que se encuentra, son todas personas adultas, ajenas a su modo diario vivir. De esta manera, resulta probable que se sienta solo/a, lo que en pocas palabras implica que le tocará lidiar con un escenario adverso.

Ahora bien, la CDN establece que en ese estadio judicial, todo niño/a debe ser tratado/a como un sujeto de derecho. Uno/a especial y capaz de detentar sus derechos por sí mismo/a. Y es a través de estos dos principios como evaluaré y analizaré si en el PEP el/la infante es tratado/a de esa manera. Por una parte, porque el ISN debe ser la meta que se debe pretender buscar con la aplicación de una medida de protección. Debe ser su objetivo.

⁶¹ Lo que además se desprende de lo dispuesto en el artículo 41 de la CDN.

Por ello, es esencial conocer su alcance y contenido para determinar si, el procedimiento en estudio, se orienta en esa dirección. Por otra parte, dado que la manera utilizada para transmitir la información a ese/a niño/a, la metodología que se emplee para que manifieste su parecer durante el procedimiento y, la forma que se utilice para recogerla, entre otros parámetros, permitirá evaluar si se está velando efectivamente por su ISN. Y por último, ya que estos principios presentan una relación que es complementaria e indisoluble, lo que se traduce en que para determinar la realización de uno de ellos, indefectiblemente, debe darse cumplimiento a los parámetros que establece el otro. De esta manera, es inviable la concreción de uno de los principios prescindiendo del otro⁶².

De ahí que el objetivo de la presente investigación doctoral busque determinar la realización de estos dos principios en la jurisdicción de familia chilena, en especial mediante el PEP y las medidas que en consecuencia se disponen, así como también si en el país se atiende a la noción de participación antes referida, lo que permitirá determinar si los/as niños/as son tratados como sujetos de derecho en el referido procedimiento.

4. El “Interés Superior del Niño” (ISN)

4.1 Nociones preliminares

Como bien es sabido, la CDN consagra el ISN en el artículo 3.1 al indicar: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁶² En estos términos lo establece las OG número 12 y 14. La primera de ellas consagra que: “no existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida” (párrafo 74). Y la segunda indica que: “La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12” (párrafo 43).

Ante todo, se estima necesario, por una parte, distinguir la evolución del contenido de la noción del ISN, con miras a delimitar sus objetivos y características bajo el prisma del paradigma que trae consigo la CDN. En concreto, la OG número 14 del Comité de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) permite identificar cómo se debe concretar en sede judicial. Ello facilitará su comprensión y demarcación, para que, en su oportunidad, se evalúe su realización en el PEP. Por otra parte, también entiendo pertinente conocer cuáles son las formas en que éste es regulado, y cuál es la estimada por el Comité como más adecuada para dar cumplimiento a tal cometido, pues la técnica que se escoja será la que permita, en un caso concreto, dotar de contenido al ISN.

Para empezar, puede darse por establecido que la doctrina identifica que en la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los/as niños/as, se revela la permanente presencia de la noción de ISN. Así, aparece ya la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959⁶³; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, del 22 diciembre 1969 - artículos 10 al 15-; en el Convenio XXVIII de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores, del 25 octubre 1980; y su posterior incorporación, no solo en la CDN, sino también en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16) y La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts.7 y 23)⁶⁴.

Esta nomenclatura, como ya fue explicitado, surge como consecuencia del cambio de modelo o escenario en el que se desplegaban las medidas atinentes a la infancia. Sin embargo, esa noción de “interés del menor”, obedece inicialmente al paradigma proteccionista o tutelar del/la niño/a. En este sentido, Simon (2013, p. 4 y 5) expone que “la aparición de la categoría ‘interés del menor’ o ‘mejores intereses del niño’ es el resultado de un cambio de percepción y de una visión romántica de la infancia, que reemplazó a la

⁶³ Su noción fue recogida del Principio 2 de la Declaración sobre los derechos del Niño de 1959, la que dispone que el ISN debe ser "la consideración fundamental" únicamente en cuanto a "la promulgación de leyes" destinadas a la protección y bienestar del niño. A su vez, también lo consagraba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b y 16, párr. 1 d).

⁶⁴ De esta forma lo han hecho los autores Cillero (1999, p. 125), Ravetllat (2015, p. 905 a 911) y Roda (2013, p. 30).

idea predominante, antes del siglo XVII, de que los hijos son propiedad de los progenitores, en particular del padre que tenía un rol dominante en la familia, en el que obviamente los deseos e intereses de los niños no contaban”⁶⁵. En efecto, Cillero (1999, p. 125) coincide en que las primeras alusiones al ISN también se dieron al momento en que empezó a concebirse a los/as niños/as de otro modo, ya no como “cosas” sino como sujetos merecedores de determinados (escasos) derechos⁶⁶; período que se caracterizó por que los Estados podían asumir, en ciertos casos, su tutela o impartir órdenes para su educación.

De esta manera, el contenido de la idea del ISN en un inicio fue diferente a la que consagra la CDN, que contempla el reconocimiento y realización efectiva de todos los derechos de los/as niños/as. Así, la OG número 14, establece que “el objetivo del concepto de ISN es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño”. En este sentido, Cillero (1999, p. 129) plantea que el ISN se realiza con la plena satisfacción de todos los derechos de niños/as, debiendo abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del mismo, para lo cual se hace necesario armonizar su utilización con “la concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder”. Por lo anterior, concluye que aunque perdure el sistema paternalista/autoritario en materia de infancia, la función del ISN es “iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas” (Cillero, 1999, p. 129)⁶⁷.

En el esquema de la CDN, el ISN tiene sentido en la medida en que “existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El ISN le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no ‘constituye’

⁶⁵ Así el autor plantea que surge “en el derecho angloamericano, vinculado a decisiones -judiciales o cuasijudiciales- sobre matrimonio, adopción, hogares sustitutos, guarda y tutela en los que el menor de edad está involucrado, y se globaliza a raíz de su incorporación en el texto de la CDN, por lo que este instrumento es una referencia esencial para estudiar el interés superior” (Simon, 2013, p. 5).

⁶⁶ Sobre la cuestión, ver punto 2.1.

⁶⁷ Ahora bien, se señala que el principio del ISN plantea a nivel doctrinal distintas interrogantes. Por una parte, recuerda la opinión de quienes sostienen que debilita la fuerza que se le da en la CDN al niño/a como sujeto de derecho, dado que “el goce y ejercicio de todos los derechos enumerados en ella estaría condicionado a eventuales conflictos con los intereses del propio niño”. Además, remarca la postura de quienes cuestionan si éste podría condicionar el contenido de los derechos que establece la misma CDN a los “valores superiores de una sociedad y cultura respecto de la niñez en general” O'Donnell (1990, p. 20).

soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente” (Cillero, 1999, p. 128). Así, el ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, debe orientarse y limitarse por los derechos que el propio ordenamiento jurídico le reconoce a los/as niños/as, considerando además los principios de autonomía progresiva del/la infante en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten⁶⁸. De esta forma, plantea Cillero “el ISN puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados” (1999, p. 129).

Dado lo expuesto, su concreción en sede judicial hará necesario un análisis conjunto de los derechos afectados durante el proceso y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. De hecho, toda medida decidida por la autoridad judicial deberá asegurar la “máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa. Por ello, la privación de libertad o del medio familiar, son la última alternativa dado que afecta no solo al derecho específico sino poder ejercer otros” (Cillero, 1999, p. 132). En esa línea, el Comité de Derechos del Niño ha señalado que “[l]o que a juicio de un adulto es el ISN no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos y que todos los derechos previstos responden al “interés superior del niño” y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño” (párrafo 4).

Por otra parte, la OG número 14 establece que el ISN es un concepto dinámico que permite atender a las circunstancias del caso. La propia OG “proporciona un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño; no pretende establecer lo que es mejor para el niño en una situación y un momento concretos” (párrafo 11). En concreto, establece

⁶⁸ El principio de la autonomía progresiva de los niños/as será desarrollado en el próximo apartado relativo a la participación.

que “El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención”. Así, se señala que “debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales” (párrafo 32). De esta forma, Ravetllat (2012, p. 92) refiere que el concepto ISN no debe ser interpretado de “forma estática, sino que, por el contrario, deberá entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que podamos ir perfilando caso por caso una concreción acerca de lo que es”. De manera tal que, por un lado, la noción del ISN no es que carezca de contenido, sino que éste no se encuentra determinado *a priori*; y, por otro lado, es una herramienta poderosa de protección de los derechos de los/as niños/as, además de un móvil que los/as consolida como titulares de sus derechos.

En cuanto a la definición del contenido de ISN constituye “la proyección en las personas menores de edad del problema de la protección de los derechos fundamentales en general, en consecuencia, la regulación que desarrolle este principio, las resoluciones judiciales que deban decidir en relación a problemas suscitados con menores, no se encuentran con un concepto vacío, puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para reclamar su efectividad” (Ravetllat, 2012, p. 96). Así es posible concebirlo como contenedor de un “conjunto de derechos que deben ser respetados por el resto de la sociedad y por el ordenamiento jurídico, fundamentalmente porque el menor es persona y porque es menor de edad. Así se configura el interés como un elemento de protección” (Rivero Hernández, 2007, p.159 y ss.). Y en cuanto herramienta, el ISN se presenta, en términos de Couso (2006, p. 145), como un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos de los/as niño/as, así como también promover su protección igualitaria, mutando desde la concepción tradicional de la que ya se ha hablado a la actual, en la que ellos/as, como verdaderos/as y legítimos/as “titulares de derechos que reclaman para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos, por lo que, para definir el interés superior del niño, será determinante la propia visión del mismo titular de derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos”.

Por otra parte, el ISN es regulado de diversas formas, siendo posible reconocer dos variantes que obedecen a las culturas jurídicas mayoritarias. De esta manera, se reconoce que en estos modelos más extendidos, es decir, el continental y el anglosajón, que el ISN se encuentra incorporado y aceptado como principio dentro los ordenamientos normativos que regulan y tratan las cuestiones que atañen a la infancia. Sin embargo, la forma en que se ha hecho se distingue en que en el continental, el/la legislador/a remite al/la juez/a o, en su caso, a la administración pública, la determinación del ISN en cada caso concreto, mientras que en el anglosajón se establecieron una serie de criterios normativos que tratan de compensar la indeterminación del principio (Roda, 2013, p. 34).

El Comité de Derechos del Niño, en la OG número 14, propone concretar el ISN según criterios normativos preestablecidos. Así, señala que se “considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación” del ISN, que pueda ser utilizada por cualquier responsable de tomar decisiones respecto de niños/as. Y continúa: “El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y al mismo tiempo, ser flexible” (párrafo 50). Lo anterior “proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones” siendo posible “añadir otros elementos que se considerasen apropiados de acuerdo con su propia tradición jurídica” (párrafo 51).

Simon (2013, pp. 83-136) identifica, dentro del modelo continental, cuatro técnicas de regulación del ISN⁶⁹; es decir, formas en las que se puede aterrizar dicho principio tan

⁶⁹ Los autores en nuestro sistema han ido planteando soluciones a la indeterminación del ISN. Por un lado, Rivero Hernández (2007, p. 107 y ss.) propone un nuevo modelo para determinar el contenido y concepto del ISN, el que se compone de dos fases: la primera, consiste en determinar y precisar el significado y contenido del concepto jurídico indeterminado del ISN; la segunda, en comprobar en qué situación y circunstancias concretas se da el valor del ISN en el caso enjuiciado. Por otra parte, Roda (2013, p.34) postula a este respecto, la formulación de pautas de solución que fueran válidas para todos los supuestos. Señala que de esta manera se evitarían resoluciones judiciales arbitrarias. También es posible reconocer que Ravetllat (2012, p. 89) indica que para evitar los inconvenientes que se derivan de la indeterminación del ISN, debe incluirse en las normas, un listado abierto de situaciones que quedarían integradas dentro del concepto general del ISN. A título de ejemplo, el autor refiere, Children Act (ley de Niños) Británica de 1989, sección 105, donde se establece que los Tribunales están obligados a considerar el bienestar de las personas menores de

abstracto en los ordenamientos legales. Estos son: (i) la incorporación de una cláusula general; (ii) la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos; (iii) el establecimiento normativo de situaciones que considera el legislador que representan el ISN; y, (iv) la definición normativa o descripción del ISN.

La regulación del ISN como cláusula general, según Rivero (2007, p. 114), consiste en la formulación de un enunciado a modo de norma abstracta multicomprendiva, que debería responder a “valores de justicia y razonabilidad referidos a situaciones concretas”; valores que se determinarán en el momento en que se deba aplicar la norma en cuestión. Y ello, dada la dificultad general y objetiva de determinación del sentido que pretende captar la norma (es decir, su indeterminación propiamente dicha), así como también la amplia variedad de personas implicadas y situaciones que pueden presentarse. Para Simon (2013, p. 85), configurar el ISN como cláusula general cuenta con ventajas. Entre otras, hacer que sea posible aplicarla a un “gran número de supuestos de hecho”, ya que existe una diversidad de circunstancias que se presentan; se puede hacer una “plural valoración judicial y su adecuación al caso concreto”; y, la cláusula general tiene valor tanto en el momento que se la enuncia, como en el futuro, sin que se requiera actualizar permanentemente la norma.

Sin embargo, esta técnica es criticada por varios autores, entre los que destacan Bellof⁷⁰, Cillero⁷¹, García Méndez⁷², Freedman⁷³, quienes, como lo hace Rivero (2007, p. 104), aluden a que esta forma de concreción del ISN dentro de ordenamientos legales permite su aplicación basada en “consideraciones valorativas” producto de opiniones personales, a la vez que genera inseguridad jurídica para las personas y el/la justiciable en particular. Algo que se traduce en una “impredictibilidad” del posible resultado, que puede promover una “litigiosidad de los titulares de los intereses enfrentados”, en la que se podría

edad “as the paramount consideration” (como la consideración primordial), y acto seguido en su sección identifican este bienestar a través de una “check list” (lista de control) que incluye, entre otras, referencias relativas a la edad y la capacidad de raciocinio; las necesidades físicas, emocionales y educativas; los posibles efectos de un cambio de circunstancias; y el entorno del individuo. (Ibid., p. 90).

⁷⁰ En Bellof (1999, p. 9 a 22; 2001, p. 37 a 48; 2004, p. 177 a 218; 2004, p. 27 a 102; 2005, p. 97 a 122).

⁷¹ Cillero (1993, p. 71 a 95; 1996, p. 477 a 544; 1999, p. 119 a 134; 1999, p. 207 a 236; 2003, p. 9 a 33; 2004, p. 177 a 188).

⁷² García Méndez (1997, p. 6 a 45; 2004, p. 79 a 96).

⁷³ Freedman (2007).

provocar “el engaño en la conducta y las estrategias para obtener un resultado *pro domo sua* (egoísta)”.

Respecto de la segunda forma de concreción del ISN, atendiendo a criterios normativos preestablecidos, ello supone adoptar criterios explícitos en donde se hacen previsiones sobre el principio⁷⁴. Rivero (2007, p. 105) plantea que esta técnica es una “reacción frente a la inconcreción de las normas abiertas y cláusulas generales”, y parte de la idea de que cuantos “más elementos de juicio y concreción aporte la norma general más fácil será la determinación futura de sus efectos y menos riesgos habrá de equivocación en su aplicación”. En resumen, señala que “se presentan algunos criterios indicativos para la búsqueda del interés del menor y resolver de acuerdo con los mismos, esos problemas en tales situaciones” (Rivero, 2007, p.107). No obstante, también es posible encontrar críticas a esta modalidad. En esa línea, Simon (2013, p. 115) señala, al igual que en la opción anteriormente desarrollada, que igualmente es el juez/a quien termina determinando a partir de valoraciones subjetivas cuáles de los criterios en juego resultarán predominantes a fin de tomar la decisión en el caso concreto.

En cuanto a la tercera técnica de formulación del ISN, que implica el establecimiento normativo de situaciones que considera el/la legislador/a que representan el ISN, Simon (2013, p. 134) explica que, en definitiva, desde el aparato que formula las normas se indica a quienes resolverán los casos, es decir, al ente jurisdiccional, qué es lo que debe considerarse como ISN frente a la situación concreta.

Y finalmente, en relación a la definición normativa o descripción del ISN, ello significa, según Simón (Ibid., p. 136), comprender la necesidad de que en el llamado a decidir en un caso concreto se ajuste la decisión al cumplimiento de la satisfacción y garantía de los derechos de los/as niños/as.

⁷⁴ Se advierte dicha técnica particularmente en la *Children’s Act* de 1989, donde se reflejan los criterios que consideran “los factores más importantes del interés de los niños”.

4.2. La naturaleza tridimensional del ISN

El Comité de Derechos del Niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y parte de la doctrina coinciden en que se advierten múltiples dimensiones desde las que el ISN debe ser considerado. Y entenderlo así, resulta fundamental para establecer su alcance y lograr su adecuada realización.

Por un lado, el Comité de derechos del Niño entiende que el ISN tiene tres dimensiones y se presenta como (i) derecho sustantivo; (ii) principio jurídico interpretativo fundamental, y (iii) norma de procedimiento⁷⁵.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos en que ella interviene, considera al ISN “en abstracto, como un principio prevalente que se expresa en diferentes niveles: (i) principio regulador de la normativa de los derechos del niño que ‘irradia’ efectos en la interpretación de los demás derechos, (ii) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en su texto, (iii) un criterio al que han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos, (iv) un derecho complementario, por el que el estado debe asumir su posición de garante (de los derechos) con mayor cuidado y responsabilidad, y (v) una orientación para tomar medidas especiales para lograr la protección de los derechos” (Simon, 2013, p. 41). De esta manera, puede colegirse que la mencionada Corte ya sostenía criterios similares a los asentados en la Observación General número 14 del Comité de Derechos del Niño.

En ese sentido, vale destacar que en el año 2012, en la sentencia del caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, la Corte examinó aspectos específicos de la aplicación del ISN. De esta forma asentó que el objetivo general de proteger el ISN es en sí mismo un fin legítimo e imperioso, estableciendo que es un principio regulador de la normativa de los derechos del/la niño/a, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de aquéllos/as, y en la necesidad de propiciar sus desarrollos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. De manera tal que para asegurar la prevalencia del

⁷⁵ Así lo expresa el Comité de los derechos del Niño, documento CRC/C/GC/14 de 29 de mayo del 2013, aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero). Párrafo 6.

ISN se requiere “cuidados especiales” y “medidas especiales de protección” (párrafo 108 de la sentencia).

Allí además se afirmó que la determinación del ISN, en los casos de cuidado y custodia de infantes, debe hacerse (i) a partir de la determinación de daños o riesgos reales y probados, no conjeturales o imaginarios, por lo que no son admisibles “las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales” (párrafos 109 de la sentencia); (ii) el ISN, en abstracto, es un fin legítimo e imperioso, pero la sola referencia al mismo sin probar en concreto los riesgos o daños que podría conllevar cierta situación no puede servir para la restricción de un derecho protegido (párrafo 108 y 110 de la sentencia); (iii) los daños alegados deben ser concretos, específicos y sustentarse en evidencia técnica, en dictámenes de expertos e investigadores (párrafo 131 de la sentencia); (iv) se resalta la importancia de la participación del/la niño/a en la determinación de su ISN (párrafo 199 de la sentencia), para lo cual, debe dársele la oportunidad de expresar su opinión y que ésta sea valorada de acuerdo a su edad y madurez; y, (v) debe demostrarse una relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (el retiro de la custodia) y el fin perseguido (la protección del interés superior del/la niño/a), en particular cuando la medida implique la restricción del derecho o derechos de sus progenitores (párrafos 131 y 166 de la sentencia).

De esta manera, la Corte consideró que el ISN se sustenta en la dignidad misma del ser humano y de las características propias de los/as niños/as, y que en su aplicación se debe propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, a partir de la prevalencia de sus intereses, que debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos sus derechos. Además, entienden que en los casos en que se aplica, es necesario evaluar los daños concretos a los que se enfrentan, no daños especulativos, especialmente si esto implica la limitación de otros derechos, ya que debe demostrarse una relación de proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido. Es una obligación de las autoridades darles la oportunidad de emitir sus opiniones y que las mismas sean consideradas en función de su edad y madurez.

Así las cosas, el ISN conlleva obligaciones adicionales para el Estado. Debe valorar la necesidad de cuidados y medidas especiales que se sustenten en la situación específica en la que se encuentren los/as niños/as, que valoren su debilidad, inmadurez o inexperiencia. Se trata de una obligación de ponderar el requerimiento de medidas especiales, junto con las características particulares de cada situación a, y sopesar seriamente toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho.

También hubo autores que se dedicaron al estudio del ISN, antes de que el Comité de los Derechos del Niño emitiera su OG, que coinciden en apreciar sus distintas dimensiones. Entre ellos, por un lado, Alston y Gilmour-Walsh (1996, p. 63 y ss.) concretan el principio en: la asignación general de recursos; ser un “principio paraguas” al aplicarlo “en su sentido más amplio y, por tanto, más abstracto”; dar “apoyo al contenido y a la importancia de los derechos fundamentales reconocidos concretamente en la CDN”, y proporcionar una base adecuada sobre la cual el Comité pueda actuar con resolución, para los casos que la CDN no trata o lo hace de un modo insuficiente. Señalan que, en estas circunstancias, el principio proporciona una base importante sobre la que “el Comité podrá construir una interpretación más teleológica”.

Por otro lado, Cillero (1999, p. 129) estima que la finalidad del ISN deriva del tenor del propio artículo 3 de la CDN, reconociendo como cometido principal limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los/as niño/as, distinguiendo así un sentido (i) interpretativo y (ii) ser prioridad en las políticas públicas para la infancia. En cuanto al primero, expone que el ISN cumple una función “hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho” de la infancia al permitir interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de sus derechos. Todos ellos, en su conjunto, aseguran la debida protección a la vida, la supervivencia y el desarrollo del/la niño/a. Además, mientras los seres humanos no cumplan la mayoría de edad, la interdependencia de los derechos se hará más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de ISN apoya una interpretación holística de la CDN (Cillero, 1999, p.130).

En cuanto a ser prioridad de las políticas públicas para la infancia, plantea el autor que ello conlleva a que la satisfacción de los derechos de los/as niños/as no pueda “quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés

colectivo, así reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario y, por lo tanto, todas las decisiones acerca de sus derechos deben primar sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos” (Cillero, 1999, p.131). En esta línea estima Simon (2013, p.180) que este sentido es “de carácter externo, así éste se manifiesta en la prioridad que tiene el interés del niño frente a cualquier otro interés, por legítimo que sea”. De esta forma, consta que la CDN establece en su artículo 3 que el ISN se proyecta hacia las políticas públicas, afectando tanto la práctica administrativa como judicial, y que es deber del Estado, para con los/as infantes y sus derechos, la generación de un sistema que contenga diversos niveles de protección; lo que se traduce en que en la realización de sus derechos no puede quedar restringida ni afectada por ninguna interpretación en su perjuicio. Así, existiendo conflicto entre la preponderancia de alguno de sus derechos (niños/as) y otro derecho (adultos/as), siempre serán los primeros los que deberán ser priorizados.

Ahora bien, las dimensiones del ISN aportadas por el Comité de Derechos del Niño permiten realzar aspectos relevantes en relación al rol que juega el/la juez/a en su determinación y evaluación y, por otro, consagra las garantías procesales que deben ser contempladas en todo procedimiento jurisdiccional con miras a resguardarlo. Ambas ideas son fundamentales respecto del objetivo de esta tesis ya que busca determinar si efectivamente en Chile el ISN se realiza en el PEP, y por medio de estas directrices será posible agotar tal propósito. Por lo anterior, en los acápite siguientes serán analizadas estas dimensiones.

4.2.1 ISN como derecho sustantivo

La OG número 14 del Comité de Derechos del Niño consagra como una de las dimensiones del ISN la de ser un derecho sustantivo. Dado que no guarda relación directa con el objetivo de la presente investigación, bastará con apuntar que considerar al ISN como derecho sustantivo significa que aquel otorga a los/as niños/as el derecho a que su ISN sea “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida” (OG número 14, párrafos 1 y 6). Así, tiene un objetivo que a juicio del Comité es “garantizar el disfrute pleno y

efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico del niño” (OG número 14, párrafo 6), lo que abarca “el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (OG número 5, párrafo 12).

La garantía de este derecho se pone en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un/a niño/a, o a un grupo concreto o genérico de ellos/as, considerándose que es “una obligación intrínseca para todos los Estados” de aplicación directa, inmediata y que puede ser invocada ante los tribunales generales (OG número 14, párrafo 6). Recuérdese que por garantía se entiende, en términos de Ferrajoli (2001, p. 234), a “aquellos vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad a los derechos subjetivos”, con lo que los derechos fundamentales funcionan como garantías de los miembros del Estado contra sus poderes, en donde deben primar los derechos de las minorías sobre los de las mayorías, y en este sentido es comprensible entender dentro de ellas a los/as niños/as. En este sentido, “las garantías tanto liberales como sociales, expresan los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de las de los de arriba” (Ibid., p. 234).

De esta forma, acaece que el artículo 3.1 de la CDN entiende al ISN como una garantía, al establecerlo como un límite de actuación, una obligación, y una prescripción de carácter imperativa, dirigida a las autoridades públicas e instituciones privadas, para que ajusten sus atribuciones y acciones de manera tal que éste sea respetado. Y ello, no porque sea un interés socialmente valioso, sino porque los/as niños/as son sujetos de derecho, tienen derecho a que se tenga en cuenta su ISN y se tienen que tomar todas las medidas que lo promueva y proteja, y no aquellas que lo conculquen.

4.2.2 ISN como principio jurídico interpretativo fundamental

Entender el ISN como principio jurídico interpretativo fundamental supone que, en los casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, de deberá otorgar preferencia a la que “satisfaga de manera más efectiva” el ISN, teniendo a los derechos contenidos en la CDN y sus protocolos adicionales como el “marco

interpretativo” general (OG número 14, párrafo 6). Así, de acuerdo a lo establecido en la OG número 14 del Comité de Derechos del Niño, se evidencia que el ISN es contemplado por la Convención como un principio “rector guía” ⁷⁶. Por ello, para determinar y comprender su verdadero alcance, es forzoso analizar su naturaleza como principio por contraposición a las reglas⁷⁷.

Si la bibliografía sobre reglas y principios es extensísima, centrado en el tema de la infancia, Simon (2013, p. 109) señala que las reglas tienen un conjunto finito y cerrado de opciones, con lo que las formas en las que se puede alcanzar el objetivo de la norma están previamente establecidas en las reglas, mientras que en los principios “tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas”. Indica además que una regla responde a un esquema condicional porque relaciona un caso con una solución, en un enfoque estructural de las normas, en el que cumplidas las condiciones establecidas en la regla (los supuestos), el destinatario de la norma debe realizar una conducta determinada (la consecuencia jurídica). Por el contrario, plantea que en los principios existe un nivel de valoración, por eso la persona llamada a su aplicación debe realizar una ponderación para su aplicación, con lo que tiene un mayor margen de discreción que no tendría en las reglas. Adicionalmente, los principios, siendo razones que guían la conducta, no se muestran excluyentes, por lo que, cuando se debe actuar en función de un principio, deben considerarse otras razones adicionales (Simon, 2013, p. 110), lo que en definitiva torna en indeterminada la situación concreta a la que se aplican.

⁷⁶ Cillero (1999, p. 125).

⁷⁷ En la doctrina contemporánea se relaciona a Dworkin con la idea del restablecimiento de la importancia de los principios, expresión que como expone Prieto (2005, p. 205) cuenta con una larga historia. La distinción entre reglas y principios, según Alexy (2008, p. 81), es cualitativa y no de grado, toda vez que las reglas se conciben como “mandatos definitivos”, es decir, normas que sólo pueden ser cumplidas o no; mientras que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Así, los principios resultan ser “mandatos de optimización”, caracterizados porque pueden “ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas”. De esta manera, según el autor, en los principios existe algún elemento estructural que permanece abierto hasta que es “cerrado” por el intérprete al aplicar la norma al caso concreto, de manera que “su contenido definitivo será finalmente más reducido que el aparente”. Señala también que “el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo” (Alexy, 2008, p. 81).

De este modo, del artículo 3 de la CDN se desprende que el alcance del ISN no es absoluto, ya que se establece que éste es “una” razón a considerar, no la única al momento de enfrentar las problemáticas de los/as niños/as (Simon, 2013, p. 102), siendo posible concluir que se trata de un principio general que cuenta con un alto grado de indeterminación pero que sirve para orientar la toma de decisiones de operadores jurídicos y sociales.

4.2.2.1. La indeterminación del ISN como concepto jurídico

En doctrina parece haber acuerdo en que el ISN no solo es un principio, sino que puede ser definido también como un concepto jurídico indeterminado. Ara Pinilla (1990, p. 112) nos remite a la imposibilidad del/la legislador/la de regular todas las situaciones que puedan producirse y por ello recurre a los conceptos jurídicos indeterminados que realizan "una remisión al destinatario del derecho para que sea éste el que en cierto modo complete el mandato normativo". Lo anterior permite (exige) una mayor discrecionalidad en quien aplica el derecho, por lo que se trata de una orientación para la toma de decisiones que no angosta el sentido del concepto.

El recurso a los conceptos jurídicos indeterminados presentan ventajas y desventajas que es preciso conocer. Uno de los aspectos positivos es que permite que los ordenamientos jurídicos cuenten con elasticidad “para acomodar la regulación jurídica a las diversas circunstancias ambientales que definen el contexto de su aplicación” (Ara Pinilla, 1990, p. 114), de manera que su finalidad es ajustarse a las circunstancias específicas de cada caso. Así, su concreción en una situación determinada, podrá atender a elementos particulares y coyunturales que se traducirán en la configuración de una noción adaptada especialmente a esa realidad.

En relación a los aspectos negativos, se coloca de relieve que con ellos se paga “un fuerte coste en materia de seguridad jurídica”, ya que el/la juez/a (o quien deba aplicar el derecho) queda habilitado/a y directamente obligado/a “por la propia lógica del discurso legal” a tener un rol activo, indicando en cada caso el significado de las “naciones que

resultan intrínsecamente variables e indeterminadas”⁷⁸. De esta forma, Cillero (1999, p. 120), plantea que se ha estimado al ISN como una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial; de manera tal que podría utilizarse como una “especie de excusa” al momento de tomar decisiones, desoyendo otros derechos también reconocidos a los/as niños/as, “en razón de un etéreo interés superior del tipo extra-jurídico”. Es por ello, además, que este carácter impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, las resoluciones que se adopten basadas en ella podrán no satisfacer debidamente las exigencias que impone la idea de seguridad jurídica, ya que amparados en el ISN se permite un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilita la tutela efectiva de los derechos que se plantea en la CDN⁷⁹.

Ahora bien, a la hora de considerar el riesgo o margen de inseguridad que ofrecen los conceptos jurídicos indeterminados, y por ende también en el ISN, Rivero (2007, p. 192) expone que, en su estructura se pueden identificar tres niveles de concreción: i) un núcleo fijo o “zona de certeza positiva”, configurado por datos previos y seguros a modo de presupuesto o condicionamiento inicial mínimo; ii) una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto”, más o menos definido, donde caben varias opciones dentro de márgenes relativos e imprecisos; y, finalmente, iii) una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto⁸⁰. Así se puede concluir que es en la zona

⁷⁸ O'Donnell (1990, p.17) expone su preocupación por el posible impacto negativo del ISN en la CDN, ya que podría debilitar su fuerza como instrumento dirigido al respeto y a la garantía de los derechos de las niñas y niños al “condicionar el contenido de los derechos reconocidos ... con base en valores ‘superiores’ de una sociedad o cultura”.

Sin embargo, Cillero (1999, p.120) y Simon (2013, p.28 y siguientes) consideran que se puede desarrollar una interpretación que supere estas objeciones, con una concepción jurídica más precisa de ISN que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos de las niñas y niños, en un marco de seguridad jurídica. Por lo tanto, como expone Rivero (1997, p.157), ISN no es algo abstracto, sino que se realiza en las cuestiones materiales que afectan de forma habitual a las niñas y niños.

⁷⁹ Ravetllat (2012, p. 91) da cuenta que este principio es criticado por su indeterminación dado que se cuestiona: si es apropiado o no seguir hablando de los “intereses” del niño una vez que sus “derechos” han sido ya reconocidos; que plantea más interrogantes que respuestas; que es un concepto abierto o ambiguo y por ende no puede producir ningún resultado predecible en una situación determinada; y que los valores empleados para darle contenido han sido a menudo bastante inapropiados.

⁸⁰ Un ejemplo de cómo identificar los tres niveles de concreción expuestos, lo podemos ver mediante el caso de cuidados personales de una niña o niño. En primer lugar, puede advertirse que la zona de certeza positiva se encontraría en que toda persona menor de edad tiene derecho a la preservación de su integridad física y moral y a que se garantice el desarrollo integral de su personalidad. A su vez, la zona de imprecisión (halo del concepto) se refiere a las diversas posibilidades que existen al momento de resolver (que permanezca con la madre o el padre, o el adulto/a que corresponda; como se relacionará con quién no quede

intermedia donde la figura del/la juez/a juega un rol fundamental, ya que allí será el lugar donde tendrá que dotar de contenido al ISN, atendiendo al caso en concreto y las circunstancias particulares de la situación.

De esta forma, el recurso a un concepto jurídico indeterminado no solo puede verse como una fuente de inseguridad jurídica, sino como un mecanismo que permite tomar las medidas de acuerdo con la situación y circunstancias propias del/la niño/a. Ahora bien, los ordenamientos jurídicos deberán establecer mecanismos que permitan corroborar el cumplimiento de los elementos del principio que se determinen como esenciales, evitando la arbitrariedad. Lo anterior se traduce en una carga para quien deba determinar el ISN para un caso concreto, pues la única forma de resguardar que esa decisión se ajuste a la efectiva búsqueda del ISN, es por medio de un ejercicio motivado, razonado y argumentado de cada uno de esos elementos que se hayan decidido como piezas que lo conforman. Lo que en otras palabras sería decir que esta última será la manera de asegurar que la medida que se adopte sea acorde con el ISN de ese niño/a en concreto. De lo contrario, se corre el riesgo de caer en la ausencia de motivación o de un parámetro estandarizado, que sólo lleve a repetir un enunciado, una fórmula genérica carente de contenidos específicos. En este sentido, Ara Pinilla (1990, p. 116) plantea que los conceptos jurídicos indeterminados no suponen una mayor discrecionalidad sino que por el contrario “acrecienta la necesidad de extremar las medidas de control para que una técnica surgida con la intención de permitir la mejor adaptación de la decisión jurídica a las exigencias que impone la ubicación del problema en un determinado entorno histórico cultural no pueda degenerar en la institucionalización del más puro arbitrio irracional en la solución de los problemas que presenta la vida social”.

En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados exigen por parte de la persona u órgano que ha de llevarlo a la práctica, una doble labor. La primera, será precisar el significado y contenido de la idea que se busca contemplar (en el caso, qué es o en qué consiste el interés del/la niño/a). La segunda, comprobar en qué situaciones y circunstancias

con su cuidado, y de qué modo o forma se llevará a cabo). Por último, la zona de certeza negativa, se vería representado en el hecho que un niño o niña no puede ser confiado a un sujeto depravado o violento, o no puede concederse un régimen de visitas a un padre/madre que ha sido condenado por abusar sexualmente de su hijo/a menor de edad. Así, concluye Ruiz (2010, p. 157), la dificultad a la hora de precisar el ISN y tomar una decisión se encuentra en la zona intermedia.

concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma (lo que más conviene a un/a niño/a determinado); para lo cual deberá dársele relevancia a los datos y circunstancias del caso puntual, que son los que permitirán encontrar la solución dentro del ámbito de apreciación o zona de variabilidad del concepto jurídico indeterminado⁸¹. Es decir, que la especificación del significado y contenido se hace en el preciso instante de su aplicación. De esta forma, la autoridad judicial se encuentra legitimada para dotar de contenidos a los conceptos jurídicos indeterminados, valorando si la solución que se busca alcanzar se encuentra dentro de los márgenes de la ley y si resulta la mejor opción posible para el/la niño/a. Así las cosas, se podría decir que con su enjuiciamiento el/la juez/a se limita a reducir la “zona de incertidumbre”, reconduciendo el caso concreto a una de las dos zonas de certeza, la positiva o la negativa⁸².

No obstante lo anterior, más allá de las críticas y posibles consecuencias que pueden asociarse a la indeterminación del concepto del ISN, lo cierto es que la CDN impone a los/as jueces/zas y autoridades “completar” su contenido, contando para tal efecto con la discrecionalidad, lo que trae aparejado el consecuente riesgo de la adopción de decisiones arbitrarias.

4.2.2.2. Algunas consideraciones sobre la discrecionalidad hermenéutica

La configuración del ISN como concepto jurídico indeterminado exige hacer una referencia a la discrecionalidad judicial y administrativa en su concreción.

García Amado (2006, p. 151) sostiene que la discrecionalidad alude a la libertad que tiene el Poder Judicial a la hora de dotar de contenido las decisiones que adoptan en los casos en los que intervienen, sin vulnerar el derecho imperante. Este margen de actuación puede deberse a que el legislador delega en el aplicador de la norma (discrecionalidad

⁸¹ En cambio, en los conceptos determinados basta con la constatación del dato vinculado al concepto en el caso particular para determinar su aplicación y con ello arribar a la producción del efecto jurídico esperado. En ellos la especificación del significado y contenido la hace la ley.

⁸² García de Enterría (1962, p. 174) al hablar de la fiscalización jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados manifiesta la necesidad de reservar a la autoridad que aplica un concepto jurídico indeterminado el llamado “margen de apreciación”, que en todo caso es un margen cognoscitivo y no volitivo; este margen de apreciación será mayor o menor ordinariamente según la posibilidad o no de aportar o presentar ante el Tribunal la totalidad de los elementos de hecho que la autoridad que aplicó el concepto tuvo en cuenta.

En el mismo sentido Ravetllat y Pinochet (2015, p. 920 a 924).

burocrática), o bien a que las normas jurídicas, en general, están hechas de “un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, indeterminado en alguna medida”, por lo que siempre aparecerán situaciones cuya solución resulte “dudosa o equívoca a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y completarlas por vía de interpretación o integración” (discrecionalidad hermenéutica)⁸³.

Ahora bien, el autor, siguiendo a Hart, sostiene que siempre existe al menos una cuota o porción de discrecionalidad que resulta inevitable y, en ese margen, lo único que se puede hacer es “exigirle al juez que justifique exigentemente, mediante razones lo más convincentes y compartibles que sea posible, sus opciones y las valoraciones en que se basan, pero tales razones con que el juez motiva su decisión en los casos difíciles, no serán nunca razones puramente demostrativas, jamás podrán ser prueba plena de que dio con la única respuesta correcta, sencillamente porque un caso no tiene una única respuesta correcta cuando las palabras de la ley permiten varias” (García Amado, 2006, p. 172)⁸⁴. De tal manera, “la decisión en derecho en estos casos no es cuestión de medida, ni ponderación, sino que la labor es valoración, juicio valorativo, esto es, construir las

⁸³ Es posible reconocer históricamente diversas corrientes relativas a la discrecionalidad judicial, García Amado (2006, p. 153 y ss.) distingue, entre las que (i) la niegan, y las que la ven como (ii) inevitable, o incluso positiva.

Las primeras, aquellas corrientes que niegan la discrecionalidad judicial, lo hacen porque, por un lado, tienen la convicción de que ella no es conveniente; por otro lado, por la creencia de que es evitable (dado que el sistema jurídico posee la solución única y precisa de cada caso, sin que sean necesarias las valoraciones o elecciones del juez para llenar las indeterminaciones del sistema, porque no existen).

Dentro de éstas corrientes encontramos, la Escuela de la Exégesis y de la Jurisprudencia de Conceptos, que tenían en común su carácter formalista en materia de decisión judicial, sosteniendo que la decisión del juez tenía un carácter puramente formal, así pregonaban, según el autor, que: el sistema jurídico es perfecto, porque contiene en sí (ya sea bajo la forma de artículos de un Código –Francia- ya de esencias prepositivas, ideales –Alemania-) siempre una única solución correcta para cada caso que el juez enfrenta; la actividad decisoria del juez se explica cómo una subsunción del caso bajo la correspondiente regla del sistema, siendo su actividad cuasimecánica; esa actividad tiene la estructura de un silogismo simple, del que la premisa mayor es dicha regla y la premisa menor los hechos, sin que estén presentes en él ulteriores premisas o presupuestos de ningún tipo, por lo que sólo de esas dos premisas, y de ninguna más se deriva, con necesidad lógica, el fallo a modo de conclusión; y, la esencia de la labor judicial es cognoscitiva.

Las segundas, las corrientes que plantean que la discrecionalidad judicial existe y es inevitable, diferencia una vertiente (i) radical, que afirman que la discrecionalidad es total y absoluta, y que todo lo que hace el juez “lo hace siempre y por definición a su libre albur y sin existir la posibilidad de limitación a ese respecto”, y una (ii) moderada, que afirma que el ejercicio de discrecionalidad es constitutivo de la labor judicial, pero que dicha discrecionalidad puede y debe ser limitada, y lo que ocurre en la práctica.

⁸⁴ Comprende García Amado (Ibid., p. 172) que en esta doctrina: “Más allá del lenguaje en que las normas jurídicas se expresan, no hay verdad jurídica ninguna: ni en conceptos ideales ni en sistemas lógicos ni en valores ni en la moral social ni en el derecho natural ni en el oráculo de Oxford. Por eso el derecho tiene siempre, también en su práctica aplicativa y decisoria, un componente político, de poder, y no es ciencia exacta ni mero ejercicio de conocimiento de verdades inmanentes o trascendentes”.

soluciones bajo su responsabilidad”⁸⁵. En el mismo sentido, Ruiz (2010, p. 120) indica que “es indudable que los jueces en nuestros días han alcanzado un gran protagonismo a la hora, no ya de la aplicación del derecho, sino aun de su creación, como consecuencia de que, con frecuencia, la ley no tiene respuesta para todos los casos y será el aplicador quien tenga que resolver los problemas”.

A partir de lo reseñado, resulta evidente que el/la juez/a en la actualidad goza de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos, y del creciente recurso de la incorporación de principios jurídicos que trajo aparejado el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, empero ella debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica (Ruíz, 2010, p. 121).

Kronman (2007, p. 96) plantea que “siempre existe un espacio para la discrecionalidad que le da al juez libertad de movimiento, libertad para decidir que el caso que está analizando requiere que se aplique cierto principio o política en lugar de otro, es un espacio para la discrecionalidad en el que los procesos de decisión del juez no están y no pueden estar mecánicamente predeterminados por la legislación vigente”. Sin embargo, es preciso evitar la arbitrariedad que, como indica García Amado (2006, p. 152), se produce cuando “todas o alguna(s) de las siguientes circunstancias concurren en la decisión del juez: vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, en lo que dichas pautas tengan de claras y terminantes; se demuestra que lo que guía la elección del juez son móviles incompatibles con el sistema jurídico que aplica y con su función dentro de él; o, no da razón ninguna de su fallo o cuando la motivación del mismo contienen razones puramente inadmisibles (absurdas, antijurídicas o incompatibles con los requerimientos

⁸⁵ Agrega que “la decisión del juez tiene un elevado componente de responsabilidad personal, que no puede traducirse en responsabilidad jurídica. Al juez sólo se le pueden pedir cuentas de su decisión en cuanto quede demostrada su mala fe o patente por completo su desvarío. Lo anterior debido a que es el propio sistema jurídico el que al juez le deja la posibilidad de optar entre soluciones alternativas, compatibles con el tenor de las normas, no podemos luego castigarle por ejercer esa facultad que es constitutiva de su función” (Ídem).

funcionales del sistema jurídico)”. Así, es posible concluir que la arbitrariedad, es el antivalor judicial por excelencia (García Amado, 2006, p. 153).

Sin perjuicio de lo anterior, Alexy (1988, p. 139) advierte de la existencia de mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial, siendo posible elaborar una teoría que “sea algo más que un mero catálogo de puntos de vista de los que cada uno puede servirse a discreción y que deje la ponderación al arbitrio de quien la realiza”. Así las cosas, plantea el autor que la ponderación no conduce exactamente a un resultado, pero es “un procedimiento racional que puede, además, ser optimizado” (Alexy, 1988, p. 140).

En definitiva, se puede colegir que al momento de resolver algunos de los conflictos que se suscitan entre principios jurídicos no existe una única respuesta correcta, aunque sí debe existir un procedimiento de racionalización, justificación de la decisión, que se termina por traducir en la necesidad de una motivación. Tal afirmación halla eco en lo sostenido por Cabra Apalategui (2000, p. 170), en cuanto a que este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el “enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación”, pero deja aún al margen valoraciones cuyo control racional supera al propio procedimiento de evaluación, dado que hay espacio para la subjetividad en la “graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión”.

Llevando estas reflexiones a nuestro ámbito de estudio, vemos cómo la Convención configura al ISN de manera tal que pueda existir más de una solución justa para su concreción atendiendo a las circunstancias del caso. Serán los progenitores, jueces/zas, equipos sanitarios, administración -entre otros/as- quienes se encarguen de precisar el ISN. Y en ese proceso tendrá que argumentar cómo una u otra determinación es la decisión que mejor responde al ISN, según el caso concreto. De esta forma, es posible concluir, en iguales términos que Cillero (2007, p. 125 y ss.), que antes de la CDN, la falta de un catálogo de derechos del/la niño/a hacía que la noción de ISN pareciera referirse a algo que estaba por encima del derecho, a una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente judiciales, lo que sumado a la precariedad del

estatus jurídico de la infancia, podía orientar a determinaciones entregadas a una total discrecionalidad. Empero, dada la amplia gama de derechos establecidos en la CDN, no resulta posible seguir sosteniendo una noción vaga del ISN, debiendo “abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior”, ya que ahora se cuenta con los ingredientes necesarios para arribar al resultado que mejor ampare al/la infante, aunque aún deba determinarse la receta para hacerlo.

Ahora bien, también el Comité de Derechos del Niño, a través de la OG número 14, aporta directrices que ayuden a evaluar y fijar el ISN. A tal efecto, señala que deben seguirse dos pasos. El primero será “determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el ISN, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás”. El segundo “seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho” (párrafo 46). Así, por una parte, la “evaluación” consiste en “valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación” para un niño/a o niños/as en concreto, actividad que le corresponde “al responsable de la toma de decisiones y su personal (de ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño”. Por otra parte, en la “determinación” se entiende “el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el ISN tomando como base la evaluación del interés superior” (párrafo 47).

Para realizar la evaluación del ISN es preciso atender a cada caso, considerando “las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general” siendo estas “las características específicas del niño o los niños de que se trate” (párrafo 48). En la determinación del ISN se debe comenzar con una “evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único”, lo que lleva aparejado “la utilización de algunos elementos y no de otros, e influye también en la manera en que se ponderarán entre sí” (párrafo 49). De alguna manera la directriz establece que en la conformación del ISN se cuenta con dos ámbitos, uno interno y otro externo. El primero es el que engloba todo asunto que deberá ser considerado por quién debe resolver, para facilitar la concreción de su sentido y alcance en una situación determinada y específica. En definitiva, se trata de las piezas integrantes del ISN. El ámbito externo se configura por todas las condiciones que se

tienen que dar en el procedimiento para que la configuración del ISN se alcance de manera exitosa, lo que indudablemente requiere como presupuesto mínimo que se trate al/la infante como un sujeto de derecho.

La consideración de estos dos escenarios son los que finalmente permiten circunscribir el contenido del ISN, evitando la arbitrariedad. Por tal motivo, a continuación serán analizados aquellos elementos que obedecen al primero de estos ámbitos, para luego, en el siguiente apartado desarrollar el ISN en su dimensión como norma procedimental.

El Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el ISN (párrafo 51 y 52) son la opinión del/la niño/a; su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; su cuidado, protección y seguridad; la situación de vulnerabilidad; el derecho del/la infante a la salud, y; el derecho a la educación.

En cuanto a la opinión del/la niño/a, el Comité indica que considerando su punto de vista y concediéndole importancia, se respeta “la posibilidad de que participen en la determinación de su ISN” (párrafo 53). Para lograrlo, deben adoptarse “medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños” (párrafo 54). En otras palabras, para concretar el contenido del ISN, la directriz consagra que deberá otorgarse la posibilidad real de que su voz sea incorporada como pieza crucial, por ser ésta la única manera de asegurar que sea tratado/a como sujeto de derechos y titular de los mismos. Y sobre todo porque a la hora de determinar cuál es el ISN parece obvio tener en cuenta su propio parecer. Al margen de que después sea el juez quien tome la decisión. Ahora bien, en lo que respecta a la manera y oportunidad en que ella debe ser incorporada en concreto, su análisis será desarrollado al momento de abarcar la dimensión adjetiva del ISN.

Respecto a la atención de la identidad, se establece que en la evaluación del ISN debe contemplarse la diversidad interpersonal, ya que comparten “las necesidades universales básicas” que se expresan dependiendo de una “amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades” (párrafo 55). Por

consiguiente, debe tenerse en cuenta “la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como parte de la identidad del niño” (párrafo 57).

En relación a la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares, señala que estos elementos son derechos concretos y no solo cuestiones para determinar el ISN (párrafo 58). De este modo consagra que el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres/madres biológicas/as, adoptivos/as o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5, párrafo 59). De esta manera, más que un parámetro a considerar es un derecho que se debe garantizar.

Por lo anterior, el último recurso es la separación familiar (párrafo 60 y 61). Agrega que antes de recurrir a ella, el Estado debe proporcionar apoyo a quienes los tengan a su cuidado (padres/madres, tutores/as, entre otros/as), y que los motivos económicos no pueden ser nunca una justificación para proceder en ese sentido. De esta manera, solo se aplicará la medida cuando “la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no es suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del niño o un riesgo para la seguridad del niño” (párrafo 63), habiéndose evaluado la situación por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, de conformidad con el artículo 9 de la CDN, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el ISN, cuando ello sea posible (párrafo 64). Este apunte vale para la intervención judicial, última oportunidad que tiene un/a niño/a de superar la situación de crisis que enfrenta, que decidirá la separación de la familia solo como un recurso de última instancia y solo cuando el resto de soluciones no ha funcionado y no pueden funcionar.

En la misma línea va la imposibilidad de adoptar medidas que impliquen la separación de la familia fundado en problemáticas de tipo económico. Es una idea acorde con el modelo de Protección Integral que instaura la CDN, superador de cualquier modelo asistencialista o tutelar. Además, coloca el acento en la situación de garante en que se encuentra cada Estado Parte con respecto a los derechos de los/as niños/as.

El cuidado, protección y seguridad del/la niño/a forman parte de las obligaciones del Estado (art. 3, párrafo 2). Los términos protección y cuidado deben “interpretarse en un sentido amplio”, dado que su objetivo se expresa con “el ideal amplio de garantizar el ‘bienestar’ y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad” (párrafo 70). En efecto, este elemento garantiza que debe dotarse de una conceptualización extensa a la idea de protección y cuidado, lo que se relaciona con la caracterización del/la infante como sujeto de derecho especial, que viene dado por sus particularidades. Esta noción refuerza que en la determinación del ISN no solo se están en juego razones de naturaleza jurídica, sino que incorpora otras concernientes a otras áreas del conocimiento humano. Así, será necesario que en su abordaje exista una mirada integral, una que lo/a contemple como un sujeto en vías de desarrollo en todos los aspectos de su vida.

Asimismo se asegura que las decisiones acordes al ISN siempre atenderán a la situación de especial vulnerabilidad del menor. Por tal motivo, la determinación del ISN debe referirse al pleno disfrute de todos los derechos consagrados en la CDN como también a los contenidos en otras normas de derechos humanos relacionadas con esas situaciones específicas, como los contemplados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otros instrumentos (párrafo 75). En otras palabras, junto al catálogo de los derechos de la infancia, habrá que tener en cuenta todos aquellos instrumentos que consagren derechos humanos.

La atención a la vulneración hace que el ISN sea diferente en el caso de cada niño/a y de sus circunstancias. De esta forma, “las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única”. Por ello debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño/a desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de su desarrollo (párrafo 76). En sí, se hace alusión a que la situación que vive cada niño/a es

única y particular, siendo las condiciones ambientales que lo/a rodean y su contexto familiar e histórico lo que lo/a hacen conformarse como un individuo.

Asimismo se hacen dos apuntes sobre derechos básicos como la salud o la educación. Sobre el derecho del/la niño/a a la salud, establece que en caso de existir “más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez”. Para lo anterior él/ella debe estar informado/a y así, dar su consentimiento fundamentado. Por último, establece que todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un/a niño/a en particular o un grupo de niños/as deben respetar su ISN en lo atinente a la educación (párrafo 79).

Finalmente, se asienta en el instrumento que no “todos los elementos serán pertinentes en todos los casos”, pudiendo utilizarse “de diferentes maneras”. De esta forma, “el contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general”. Es decir que la “lista” de parámetros aportada por la OG es una suerte de presupuestos mínimos, ni excluyentes ni únicos, aunque para algunos casos será pertinente la invocación de algunos de ellos, o de todos, pudiendo a su vez otorgarles diferentes grados de preeminencia, dependiendo de las circunstancias. Lo expuesto refuerza que en la determinación del ISN prima la fundamentación que justifica la utilización de tal o cual elemento, lo que permite delimitar, como ya se ha dicho, la discrecionalidad del/la que decide.

Ahora bien, cuando los aludidos parámetros de la evaluación del ISN entran en conflicto, se deben ponderar para determinar la solución que lo satisfaga de mejor manera (párrafo 80). Así, podrán existir situaciones en las que factores de "protección" que afectan al/la niño/a hayan de valorarse en relación a medidas de "empoderamiento", casos en los cuales será “la edad y madurez del niño” las que deben guiar el balance de los elementos, considerando que sus capacidades evolucionan y ello requiere que las medidas puedan revisarse o ajustarse (párrafos 81 y siguientes).

Ante ello, siguiendo a Cillero (1999, p. 130), la CDN acude a la ponderación como instrumento para resolver este tipo de situaciones. El interés de los/as niños/as tiene un valor jurídico eminentemente instrumental en la decisión acerca de un derecho aislado o conflicto entre derechos, siendo siempre lo más relevante determinar el derecho o derechos en juego, en cuya solución el criterio concluyente es precisamente el de su interés. A este respecto, agrega Couso (2004, p. 46) que una forma de soslayar arbitrariedades se encuentra en la reserva judicial y en la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

Finalmente, y en síntesis, establecida la dimensión del ISN como principio y, consecuentemente como concepto jurídico indeterminado, llegamos ineludiblemente al tema de la discrecionalidad. Es en virtud de ella que los/as operadores/as judiciales, especialmente los/as jueces/zas, cuentan con libertad para decidir en el ámbito que les concierne. Lo anterior nos condujo a dar por establecido que ella cuenta con aspectos negativos y positivos, los cuales deben sopesarse de tal manera que permita dotar de contenido al ISN. Para ello advertimos que con una adecuada fundamentación se logra configurarlo. De este modo, el aporte que entrega la OG número 14 nos permite contar con directrices objetivas para determinar cuál es el ISN para un caso concreto.

4.2.3 ISN como norma de procedimiento

El Comité de los Derechos de los Niños entiende también el ISN como norma de procedimiento e implica que el Estado debe asegurar las garantías procesales necesarias para hacerlo efectivo en cualquier decisión que pueda afectar a un/a niño/a en concreto, a un grupo de ellos/as, o a la niñez en general.

De esta manera, la OG número 14 establece que “para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial a que se atienda, se deben establecer y aplicar algunas salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades” (párrafo 85). Así, agrega que “los Estados deben establecer procesos oficiales, con garantías procesales estrictas, concebidos para evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, incluidos mecanismos de evaluación de los resultados.” (párrafo 87).

Lo anterior cobra sentido en cuanto los remedios procesales que se implementen dentro de los ordenamientos deben tender a realizar completamente el ISN. Así, esta directriz no solo aporta elementos y lineamientos que deben ser considerados en su determinación y evaluación, sino también en la forma que ese/a niño/a será parte en el procedimiento. De lo contrario nos encontramos con mecanismos que solo pretenden dar cumplimiento al imperativo que establece la CDN pero de manera enunciativa. El gran desafío que imprime el citado instrumento en esta dimensión, como contenedor de las dos anteriores, es que también aquí se los/as trate como sujetos de derecho, debiendo generar a su vez los dispositivos que permitan comprobar su cumplimiento. Y ello se logrará estableciendo los adecuados procedimientos (especialmente el jurisdiccional), que recojan, en cada una de las etapas, sus voces; además de la configuración de los Estados Parte de los instrumentos que sean necesarios para verificar que estas garantías efectivamente se cumplan.

Asimismo, la OG número 14 enumera -aunque no en forma taxativa, sino como presupuestos mínimos que se deben contemplar para dar cumplimiento a lo sugerido en los párrafos anteriores- una serie de “salvaguardias y garantías” que necesariamente se deberían observar para la determinación del ISN, que son: el derecho del/la infante a expresar su propia opinión; la determinación de los hechos; la percepción del tiempo; los/as profesionales cualificados/as; la representación letrada; la argumentación jurídica; los mecanismos para examinar o revisar las decisiones; la evaluación del impacto en los derechos del/la niño/a, y la evaluación del impacto en los derechos del/la niño/a. Todas estas nociones, que se abordarán sucintamente a continuación, cobrarán especial interés a la luz de las ideas que serán desarrolladas en el segundo apartado de esta investigación.

Al respecto, se puede decir que el derecho del/la niño/a a expresar su propia opinión, se presenta como “elemento fundamental del proceso”, puesto que, como ya se dijo, una adecuada comunicación que involucre a los/as protagonistas siempre tenderá a desembocar en un resultado más provechoso y una mayor sensación de justicia en el menor. Así, lo que se busca no es que se recabe su opinión únicamente en el momento de adoptar alguna medida, sino que se plantea una intervención activa durante todo el proceso, con lo que sería necesario mantenerlo/a informado/a acerca de los diferentes pasos que se irán dando, a

la vez de las opciones disponibles en uno u otro sentido; teniendo que incorporar toda “información proporcionada por los niños y pedirles opinión” (párrafo 89).

La manera en que se ejercita este derecho en un procedimiento jurisdiccional no puede ser limitado al cumplimiento de un check list. En otras palabras, este no se traduce en que el/la infante sea conducido/a como un invitado en un asunto que le atañe de modo directo, con una injerencia que no debe episódica, sino que ésta debe ser protagónica y constante. En consecuencia, le corresponde a los/as jueces/zas mantener un conocimiento o contacto personal, directo y actualizado de las condiciones en las que se encuentra cada niño/a durante el proceso, y los intereses que mantiene de acuerdo a la situación en que se encuentra. La OG número 14 establece el imperativo de que se le informe adecuadamente y en consideración a sus características en qué consiste el procedimiento, hacia dónde se dirige, cuál es su objetivo y, sus etapas, entre otras cosas.

A ello se suma que si la opción del/la niño/a de expresar su opinión se lleva a cabo a través de un representante, constituye obligación de la persona que ejerza ese rol comunicarla de manera fiel y precisa. Si hubiera conflictos entre ellos/as, se deberá “establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad a fin de determinar otra fórmula de representación (por ejemplo, un curador *ad litem*), si es necesario” (párrafo 90).

En cuanto a la determinación de los hechos, la información necesaria debería ser obtenida a través de “profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del ISN”; y una vez recogida, tendría que ser verificada y analizada para elaborar un panorama ordenado y adecuado, que permita evaluar la decisión que mejor se ajuste al ISN (párrafo 92). De este modo, los/as operadores/as que reúnan los antecedentes para dar inicio al procedimiento deberán conocer la naturaleza del conflicto y sus especiales características, dadas las particularidades del/la protagonista, que exigen una formación profesional e idónea a ese respecto. Ello les permitirá identificar los aspectos que son conformadores de la problemática y despejar aquellos que no aportan a la resolución del conflicto.

Por otra parte, la percepción del tiempo resulta relevante pues infantes y adultos/as no advierten el transcurso del mismo de igual manera, con lo que la demora de los procesos “tienen efectos particularmente adversos” en el desarrollo de la vida de los/as primeros/as. En consecuencia, resultaría conveniente “dar prioridad a los procedimientos o procesos” que se encuentren relacionados con ellos/as o los/as afecten de algún modo, y “ultimarlos en el menor tiempo posible”. En efecto, en los casos en que se ven envueltos/as niños/as cobra especial importancia la consigna “la justicia que tarda no es justicia”. Así, una tutela efectiva de los derechos deberá tener en cuenta el tiempo que transcurra para la resolución de los conflictos que se conozcan en sede jurisdiccional, y particularmente en los procedimientos que son objetos de esta investigación. Es por ello que resulta necesario también considerar que “las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables”, a medida que “el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión”, requiriendo que ellas sean examinadas periódicamente en función “de su percepción del tiempo, la evolución de sus facultades y su desarrollo (art. 25)” (párrafo 93).

Un elemento clave en la puesta en marcha efectiva de la OG es la existencia de profesionales cualificados. Se pretende que quien/es intervenga/n durante el proceso puedan establecer las características y necesidades del/la niño/a, que sean personas especializadas en infancia y adolescencia y en cada grupo de edad específico porque forman parte de un “grupo heterogéneo”. Asimismo, el proceso se desarrollará “en un ambiente agradable y seguro” y, en la medida de lo posible, dirigido por un equipo multidisciplinario” (párrafo 94).

Así, la exigencia que impone la directriz no solo da cuenta de la necesaria intervención de especialistas en el tema al inicio del procedimiento, sino también durante su desarrollo. Esta es una clara señal de que son los Estados los principales obligados al establecimiento de medios procesales que logren darles el trato que corresponde, lo que se extiende también a las condiciones ambientales o de infraestructura. Sin embargo, no basta con que las dependencias en donde se lleven a cabo los procedimientos sean disfrazadas, pintándolas con colores, llenándolas de dibujos en las paredes, o poniendo a disposición juegos, pues ello significaría menospreciarlos en su condición de titulares de derechos. Por el contrario, debe tomarse como la instauración de espacios físicos “para” ellos, no desde la

visión externa de lo que podría tornar más “amable” la instancia, sino adecuando el entorno de modo tal que se adecúe a su grado de madurez.

La representación letrada adecuada del/la niño/a presupone que cuando se lo/a someta a un procedimiento judicial o administrativo, él/ella disponga “de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, [especialmente] cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión” (párrafo 96). Lo anterior, supone necesariamente que ese profesional cuente también con la capacitación específica en relación a temas de infancia. Cabe recordar que en estos casos las problemáticas no tienen esencialmente una naturaleza exclusivamente jurídica, por lo que la caracterización del conflicto y la resolución del mismo teniendo en cuenta el ISN hace necesario de una intervención más bien holística o integral.

En relación a la argumentación jurídica, “cualquier decisión sobre ellos” debe estar “motivada, justificada y explicada”. Así, en la motivación se deben señalar explícitamente “todas las circunstancias de hecho referentes al niño; los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su ISN; el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el ISN”. Debiendo en el caso en que la “decisión difiere de la opinión del niño ... exponer con claridad la razón por la que se ha tomado”. Esta salvaguardia procesal apunta hacia la limitación del uso de la discrecionalidad por parte de los/as operadores/as que intervienen en la situación de todo/a niño/a, en el caso en estudio, los/as jueces/zas. De esta manera, se evita el riesgo de tomar decisiones arbitrarias, carentes de motivación o de decisiones estandarizadas. Vimos ya que la clave se encuentra situada en la fundamentación al momento de resolver un conflicto que les atañe. Ello ayuda a visualizar los elementos que permitieron evaluar y determinar la configuración del ISN, evitando así decisiones que no lo tienen en cuenta o que se limitan a enunciarlo sin precisar a qué se refiere.

La directriz hace especial hincapié en la utilización del lenguaje claro⁸⁶. Esto es, que el lenguaje que se utilice durante el procedimiento resulte comprensible especialmente

⁸⁶ Liefwaard (2020, p. 325) hace alusión a la noción de que las sentencias que se dicten en ámbito del Familia sean emitidas en un lenguaje adaptado para niños/as. Esto como una manifestación efectiva del

los/as niños/as. Lo anterior, implica que el alcance y repercusión de la decisión que se adopte deben ser comprendidas por la persona a la que van dirigidos. Aquí también podemos advertir que la exigencia establecida es alta. El objetivo del procedimiento no se agota necesariamente con la resolución del conflicto, sino que impone que, de alguna forma, tenga sentido para sus protagonistas, más allá de que se comparta o no el resultado. Esto es una señal que da el instrumento en orden a que la tutela de los derechos de la infancia se logra si se les puede explicar, y consecuentemente aquéllos/as comprender, el contenido de lo que se decide; idea que cobra más sentido si se recuerda que son sujetos de derechos y titulares de los mismos. De esta forma, si se utiliza un lenguaje claro, los/as niños/as lograrán entender los alcances del procedimiento, sus propósitos y objetivos, y cuáles son las consecuencias que este podrá generar en su vida. Así, informados, se garantizará que puedan tomar decisiones en el mismo, solicitar diligencias, ofrecer prueba, entre otras cosas, y en definitiva, elegir de acuerdo a los que ellos consideren más convenientes para sus intereses, participando efectivamente como protagonistas en el procedimiento.

Este instrumento también alude a la circunstancia de que la resolución pueda responder al ISN pero sea contraria a la opinión del/la niño/a, o a lo que considera es su deseo central, de lo que se colige que ella no debe tomarse como vinculante para quien emite la decisión del conflicto. Ello es del todo atendible ya que la intención de recoger sus opiniones en los términos que han sido expuestos en este apartado, se orienta a que sean tratados/as como partes en el procedimiento, en definitiva para la configuración del ISN. En consecuencia, si se termina por decidir en este sentido, es decir, de forma adversa a la deseada por el/la infante, lo que debe de hacerse es fundamentar debidamente la resolución, a la vez que comunicársela de manera efectiva para que comprenda las razones de la postura adoptada.

Otra cosa es que si, excepcionalmente, “la solución elegida no atiende al ISN, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el ISN fue una consideración primordial, a pesar del resultado”, debiéndose “detallar de forma explícita

derecho de participación. Agrega que es un concepto bastante nuevo y da ejemplos de experiencias en los Países Bajos.

todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular”. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el ISN no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones (párrafo 97).

En cuanto a los mecanismos para examinar o revisar las decisiones, son los Estados quienes deben prever los medios o instancias necesarias a los que se pueda recurrir cuando “alguna parezca no ajustarse al procedimiento oportuno de evaluación y determinación” del ISN. Estos mecanismos deben “darse a conocer al niño” por sí o por medio de su representante “si se considera que se han incumplido las garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas. El órgano revisor ha de examinar todos esos aspectos” (párrafo 98). De esta forma, la directriz incorpora como exigencia la existencia de medios de impugnación, como garantía procesal de una instancia de revisión, para lo cual, las medidas que se hayan adoptado para la determinación y concreción del ISN permitirán el ejercicio de contraste en una instancia superior. Este derecho al recurso puede ser entendido como un mecanismo para la limitación a la discrecionalidad, dado que la verificación del cumplimiento de parámetros objetivos y concretos.

En la misma línea de lo establecido previamente, también es importante que en la instancia revisora también los/as jueces/zas sean profesionales idóneos/as y capacitados/as en el área de infancia, y que cuenten con la asesoría necesaria a este respecto. De esta manera, se garantiza que cuenten con las competencias y habilidades necesarias para determinar y evaluar el contenido del ISN. De lo contrario es posible arriesgarse a un conflicto de perspectivas y de paradigmas. Lo primero, porque no se operará de un modo integral, ya que como se expuso la problemática no es de naturaleza exclusivamente jurídica, pudiendo dar como resultado uno que atente contra las exigencias hasta aquí descritas, en clara afectación del debate y la resolución de las situaciones que conciernen a niños/as. Lo segundo, ya que es una evidente señal de que el procedimiento o mecanismo se encuentra formulado sin situar al/la niño/a como protagonista, pues no podrá “verse” en

dicha instancia, dado que no existirá quién recoja debidamente su opinión, perdiendo así su voz.

Finalmente, de una manera más genérica, se exige que en el diseño de políticas de infancia se evalúe el impacto en los derechos del/la niño/a y se garantice que se siga “un procedimiento que garantice que el ISN sea una consideración primordial”. De esta manera debe incorporarse a “todos los niveles y lo antes posible en los procesos gubernamentales de formulación de políticas y otras medidas generales para garantizar la buena gobernanza en los derechos del niño”. Lo anterior, debe hacerse por medio de diferentes metodologías y prácticas, que como “mínimo, deben utilizar la CDN y sus Protocolos facultativos como marco, en particular para garantizar que las evaluaciones se basen en los principios generales y tengan especialmente en cuenta los efectos diferenciados que tendrán en los niños la medida o medidas que se examinen”. Además, “la propia evaluación del impacto podría basarse en las aportaciones de los niños, la sociedad civil y los expertos en la materia, así como de los organismos públicos correspondientes, las investigaciones académicas y las experiencias documentadas en el propio país o en otros. El análisis debería culminar en la formulación de recomendaciones de modificaciones, alternativas y mejoras y ponerse a disposición del público” (párrafo 99).

En síntesis, la dimensión del ISN como principio ofrece la flexibilidad necesaria para adaptar las decisiones a las distintas circunstancias y situaciones en que pueda encontrarse el menor. Sin embargo, exige limitarla y controlarla por medio de una decisión que sea fundamentada y razonada. La OG aporta elementos para determinarlo y evaluarlo en el caso concreto, aportando parámetros que logran aterrizar el contenido del ISN. Estas nociones son fundamentales y deben ser consideradas al momento de la toma de decisiones judiciales. De esta manera, se consigue una objetivación del asunto, que ilustrará a los/as intervinientes acerca de los motivos y razones que tuvo el órgano resolutor para decidir de tal o cual modo. Estas son herramientas que de ser consideradas, porque limitan una posible arbitrariedad. Por otra parte, la dimensión del ISN como norma procedimental, nos permite encontrar cuales son los requerimientos mínimos con los que debe contar un procedimiento para reflejar efectivamente que el ordenamiento, y específicamente el jurisdiccional, trata a

los/as niños/as como sujetos de derecho especiales, titulares de los mismos. Estos resguardos apuntan a delineamientos en la faz externa del modo en que se resuelve.

4.3. El ISN en el ámbito jurisdiccional chileno.

El ordenamiento jurídico chileno se ha impregnado, en parte, del espíritu de la CDN y algunas de sus leyes han incorporado a sus articulados referencias al ISN, entre las cuales se identifican tanto legislación ordinaria, esta es la contenida en el *Código Civil*⁸⁷, como legislación especial, referida a la *Ley de Menores*, número 16618, publicada el 8 de marzo del año 1967; *Ley de Adopción*, número 19620⁸⁸, publicada el 5 de agosto de 1999 y *Ley de Responsabilidad Penal Adolescente*, número 20084⁸⁹, publicada el 7 de diciembre del año 2005. Por otra parte, en el ámbito procedimental, sólo se reconoce la ley mediante la que se crearon los Tribunales de Familia, la número 19968, publicada el 30 de agosto de 2004. También es cierto que ninguna de ellas aclara en qué consiste el ISN⁹⁰.

Desde el punto de vista de la presente investigación, que analiza la realización del ISN en la jurisdicción de familia chilena y, en especial, en el PEP, debe considerarse que la normativa internacional que hace alusión al ISN, como es el caso de la CDN y las Observaciones que la desarrollan, se aplica directamente y forma parte del ordenamiento jurídico del país. Hay que recordar que la Constitución Política de la República de Chile, establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del

⁸⁷ Dentro de la normativa interna del país, se puede identificar el ISN en el ámbito de lo civil relacionado con: los deberes y derechos de los padres; el régimen de cuidado personal o custodia; el régimen comunicacional o la relación directa y regular del padre quién no detenta los cuidados personales - también conocido como el derecho de visitas-; en la patria potestad, y en la facultad que tiene los padres de corregir a sus hijos. Estos ámbitos no serán abarcados dado que exceden el objetivo de esta investigación dado que no se encuentran relacionados con la hipótesis que hace necesario adoptar medidas de protección en el caso de niñas y niños la cual aparece contenida solamente en la Ley de Menores, 16618.

⁸⁸ Por otra parte, la ley sobre adopción de niños consagra una alusión expresa al ISN al señalar en su artículo 2 que reconoce expresamente que ella tiene por objeto “velar por el interés superior del niño”.

⁸⁹ La denominada ley reguladora de la responsabilidad penal adolescente establece en el artículo segundo “En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos”. De esta forma, la normativa descrita también hace alusión expresa al ISN.

⁹⁰ En ese sentido, Vargas (2001, p. 177) defiende que desde un punto de vista normativo chileno se trata de un *standard* jurídico, es decir, de un concepto jurídico indeterminado.

Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 5.2). Lo anterior, permite dotar de contenido y alcance al ISN haciéndolo aplicable dentro del ordenamiento jurídico chileno a la luz de las directrices que aporta la mencionada OG número 14 del Comité de Derechos del Niño en cuanto a los elementos que lo componen; en su determinación y evaluación.

En este epígrafe me interesa presentar aquella legislación que define el PEP objeto de esta investigación, esto es, la Ley de Menores, 16618 que contiene la normativa sustantiva, y la Ley que crea Los Tribunales de Familia, 19968 con un contenido procedimental. De esta manera, se podrá apreciar si en ellas se recoge el ISN, y en caso de hacerlo, en qué términos.

La primera de estas regulaciones, la Ley número 16618, del año 1967, denominada “Ley de Menores”, es en la actualidad la que establece tanto el contenido sustantivo de la hipótesis legal que motiva la adopción de una medida de protección en el orden jurisdiccional -por medio de un Tribunal de Familia- respecto de los/as niños/as, como las medidas de protección que pueden ser adoptadas en caso de que se reúnan los requisitos legales. Esta normativa no hace alusión al ISN.

De esta forma, el artículo 30 de la citada Ley establece que: “En los casos previstos en el artículo 8º, números 7) y 8)⁹¹, de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras⁹² de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. En particular, el juez podrá: 1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y 2) disponer el ingreso

⁹¹ Haciendo alusión a norma que atribuye competencia a los Tribunales de Familia para conocer de estos asuntos, siendo la establecida en el artículo 8 número 7) “Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o 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”.

⁹² La denominación “juez de letras” es resabio existente aun en la legislación chilena. Ésta buscaba distinguir aquellos tribunales que eran integrados por jueces abogados, de los que no.

del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial”.

De la norma antes expuesta se puede concluir que el/la legislador/a chileno/a no hace alusión al ISN como criterio a tener en cuenta en los casos que sea necesario adoptar medidas de protección de los niños/as. Tampoco se advierte que la legislación sustantiva relativa a la adopción de medidas de protección aclare cuáles son los elementos que se tendrán en cuenta para decidir. Lo que deja abierta la puerta a que se utilice como excusa para decidir sin criterios objetivos, sin elementos que los permitan evaluar y determinar, sin motivación o fundamentación, o con una que solo sea estandarizada, entre otras cosas. Algo especialmente relevante si tenemos en cuenta que la decisión en los Juzgados de Familia es oral y no por escrito.

No obstante, en dos de sus artículos parecería que se hace alusión en forma indirecta al ISN, en materia relativa a la suspensión o restricción del régimen comunicacional (art. 48, inc. 5 y 6), y a la autorización de salida del país (art. 49), respectivamente. En la primera de las normas, se establece que procederá la suspensión o restricción cuando “manifiestamente perjudique el bienestar del hijo”, para lo que deberán acompañarse “antecedentes graves y calificados que lo justifique”. Por otra parte, en la segunda de las normas, se consagra que el/la juez/a podrá otorgar la salida del país a un/a niño/a en los casos que “no pudiere otorgarse o sin motivo plausible se negare la autorización” para lo cual “tomará en consideración el beneficio que le pudiere reportar”.

De esta manera, se puede observar que si bien se utilizan términos como “bienestar del hijo”, supeditándolo a la determinación del/la infante para acceder a ello o no, o “beneficio que le pudiere reportar”, en ambos casos se alude al modelo tutelar o de la situación irregular, dado que el contenido se muestra más estrecho, limitado e invalidante. Es cierto que esto no debería resultar llamativo, ya que la ley en estudio data del año 1967, época que -como ya fue explicitado-, la noción de ISN no existía como tal y que, de ser utilizado un término semejante, no contaba con las implicaciones que actualmente trae consigo de reconocimiento de los derechos de niños y niñas. Lo que no deja de sorprender es que no se haya promulgado ninguna ley posterior que se adecúe al estado de cosas vigente.

No obstante, la Ley número 19968, denominada “Ley que crea los Tribunales de Familia”, del año 2004, creó estas sedes judiciales en las que se resuelven las medidas de protección y sí hacen alguna mención al ISN. Al respecto, en el artículo 8.7 se indica que conocerán en “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o 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”. Por otra parte, establece al ISN como uno de los principios rectores del procedimiento⁹³. De esta manera, en el artículo 16 se prescribe: “Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”. Por último, consagra la hipótesis para aplicar medidas de protección jurisdiccionales al señalar en su artículo 68 que procederá para aquellos casos en donde “los derechos de los niños, niñas o adolescentes se encontraren amenazados o vulnerados”⁹⁴.

De esta manera, es posible concluir, en primer lugar, que la normativa sustantiva vigente se encuentra inserta dentro de un modelo tutelar, y si consideramos que Chile es estado parte de la CDN, de acuerdo a su propia Carta Magna se encuentra incumpliendo los imperativos contenidos en el instrumento internacional. Además, la normativa adjetiva o procedimental sí acoge al ISN, comprendiéndolo tanto como principio y como concepto jurídico indeterminado. Y ello hace aplicable lo hasta aquí desarrollado en torno a la discrecionalidad que trae aparejada, también en lo relativo a los mecanismos de control que deben ser implementados en miras a evitar la arbitrariedad en la que pueden incurrir los jueces. También es posible constatar que ni en la normativa sustantiva ni la adjetiva se han incorporado criterios o parámetros para determinar o evaluar el ISN. Sin embargo, la

⁹³ Ley de Tribunales de Familia, 19968, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de agosto de 2004.

⁹⁴ La Ley 19968 establece que ante los Tribunales de Familia se ventilan procedimientos denominados ordinarios y otros especiales. Respecto de los primeros se conocen asuntos como alimentos, cuidados personales, régimen comunicaciones, filiación, entre otros. En cuanto a los procedimientos especiales, distingue tres tipos, el Procedimiento Especial de Protección, el de Violencia Intrafamiliar y el Contravencional.

carencia descrita puede ser subsanada por medio del contenido de la OG número 14. En definitiva, se concluye que en el ordenamiento jurídico en estudio coexisten los modelos de protección tutelar y de Protección Integral de los derechos de la infancia, lo que genera algunas tensiones y dificultades para el resguardo efectivo de los derechos de la infancia. Así, no existe una señal clara por parte del Estado chileno en orden a definir la función que debe cumplirse con la adopción de una medida de protección, ya que no se encuentra asimismo definido bajo qué modelo se funciona.

5. La participación del niño y la niña.

En el siguiente apartado será analizada la noción de participación que es precisa para concretar el ISN, siendo ambos principios complementarios de acuerdo a lo que disponen las OG números 12 y 14. No debe perderse de vista que, como ya se ha manifestado repetidamente, es la realización ISN el objeto concreto de esta investigación, de manera tal que las nociones que serán desarrolladas en el presente epígrafe han sido seleccionadas como parte de los medios por los cuales se puede verificar dicha realización en los procedimientos jurisdiccionales, y más específicamente en el PEP.

La integración de la participación de los/as niños/as en los ordenamientos impone un gran desafío para la sociedad que aún entiende a la infancia como incapaz. La idea de que el niño y la niña deben participar en su vida y en la toma de decisiones que les afecten debe luchar contra el paternalismo que está presente en todas las políticas de infancia. Así es que cobran especial relevancia la existente noción de paternalismo jurídico como la del acceso a la justicia, debido a que esa postura tan imperante en el paradigma tutelar, hablando de lo primero, deberá adecuarse al de la Protección Integral, fijándose límites que consideren la especial condición de los/as infantes como sujetos de derechos. Y ello llevará necesariamente a la tarea de superar la creencia “a menor edad mayor paternalismo”. Además, la participación del niño en las decisiones importantes para él o para ella y el derecho a ser escuchado tienen que ver con el acceso a la justicia y el sentimiento de justicia. A la vez, ello se conecta con el acceso a la justicia, ya que implica una especie de “retirada”, liberando un espacio antes ocupado por el Estado. Es que tratándose de un

derecho humano⁹⁵, se hace necesario buscar “remedios efectivos con resultados equitativos” (Liefwaard, 2020, p. 333), lo que debe impulsarnos a atrevernos a pensar nuevas formas que garanticen la efectiva participación de estos sujetos en los procedimientos. Así, para que los/as niños/as accedan a la justicia, deben generarse mecanismos que les permitan ser protagonistas de todos los asuntos que los afectan, única forma que permitirá comprender que se está resguardando su ISN. Es decir, cautelando su participación se esta velando por cumplimiento del ISN.

Sobre la participación, la CDN la recoge principalmente en su artículo 12 y la desarrolla el Comité de los derechos de los Niños en la OG número 12, *sobre el derecho del niño a ser escuchado*, que -al igual que la número 14- ofrece elementos del todo necesarios para concretar la participación de los/as niños/as en los procedimientos jurisdiccionales, al dotar de contenido a la norma antes referida. De esta manera, comprendiendo las directrices que garantizan efectivamente que aquéllos/as sean escuchados/as, a fin de hacerlos/as partícipes en los procedimientos en los que se ven involucrados/as, se garantiza igualmente el respeto al ISN. Así, se logrará observar a primera vista que los elementos que deben ser considerados para garantizarlo mediante la citada OG número 12 coincidirían con los consagrados en la número 14, relacionada al ISN. Sin embargo, los contenidos de estos elementos, la mirada con que deben ser analizados, difieren, ya que el foco está puesto en diferentes escenarios, aunque con el mismo objetivo. Luego, y con el mismo propósito, será confrontado el contenido del artículo 12 de la CDN con lo dispuesto en el artículo 5, esto es, la conceptualización de la autonomía de derechos de los/as niños/as, lo que permitirá ver como se conjuga la noción de participación con el desarrollo evolutivo propio de los/as integrantes de este grupo y la manera en que van adquiriendo graduales competencias.

Finalmente, será explicitado cómo se recoge la participación de la infancia dentro del ordenamiento en estudio. Lo anterior, permitirá visualizar cuál es el estadio en que se encuentra la niñez al enfrentar procedimientos judiciales y, más específicamente, el PEP.

⁹⁵ En estos términos Cappelletti y Garth (1996, p. 13 a 14) plantean, en cuanto a que el acceso a la justicia “se puede considerar como el requisito más básico -el derecho humano más fundamental-, en un sistema igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”.

5.1. La participación y su relación con las nociones de paternalismo jurídico y acceso a la justicia

En el capítulo anterior se desarrollaron varias cuestiones de la OG número 14 sobre el ISN, consagrado en el artículo 3 de la CDN. Asimismo, el propio Comité -como ya fue anunciado- deja en claro que éste se debe entender como complementario al artículo 12 de la CDN, que hace referencia al derecho del/la niño/a a ser escuchado/a en la toma de decisiones que afecten a su vida. De hecho, afirma que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”⁹⁶. Esto es, en la definición del ISN debe ser escuchado el/la niño/a como una forma esencial de hacerle participar en esas decisiones y en la definición de su propia vida.

Dado lo expuesto, esto es, los vínculos indisolubles entre ambos principios, es necesario para asegurar la efectiva realización del ISN en el PEP, desarrollar la noción de participación de la infancia en los asuntos que los atañen, circunscribiéndolo al ámbito judicial. Para ello, es ineludible comprender qué significa; qué es aquello que comprende; cómo está regulada y cuáles son sus manifestaciones. Ello nos permitirá concretar su alcance y contenido para que, en la segunda parte, se cuente con los elementos necesarios para determinar cómo se promueve la participación del niño en el PEP. Luego, como ya ha sido explicitado, la vulnerabilidad de la infancia los hace candidatos para que todo sea decidido “por ellos” y “sin ellos” en los asuntos que los afectan, abriendo la puerta al paternalismo jurídico. Dado lo anterior, se hace necesario esclarecer si este, en alguna medida, se justifica en estos casos y cómo. Delimitado ello, podremos entonces, enfrentar la relación entre la participación y el acceso a la justicia de estos grupos de la sociedad. Y lo planteo de esta manera, porque esta es una temática que presenta dificultades en el contexto de los niños/as. La determinación de su significado permitirá, al momento de analizar si en el PEP se realiza el ISN, cómo se concreta el acceso a la justicia en el caso de la infancia en ese procedimiento jurisdiccional, y si este es efectivo y resulta garantizado.

⁹⁶ OG número 14, párrafo 43.

Para empezar, es preciso evidenciar la gran novedad que aporta la CDN⁹⁷, que además de recoger los derechos de protección y promoción, incorpora los derechos de participación de cada niño/a; lo que reafirma una vez más que se los debe considerar como verdaderos y legítimos sujetos de derecho. A partir de ello, se podrá afirmar que el término participación cuenta con muchas acepciones, pero desde la perspectiva de la CDN, se debe tomar aquél que implica la posibilidad del/la niño/a de ser escuchado/a a fin de emitir opinión, debiendo ser ésta considerada en el escenario en que se encuentre. Freeman postula que quien cuenta con el derecho de participación puede ejercitar su acción, mutar el lugar donde se encuentra, decidir qué quiere en su vida, entre otras cosas⁹⁸. En este sentido, postula el autor (2007, p. 8) que “los derechos son importantes porque aquellos que los tienen pueden ejercitar su acción. Son agentes de decisión. Son personas que pueden negociar con otras que son capaces de alterar relaciones o decisiones, que pueden cambiar sus posiciones o restricciones. Y ahora también hay clara evidencia que incluso los más jóvenes pueden hacerlo...como agentes los titulares de derechos pueden participar. Pueden armar sus propias vidas en vez de tener sus vidas hechas por otras. La participación es un derecho humano fundamental. Nos habilita a demandar derechos”⁹⁹.

Asimismo, Liebel (2012, p. 130) plantea que debe “entender[se] la participación tanto como un modo de individualización -más libertad- como de socialización -más pertenencia- y poner especial atención en la relación que puede haber entre ambas perspectivas. En este sentido, podemos comprender la participación como una posibilidad u oportunidad del individuo de ganar mayor margen de acción, más poder e influencia en una sociedad ‘inequitativa’ y ‘no libre’ -liberación, empoderamiento-, pero también como posibilidad u oportunidad del individuo de escapar de una posición marginal y de lograr más reconocimiento social y mayor ‘pertenencia’ -inclusión, tener-parte-”. En otras palabras, la participación implica poder decidir por más, por menos, por estar, o no, por ser libre en las propias decisiones. En definitiva, el poder elegir.

⁹⁷ En estos términos Gaitán (2010, p. 2).

⁹⁸ Freeman (2007, p. 8 y ss.).

⁹⁹ Agrega el autor que “obviamente, estaremos mejor habilitados para hacerlo si tenemos libertad de expresión, así las ortodoxias (por ejemplo, sobre los niños y a sus habilidades y capacidades) pueden ser desafiadas; libertad de asociación, así los conocimientos pueden ser alimentados; libertad de información. Es común negarles a los niños estas tres”. Freeman (2007, p. 8) (traducción propia último párrafo).

En lo que respecta a su regulación, lo que comprende y cuáles son sus manifestaciones, es cierto que la Convención no hace referencia expresa a la participación. Esta no se encuentra prevista directamente en esos términos, sino que se recoge indirectamente a través del derecho del/la niño/a a expresar libremente su opinión en toda cuestión que lo/a afecte, a la vez que deberá ser escuchado/a en todo procedimiento judicial o administrativo que le concierne (artículo 12, incisos 1 y 2). Esto repercute en definitiva en un mayor acceso a la justicia y en la realización de un juicio justo como se establece en el artículo 40 (2) de la CDN (en relación con menores que delinquen). De esta forma, es posible identificar que pese a la inexistencia de una alusión expresa a la participación, la CDN consagra artículos que se refieren a ella. Estos son los relativos a los derechos a la libertad de expresión (art. 13), a la libertad de conciencia, religión y pensamiento (art. 14), a la libertad de asociación y de reunión pacífica (art. 15) y de acceso a la información (art. 17). Así, el derecho a ser escuchado/a es uno de los que forman parte de los derechos de participación de los/as niños/as (Liefwaard, 2020, p. 326).

Todas estas manifestaciones de la participación de los/as infantes en los asuntos que les conciernen, se traduce en su real empoderamiento o emancipación como sujetos de derechos¹⁰⁰. En este sentido, Cordero (2005, p. 371) plantea que “el colapso de infancia hegemónica y discurso de derechos de ‘la infancia’ nos muestra lo indispensable de la superación de tal discurso de derechos, es decir, de dar con un discurso emancipador de los derechos de niños y niñas”. De esta manera concluye que “ningún discurso es emancipado si no es originado por, y en, aquéllos a quienes está llamado a emancipar; en este caso, si no es de los niños y las niñas... no se les puede ceder sus derechos a los niños y niñas, sino que ellos deben ser autodefinidos por unos y otras”¹⁰¹. Ahora bien, hay una resistencia a aceptar esta idea. Por un lado, porque los adultos no se creen que niños y niñas cuenten con las

¹⁰⁰ Cordero (2005, p. 371).

¹⁰¹ De este modo agrega Cordero que “en este sentido, su derecho más básico es el derecho a definir sus derechos y a no ser definidos (en sus derechos, pero no solo en sus derechos). El derecho a definir se puede resumir en el derecho a la autonomía, es decir, a gobernarse por sí mismos. En cuanto al derecho a no ser definidos (contracara del derecho a definir), se refiere al reclamo de opacidad que surge de la humanidad de niñas y niños, humanidad que convierte en un intento de colonización cualquier pretensión (adulto) de leer y escribir transparentemente a niñas y niños. Como parte del derecho a no ser definidos, es especialmente relevante el derecho a no ser definidos por la ciencia, en particular, el derecho a recurrir el desarrollismo como discurso (científico) autorizado para hablar por y para los niños y las niñas, y para delimitar, controlar y, en lo que toca al derecho, normar sus vidas. Pero el derecho a no ser definidos también para por resistir las definiciones con que los adultos, huérfanos de definiciones, insisten en significar sus propias vidas, a partir de la canonización de los ‘los niños’” (2005, p. 371 y ss).

condiciones que les permitan ejercitarla. Por otro lado, por la idea de la vulnerabilidad de la niñez, que terminaría por colocarlos/as en una situación de desprotección. Estos factores, representan distintos modelos, así es posible constatar aquellos que se mantienen en la incorporación de una participación que es de carácter infantil, y aquellos, que por el contrario, cuentan con el ímpetu de querer reinterpretar esa concepción, atreviéndose a generar uno nuevo. Esto es, uno que le dé un espacio real y concreto a la participación de la infancia dentro de las sociedades (Gaitán, 2010, p. 3). De esta forma, la noción de participación de la infancia en los asuntos que los atañen al ámbito judicial, implica la idea de permitirles decidir y optar entre las alternativas que se presenten, única manera que permitirá consecuentemente atender al ISN de ese/a niño/a en un caso concreto.

Pues bien, es relevante tratar la vinculación que existe entre la participación con la noción de paternalismo jurídico, por un lado, y, por otra, con la de acceso a la justicia. Lo primero, porque el/la juez/a cuenta con un rol decisorio, y en el ejercicio del mismo puede caer en las descritas ideas de representación del temor social o en la preocupación por la vulnerabilidad de este grupo. Lo que puede traer aparejado que, con la creencia de proteger al/la infante se incurra en prácticas paternalistas, que les limite su posibilidad de elegir o decidir. Lo segundo, porque el acceso a la justicia “implica el empoderamiento legal de los niños y las niñas y el acceso a mecanismos de justicia y recursos que sean sensibles a sus derechos e intereses” (Liefwaard, 2020, p. 334). Es decir, a los/as niños/as se les debe garantizar su efectiva participación en los asuntos que los atañen, lo que se traducirá necesariamente, en asegurar y cautelar un mayor acceso a la justicia. De este modo, la relación entre estas nociones es de tipo proporcional.

Más precisamente, se entiende por paternalismo jurídico “la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma” (Garzón, 1988, p. 155). Éste viene siendo arrastrado desde concepciones anteriores del derecho, en el que se concebía un rol del Estado mucho más participativo y activo en la vida de los ciudadanos a los que entiende como incapaces, y que tiene como efecto limitar su participación. Esta actitud se advierte con mayor peso en lo que a los/as niños/as se refiere, porque siempre desde una visión negativa, se los/as trató (y aún se lo sigue haciendo) como especiales sujetos dentro de la sociedad, miembros de un grupo vulnerable. En este sentido,

González (2006, p103 y ss) plantea que “ligadas a la noción de la minoría de edad podemos identificar por lo menos dos intuiciones profundamente arraigadas: por un lado, una tendencia hacia la protección de los pequeños y por otra parte, la idea de incapacidad, de carencia de algo. Desde el surgimiento del concepto de infancia la inclinación natural a la defensa de los niños se ha extendido de los primeros años en los que la vulnerabilidad y dependencia son más evidentes, hasta lo que hoy conocemos como adolescencia”.

La integración de la noción de participación de la infancia en los ordenamientos jurídicos presenta una cierta complejidad sobre “cómo ha de garantizarse esta protección sin violar la autonomía y respetando la dignidad del niño” (González, 2006, p. 103). De esta forma, para su implementación y concreción, requiere de la adopción de ideas innovadoras que permitan entender a los/as niños/as como sujetos de derecho, valorando además que son un grupo de la sociedad que cuentan con intereses legítimos y particulares. Se hace necesario también superar toda posición que contemple que son sus condiciones las que generan el problema. De ese modo, se debe cambiar el foco de atención, situándolo hacia el rol que debe desplegar el Estado para garantizar que sean agentes de decisión. Y aquello se consigue al otorgar, generar y asegurar mecanismos que recojan la voz de la infancia dentro de sus ordenamientos, como única que permitirá superar la instalación de la CDN como una mera declaración de principios. Una vez que ello se haya logrado, podremos hablar de un paternalismo jurídico que no limite el ejercicio de los derechos de los/as niños/as, sino que se dirija a protegerlos/as efectivamente como a todo ser humano, pero siempre comprendiendo que ellos cuentan con un sustrato normativo de protección más amplio que el de los/as adultos/as. Entonces, para la incorporación de esta noción de participación, se entiende necesaria una “amplia sensibilización y de acciones orientadas a cambiar la visión que se tiene de los niños: de sujetos extraños y peligrosos, a seres humanos que andan abriéndose paso en una vida para la que ni siquiera la experiencia adulta vale, porque todos la estamos descubriendo” (Gaitán, 2010, p. 12).

Así pues, resulta fundamental el balance adecuado que se logre entre participación y paternalismo jurídico. Esto constituirá, por una parte, un cimiento básico para poder afirmar que el derecho de participación de la niñez es respetado y garantizado y, por otra parte, permitirá dar cuenta de que existe una consonancia entre la participación y las demás

disposiciones de la CDN que ordenan a los Estados Parte la promoción y protección activa de sus derechos en cada uno de los ámbitos locales. Sin dejar de lado la idea de que la mejor protección que se puede ofrecer al menor es la de hacerle partícipe en las decisiones que sean importantes para su vida.

Las ideas previas nos pueden dar una idea de cómo la participación consolida el acceso a la justicia. En cuanto a qué es el acceso a la justicia, vale decir, aporta Ortiz (2017, p. 406), que “el acceso a la justicia en las Constituciones que postulan un Estado de derecho social moderno se transformó de un derecho de protección judicial formal del quejoso a litigar o defender una reclamación, a un derecho realmente accesible para todos, que requiere de una acción afirmativa del Estado, ya que el disfrute de los derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación”. De lo anterior se debe entender entonces que la mera enunciación del derecho de acceso a la justicia dentro de un ordenamiento jurídico resulta insuficiente, puesto que se lo debe complementar con el garantizar y permitir su eficaz ejercicio en la práctica, lo que en verdad demostrará su efectivo reconocimiento y su correcta implementación. Y una de las formas de implementar adecuadamente el acceso a la justicia es fomentando la participación del ciudadano.

En ese sentido, se torna relevante la idea de eficacia (o efectividad) traída por Bidart Campos (1988, p. 75), que entiende que el/la titular de un derecho “ha de quedar legitimado para que se reconozca su disfrute y su ejercicio, ha de disponer paralela y simultáneamente de vías idóneas a través de las cuales hacerlo valer, defenderlo, lograr su reconocimiento, impedido o postergado, y reparar su violación”. Ello, aplicado a este derecho en particular, lleva a la idea de acceso a la justicia efectivo, lo que implica “el reconocimiento o legitimación de los individuos nacionales o extranjeros para acudir a los tribunales para hacer valer, defender, impedir o reparar la violación de sus derechos” (Ortiz, 2017, p. 418), a la vez que se debe entender también como “aquel que es planeado para servir a la gente común, tanto actores como demandados...con jueces activos que emplean expertos legales y técnicos. Debe tener además la capacidad de resolver disputas que incluyan relaciones complejas y continuas” (Cappelletti y Garth, 1996, p. 81).

Más concretamente, sobre la noción de participación de los/as niños/as en los procedimientos jurisdiccionales en los términos que plantea la CDN, hay que considerar

diversas problemáticas relacionadas con el acceso a la justicia¹⁰². Por una parte, está la concepción de capacidad civil que se tiene de los menores de edad dentro de los ordenamientos jurídicos, que, generalmente, presupone la idea de que son incapaces y que no se pueden valer por sí mismos. Por otra parte, las características del aparato judicial, que posee un lenguaje propio y experto, en el que participan técnicos/as o profesionales que manejan códigos propios, se desarrolla en ambientes pensados en adultos/as, entre otras. Lo que en sí dificulta que estos sujetos de derecho puedan acercarse o acceder al sistema. Y por último, existe la falta de empatía hacia este grupo por parte de la sociedad, se ha concretado en que los niños/as no tengan acceso “a recursos imparciales, puntuales y efectivos”¹⁰³. En este sentido Liefwaard (2020, p. 334) plantea que las “barreras legales a nivel nacional o local, incluyendo, por ejemplo, la incapacidad procesal de los niños [las que se] deben someter a [un] análisis crítico”¹⁰⁴. En este sentido agrega que la “complejidad de los sistemas de justicia y la falta de sensibilidad hacia niños/as” todo lo cual “dificulta bastante el acceso y participación efectiva de los niños/as en los procesos” (Liefwaard, 2020, p. 335).

Se colige de lo expuesto, que las dificultades que enfrentan los/as niños/as en un procedimiento judicial necesariamente se relacionan con las características del mecanismo que genera el Estado para resolver las problemáticas que enfrentan. Estas nociones son dependientes, ya que el mecanismo que se genere para recoger el impulso procesal; el modo en que éste se implemente; la ritualidad que se utilice; las calidad y capacidades de los profesionales que intervengan; entre otros aspectos, son todos relevantes para evaluar si

¹⁰² En estos términos, en “Acceso de los niños a la justicia. Informe del Alto Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/25/35.” 16 de diciembre de 2013, p. 4 que indica “observando los distintos obstáculos que dificultan el acceso de los niños a la justicia, como el desconocimiento de los derechos del niño, las restricciones al inicio de las actuaciones o a la participación en ellas, la diversidad y complejidad de los procedimientos, la desconfianza en el sistema de justicia, la falta de capacitación de los funcionarios correspondientes, la discriminación de jure y de facto, determinadas normas culturales y sociales, el estigma que sufren los niños asociados con determinados delitos y las barreras físicas”.

¹⁰³ ACNUDH, Acceso de los niños a la justicia. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/25/35. 16 de diciembre de 2013, p. 3.

¹⁰⁴ De esta manera el autor señala que existen “barreras legales específicas a las que se enfrentan los niños y las niñas debido a su minoría de edad, así como a su (supuesta) inmadurez o incapacidad. Muchas jurisdicciones nacionales, como punto de partida, no reconocen la capacidad legal de los niños y las niñas y, subsecuentemente, tampoco su posición legal y a contar con un abogado en su nombre. Esto tiene implicaciones para el sistema de derecho familiar nacional y puede ser particularmente problemático en caso de conflicto de intereses entre el niño o la niña y su padre, madre o tutor legal” (Liefwaard, 2020, p. 334).

este remedio adjetivo satisface realmente sus necesidades. De este modo, Liefaard postula que “existe una relación clara entre el acceso a la justicia y el derecho a un recurso efectivo. La definición de acceso a la justicia gira en torno a la capacidad de obtener remedios. Esto implica que el niño debe tener acceso a la justicia para ejercer su derecho a un recurso efectivo” (Liefaard, 2019, p. 200).

Ahora bien, las dificultades constatadas son de tal magnitud que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha exhortado a los Estados a que “adopten medidas para eliminar todos los posibles obstáculos para el acceso de los niños a la justicia”. Destaca entre ellas que puedan iniciar “actuaciones judiciales por la vulneración de sus derechos”; accedan a solución de controversias por medio de mecanismos alternativos; cuenten con asesoramiento letrado; se utilice un lenguaje que les permita comprender de una manera adecuada a su edad y madurez; se obtenga su “consentimiento informado” para las “decisiones, de forma acorde con el desarrollo de sus capacidades”; se aumente la “sensibilización de la población respecto de sus derechos” y, puedan “expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan”; las personas que trabajan con la infancia sean capacitadas; sean implementados los espacios adaptados para ellos; entre otros¹⁰⁵.

De este modo, se puede concluir que medidas como las descritas dan cuenta de la necesidad de acoger e implementar estándares específicos¹⁰⁶. Ello plantea un desafío para los sistemas de justicia, al invitarlos a replantear el modelo vigente y a implementar mecanismos dirigidos a garantizar el acceso de los/as niños/as a la justicia no de manera eufemística, sino real. De esta manera concluye Liefaard (2019, p. 201) que “el acceso a la justicia puede tener diferentes formas y el derecho a un recurso efectivo puede garantizarse mediante el acceso a procedimientos judiciales, pero también a través de procedimientos administrativos y otros procedimientos formales o informales”. Asimismo, es necesario

¹⁰⁵ ACNUDH, Acceso de los niños a la justicia. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. A/HRC/25/35. 16 de diciembre de 2013, párrafo 13. p. 7.

¹⁰⁶ En este sentido Liefaard postula que los mecanismos adoptados deben ser aún más específicos. En su texto desarrolla la idea de sensibilización respecto de la situación de los niños/as por parte de la sociedad y a la adopción de un lenguaje y justicia amigable. Sistematiza el contenido del informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas respecto del acceso a la justicia de los niños/as. Finalmente, indica que es función de la academia desarrollar estudios en relación a la noción de acceso de justicia y de los elementos que la componen. De esta manera se garantiza que es observada realmente como un derecho humano (2019, p 225).

“reflexionar sobre los procedimientos judiciales nacionales y sobre la posición específica de los niños y las niñas en ellos” (Liefwaard, 2020, p. 337).

Atendido lo expuesto, no queda más que adentrarse ahora en la participación propiamente dicha, que como se consignó previamente, se encuentra previsto en el artículo 12 de la Convención a través del derecho a ser escuchado y a expresarse libremente.

5.2 El derecho de los niños/as a ser escuchados/as y expresarse libremente (artículo 12)

En el apartado anterior, fue explicitada la participación de la infancia en los asuntos que le conciernen a través dos nociones que permitieron introducirla como un tópico relevante para el desarrollo de esta tesis. De un lado, el paternalismo jurídico al que se encuentran expuestos los niños/as dentro de los sistemas judiciales, los puede exponer a que se tomen medidas sin que ellos puedan manifestar su opinión. Motivo por el cual es necesario lograr un balance adecuado entre esta tendencia paternalista y el derecho que tiene los niños/as de participar en asuntos que les incumben. Por otra parte, el acceso a la justicia para este grupo social es un aspecto complejo, porque si no es adecuadamente abordado, los puede arriesgar a problemáticas que les dificulten hacerse presente en forma real y efectiva en los procedimientos jurisdiccionales como sujetos de derechos. Lo que hace necesario implementar mecanismos específicos para que les permitan acceder a la justicia. Ahora bien, limitados estos contornos de la participación entre el paternalismo y el acceso a la justicia resulta de vital importancia ver el alcance de su concreción en la CDN a través del derecho a ser escuchado como mecanismo de participación.

De esta forma, es útil observar cómo la Convención configura el contenido del art. 12 con una lógica diferente a la que emplea para consagrar otros derechos de la infancia. Por su parte, la OG número 12, *sobre el derecho del niño a ser escuchado* aporta directrices relevantes para comprender la dimensión del derecho a la participación en sede jurisdiccional y ofrece medidas que buscan hacer efectiva la participación de los niños/as. Así, podremos analizar el contenido de los numerales de la norma de un modo más comprensivo. Para ello, la doctrina nos permite definir la existencia de estándares en la participación, de un modo similar a cuanto hace con el ISN. En otras palabras, estas también pueden ser leídas como dimensiones, lo que se ajusta al sistema de Protección

Integral instaurado por la CDN, es decir, a uno que busca el desarrollo holístico del niño/a. Asimismo, serán identificados, con el fin de asegurar la participación de los niños en los procedimientos judiciales en las decisiones finales, consideraciones en el grado de su participación y en relación a su derecho de defensa. En definitiva, es preciso exponer tanto los estándares como aquellas formas que garantizan este derecho para que, cuando sea evaluado el PEP en la segunda parte de esta investigación, contemos con parámetros que nos permitan determinar si en este se realiza el ISN.

Como fue expuesto, la participación de la infancia requiere de la generación de remedios específicos que sean pensados en la medida de los niños/as. Es un imperativo insoslayable si estamos pensando que el deseo de la sociedad es superar los estigmas que existen respecto de ella, y valorar en positivo las características inherentes de la infancia. Así las cosas, la CDN configura la participación desde la perspectiva del niño/a. Aludiendo directamente a una forma que no se identifica en la conformación de otros de los derechos que esta consagra. En este sentido, Freeman (2006, p. 274 y 275) plantea que la CDN reconoce un gran número de derechos, muchos expresados en términos de derechos en sí mismos (como el de la libertad de expresión, de pensamiento, de asociación, seguridad social, educación) y otros conceptualizados como obligaciones de los Estados (como la disposición que trata el abuso sexual¹⁰⁷). Agrega el autor que si bien muchos de ellos se centran en lo que los adultos/as y el Estado deben garantizar a los niños/as a la luz de lo que consideran como sus necesidades, de manera significativa el artículo 12, en su primera parte, manda a que se “aseguren al niño capaz de formar sus propios puntos de vista el derecho de expresarlos libremente, en todas las materias que lo afecten, y que a esas perspectivas les sea otorgado el debido peso de acuerdo con la edad y la madurez del niño”¹⁰⁸, y luego en la segunda, ello se aplica a los procesos judiciales y administrativos

¹⁰⁷ La CDN establece en su artículo 19 número 1 que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

¹⁰⁸ En ese sentido el autor postula que, es de gran importancia un artículo como el 29 de la CDN relativo a la educación de las niñas y niños, y hacia donde debe estar encaminada, concluyendo que, ha de ser dirigida, *inter alia*, hacia el desarrollo de su personalidad, el desarrollo del respeto a los derechos humanos, la preparación del niño para una vida responsable y el inculcamiento de la tolerancia. Como disposición que enfatiza la elección y que ve a la educación en términos amplios, es un reconocimiento de los derechos de los niños en su sentido más general. (Freeman, 2006, p. 274 y 275).

que los enrolen. Por lo tanto, la forma utilizada en la CDN en relación al derecho de participación de los niños/as en los asuntos que le concierne es diferente a la que utiliza en la consagración de otros derechos. Aquí la óptica está centrada en la persona del niño/a, lo que se traduce en que su opinión es determinante para obtener una resolución efectiva al conflicto que se está conociendo en sede judicial.

De ahí que la tarea se torne dificultosa hasta nuestros días puesto que la participación cuenta con contenidos que son paradójicos. Por un lado, se promueve que sean reconocido sus derechos para decidir, tener libertad y que puedan ejercerlos por sí mismos y, por otro lado, se mantienen la lógica, ya antes expuesta, que los ve como desvalidos, vulnerables, sujetos demandantes de cuidados. Como señala Bernuz (2005, p. 70), aun nos encontramos “determinados [por] esquemas de pensamiento dominantes”, dentro de los cuales se haya la noción de que los derechos de la infancia deben protegerse porque los niños/as están en una situación de vulnerabilidad, pero al mismo tiempo, debe promoverse su autonomía¹⁰⁹.

Sin embargo, es justamente con motivo de esa pugna que se da no sólo en el terreno teórico sino en la práctica, que se debe prestar especial atención a lo previsto en el artículo 12 siempre teniendo presente la relación de complementariedad existente entre el ISN y la participación. En ese sentido, Bernuz (2015, p. 76) señala que, en relación al derecho de todo niño/a a ser escuchado/a, “el Comité de derechos del Niños defiende que es uno de los cuatro derechos esenciales de la CDN junto con el derecho a no ser discriminado, a la vida y al desarrollo, y la consideración del ISM como prevalente”, lo que coloca “de relieve que este artículo (12 de la CDN) no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”¹¹⁰, en especial el mencionado ISN en tanto particular interesado¹¹¹. Es que, en sí, la norma en cuestión busca cambiar el concepto de niño/a considerándolo como sujeto de derechos, lo

¹⁰⁹ En su análisis la autora se circunscribe a la situación de los adolescentes infractores y su el derecho a ser escuchado, centrándose en “la importancia que tiene la forma en que se realiza, por su trascendencia en la percepción de la justicia por los menores y por la influencia en la obediencia espontanea de las normas y decisiones judiciales”.

¹¹⁰ Como lo establece el Comité de los derechos del Niño, en su Observación general número 12 (2009), el derecho del niño a ser escuchado, epígrafe 2.

¹¹¹ En estos términos la Observación general número 14 (2013), el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

que aclara el Comité de los derechos del Niño en la OG número 12 (2009, p. 5) al señalar que “apunta a la condición jurídica y social del niño que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto, pero, por otro, es sujeto de derechos”.

De esta manera, la OG número 12 establece que se está avanzado en la “elaboración de leyes, políticas y metodologías destinadas a promover la aplicación del artículo 12”, reconociendo que se ha ido extendiendo la práctica de conceptualizarlo en sentido amplio como "participación"¹¹², lo que no aparece del propio texto, como ya fue expuesto. Plantea la directriz que el término “ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños/as puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos” (párrafo 3). Todo lo anterior, debido a que “las opiniones expresadas por niños/as pueden aportar perspectivas y experiencias útiles para adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como al realizar labores de evaluación” (párrafo 12).

De este modo, como se ha venido sosteniendo, la noción de participación requiere de la adecuación de los sistemas de justicia para que permitan que efectivamente los niños/as puedan manifestar sus motivaciones, creencias, necesidades y demandas. En esta misma línea de pensamiento Liefwaard sostiene que “se relaciona directamente con el núcleo del reconocimiento de los niños y niñas como titulares de derechos bajo el amparo del derecho internacional de los derechos humanos” (Liefwaard, 2020, p. 325). Asimismo, expone Bernuz (2015, p. 73) que la contemplación del derecho a ser escuchado entre los derechos de la infancia avanza en la consolidación de la participación y supone un paso más en la integración social presente y futura de los niños y las niñas.

Y lo cierto es que ello supone indefectiblemente, por parte de los adultos/as, un reposicionamiento frente a los niños/as, toda vez que escucharlos/as implica modificar la perspectiva de que únicamente se tratan de receptores de sus determinaciones, para pasar a

¹¹² La OG número 12 establece que: “El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños” (párrafo 13).

considerarlos como personajes relevantes en el campo de la toma de decisiones que los tienen por objeto, aunque sea a través de una incidencia indirecta. Y es que el artículo 12, en palabras de Archard (1993, p. 67 y 68), se presenta como antipaternalista al establecer que es el niño/a el mejor juez/a en cuestiones que le puedan afectar.

Ahora bien, me gustaría recordar que el mencionado artículo 12 determina que: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”.

En esa misma línea, la citada OG número 12 establece que los Estados partes tienen la obligación de reconocer y garantizar dos derechos respecto de los niños/as. Por una parte, el “derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan” y, por otra el “derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño” (párrafo 15). De esta manera, deberán “garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente” en su sistema judicial o legislativo, respectivamente (párrafo 15). Agrega que “para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación” (párrafo 16), para lo cual el tendrá toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su ISN.

A este respecto, la OG establece que, en aplicación del artículo 12, se deben adoptar medidas para “hacer realidad efectivamente el derecho del niño a ser escuchado” (párrafo 40 y siguientes). En concreto, habrá que tomar medidas en la preparación del juicio; en la audiencia; en la evaluación de que el niño/a sea capaz de formarse un juicio propio; en la consideración de su opinión y, en el acceso a justicia.

Así dispone que, en el momento de la preparación, el responsable de escucharlo debe asegurarse que está informado sobre su derecho y de “los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese” (párrafo 41, parte inicial); comunicar “la opción” de

dar su opinión “directamente o por medio de un representante” (párrafo 41) y las consecuencias de su decisión y, prepararlo, antes que éste sea escuchado, “explicándole cómo, cuándo y dónde se lo escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del niño a ese respecto” (párrafo 41, parte final). En otras palabras, la medida pretende que el niño/a sea informado, en un lenguaje que sea comprensible, de lo que ocurre en este procedimiento judicial, de cada una de las etapas y las consecuencias de las decisiones que vaya tomando. Ello garantizará que le sea otorgado un tratamiento acorde a su condición de sujeto de derechos.

Por otra parte, en el momento de la audiencia, el niño/a debe estar seguro de que “el adulto responsable de ella está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que haya decidido comunicar” (párrafo 42, primera parte). Para ello el profesional debe contar con las competencias que le permitan empatizar con el menor a través de una conversación y, en todo caso, prefiriendo sea una audiencia “en condiciones de confidencialidad” (párrafo 43). Será preciso establecer espacios y momentos procesales que permitan que ello ocurra. Al tiempo que será preciso hacer un esfuerzo especial en utilizar un registro de lenguaje que le permita comprender su situación.

También se deberá evaluar si “el niño es capaz de formarse un juicio propio” (párrafo 44) de manera razonable e independiente. Para lo cual el encargado de adoptar decisiones debe “tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión” (párrafo 44). En este sentido, deberá preverse una instancia que permita valorar las condiciones de ese/a niño/a y dotar de objetividad la decisión. Como ya ha sido expuesto, la CDN no establece que su opinión sea vinculante. Sin embargo, si promueve que ésta ocupe un lugar relevante en el análisis que se despliegue respecto de la situación del niño/a. Lo anterior de tal forma que garantice que la decisión que sea adoptada sea motivada, en el sentido que se haya hecho cargo de las opiniones del niño/a y contenga las razones que conducen en hacer eco o no a la misma.

La importancia de que el menor tenga el sentimiento de haber sido escuchado queda patente cuando se indica que se debe informar al niño, por “el encargado de adoptar decisiones” (párrafo 45), del resultado del proceso y explicar “cómo se tuvieron en consideración” (párrafo 45) sus opiniones. De esta manera se garantiza que su palabra se

toma en serio y no por “mera formalidad” (párrafo 45). Esta información, en un procedimiento judicial, puede movilizarlo a presentar “una apelación o una denuncia” (párrafo 47). Se trata de una medida que supone un desafío para el poder judicial que deberá establecer espacios procesales que permitan dar cumplimiento a tal cometido. Los procedimientos judiciales no los contienen dado que se presuponen que los intervinientes podrán comprender como se tuvieron en consideración sus demandas. Así, esta medida refleja que la sentencia no se basta a sí misma, sino que debe aquí también tenderse a que el lenguaje que se emplee sea accesible.

Por último, el menor debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para hipotéticas violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben ofrecer seguridad al menor, proporcionar mecanismos que garanticen a los niños que al utilizarlos no se exponen “a un riesgo de violencia o castigo” (párrafos 41 a 47). Medida que se encuentra necesariamente relacionada con las nociones formuladas y explicitadas previamente en lo relativo al acceso a la justicia. Así, la OG plantea que los ordenamientos deberán formular nuevas formas que garanticen a los niños, no solo interponer denuncias, sino, además, hacer uso de medios de impugnación (párrafos 46 y 47).

En síntesis, estas medidas muestran que la implicación de la participación del niño/a en el procedimiento jurisdiccional es amplia en su concreción e implementación. Exige que sean adoptados mecanismos que hagan efectivos los derechos de la infancia. Algo en lo que coincide con lo que Alto Comisionado de las Naciones Unidas refiere en relación al acceso a la justicia de la infancia¹¹³ y con lo dispuesto en el Tercer Protocolo Facultativo de la CDN (2014) relativo al procedimiento de comunicaciones que protege expresamente el derecho de los niños a buscar reparación a las violaciones de sus derechos¹¹⁴. De esta forma, Liefaard plantea en la misma línea que los conceptos de justicia adaptada para niños/as y de acceso a la justicia “ha[n] dado razones a los estados reflexionar sobre los procedimientos judiciales nacionales y sobre la posición específica de los niños y las niñas

¹¹³ Términos en que lo consagra el citado instrumento en el párrafo 13, p. 6. En este sentido, lo sintetiza también Liefaard (2019, p. 325).

¹¹⁴ Instrumento promulgado en Chile el 7 de septiembre del año 2015.

en ellos. Esto ha tenido implicaciones en la forma en que se debe mirar a los niños y a las niñas en los procedimientos de tribunales familiares a nivel nacional” (2020, p. 336)

Ahora bien, el artículo 12.1 de la CDN ordena a los Estados implementar las medidas necesarias para no sólo escuchar la opinión del niño/a en toda cuestión que le compete, sino también a tomarla en consideración, atendiendo a su “edad y madurez”. Es algo que implica que se tendrán que adecuar los medios de interpretación a las formas de expresión de cada sujeto en particular. De esta forma, la OG 12 en su párrafo 19 consagra que “esa obligación se compone de dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones”. Esto requerirá, consecuentemente, del desarrollo de capacidades técnicas y de equipos multidisciplinarios que se encuentren en condiciones de descifrar, en su caso, las opiniones comunicadas, por ejemplo, de maneras no verbales¹¹⁵. En este sentido, Bernuz plantea que el Comité de los derechos del Niño rechaza el establecimiento de edades mínimas para hacer realidad el derecho del niño/a a ser escuchado/a. Considera que el niño/a tiene capacidad para formarse opiniones desde muy temprana edad y que el hecho de que no pueda expresarlas verbalmente no significa que no haya que tenerlas en cuenta. Se trata simplemente de buscar mecanismos para comprender el significado de gestos, reacciones corporales o gritos (2015, p.74). Y en esa misma línea, será necesario que los responsables de escuchar al niño/a y los padres o tutores le informen de “los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias” para que pueda opinar y decidir (párrafo 25).

La segunda parte de la norma, traslada las cuestiones previas al ámbito judicial y/o administrativos que intervenga con niños y niñas, donde también se deberá coleccionar e incorporar a los respectivos análisis su opinión. Asimismo, prevé que si la opinión del menor no puede recabarse de manera directa, se deberá hacer por medio de representante/s. Así la OG número 12 amplía las cuestiones relacionadas con la escucha del menor a todos los procedimientos judiciales “que afecten al niño, sin limitaciones...tanto los iniciados por el mismo o terceras personas” (párrafo 32 y 33, respectivamente). Establece a este respecto que para que la escucha sea eficaz, el entorno no debe ser “intimidatorio, hostil, insensible

¹¹⁵ Lo anterior se ve nítidamente establecido en el párrafo 21 de la OG número 12.

o inadecuado para su edad” y los procedimientos serán “accesibles y apropiados” (párrafo 34). Agrega que “debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños/as, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas” (párrafo 34).

Lo anterior se traduce en un concepto de justicia pensado en las necesidades de la infancia, desde ellos y para ellos. Adquiere relevancia entonces que en su formulación se recoja su mirada y así evitar en una noción de justicia infantilizada¹¹⁶. No es relevante cómo vemos los adultos a los niños/as y como pensamos que el tránsito por el aparato judicial pueda ser más ameno, sino cómo ellos realmente lo logren vivenciarlo para concretar uno que cumpla con tal propósito. Asimismo, adquiere relevancia, al igual que para la determinación y evaluación del ISN la idea de escucha. La utilización de un lenguaje adecuado a la edad y madurez del niño/a. De esta manera se logra garantizar que comprenda el alcance de las decisiones que sean adoptadas respecto de su persona. Señal de que se lo toma en serio y se le respeta. Ahora bien, sobre la cuestión, explica Couso (2006, p. 153) que este derecho no se satisface simplemente consultando la opinión de los niños/as en algún punto del proceso, sobre alternativas delineadas de manera previa, sino que lo que se exige es “ofrecerles la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo protagonistas de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida)”. Así, agrega que será de una mejor calidad una decisión que haya adoptada considerando la opinión del niño/a y señala que “esa dramática diferencia de ‘calidad’ en la decisión (aun si resulta ser la misma), dada por el respeto o no de la dignidad y autonomía del niño, justifica los mayores esfuerzos que en cierto sentido implica para la política de la justicia de familia contar con el tiempo y las capacidades profesionales necesarios para dar efectiva participación al niño en la construcción del caso y la toma de decisiones” (Couso, 2006 p. 154). De ahí que deba entenderse su opinión como relevante

¹¹⁶ Término acuñado por Gaitán bajo la nomenclatura modelo de participación infantil, dado cuenta que estas sería la característica actual del mismo (2010, p. 3).

para la resolución que se adopte, opinión que a su vez adquirirá mayor relevancia cuanto más grande de edad sea el niño/a.

En concordancia con lo ya esbozado, Couso explica que existen estándares que deben cumplirse para verificar que el derecho del niño a ser escuchado fue considerado en el marco de las decisiones jurisdiccionales. De esta forma reconoce uno de tipo sustantivo, otro jurídico-procesal, y por último uno procedimental.

Así, el estándar sustantivo se relaciona con el tener que tomar debidamente en cuenta la opinión del niño/a (conforme lo mandado en el numeral 1), lo que en definitiva impone conferirle a esa voz -o cualquier otra forma de expresión- un “peso especial” para el caso de que entre en conflicto con algún aspecto fijado por algún otro principio¹¹⁷. Y tal como expone Couso (2006, p. 155), ello no quiere decir que el asunto se deba resolver conforme lo que “el niño quiere, pero sí ... a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por él”; lo que se evaluará conforme la edad y la madurez del sujeto en cuestión, pues “es perfectamente posible que un adolescente de 16 o 17 años, con suficiente madurez, le confiera un mucho mayor peso a la alternativa que en abstracto parecía la menos ventajosa, inclinando la balanza en su favor”.

El segundo de esos estándares, es decir, el jurídico-procesal, se materializa en la fundamentación que debe hacer el juzgador/a en la sentencia, considerando esa opinión del niño/a. Esto se traduce en la explicitación que tendrá que hacer la persona que decida en cuanto a cómo se recoge la voz del niño/a; cómo esta es significada y qué valor se otorga a la misma. En ese sentido, explica el citado autor que en sí, este parámetro conduce a que se dé “cuenta de la forma en que el tribunal tomó en cuenta la opinión del niño, confiriéndole ese especial peso” del que se habló anteriormente, lo que a su vez se vincula con el derecho del niño/a a la defensa en juicio, puesto que se podrá impugnar cualquier decisión que ignore sus manifestaciones de manera infundada (Couso, 2006, p. 156).

¹¹⁷ Idea extraída de Alexy (2008, p. 92 y ss.).

En cuanto al tercer y último estándar, Couso (2006, p. 157) indica que el carácter procedimental se aprecia cuando se ofrece al niño/a “la posibilidad efectiva de participar en la construcción del caso, desde sus inicios hasta la sentencia”, lo que -como ya se dijo- no se debe limitar a que se consulte su opinión de manera aleatoria “una o dos veces en el proceso”, respecto de opciones ya predeterminadas, a las que también se pudieran arribar a partir de decisiones tomadas en etapas prejudiciales. En especial, agrega, aquellas que “pueden determinar si es judicializado o no problema que afecta a una niña o niño, buscando una medida jurisdiccional compulsiva para las partes; sobre las adopción de medidas cautelares que el tribunal adoptará; sobre el diagnóstico al que se someterá al niño; sobre las personas que serán citadas o a quiénes se oirá para examinar las opciones existentes y finalmente, sobre la decisión que se adoptará por parte del tribunal, decisión que en cualquier caso suele ser revisable, con lo cual el niño deberá tener la posibilidad de opinar sobre la revisión, mantención o cambio de la decisión adoptada” (Couso, 2006, p. 158).

De esta forma, todos estos estándares permitirán concretar la participación del niño/a en los procedimientos jurisdiccionales ya que lo dotan de contenido al fijar parámetros objetivos los cuales deben cumplirse para garantizar su efectivo cumplimiento.

Por otro lado, en cuanto a las formas en que ha de asegurarse la participación del niño/a en las decisiones finales que se adopten, Couso (2006, p. 157) destaca dos consideraciones relacionadas con el grado de participación del niño/a y con el derecho del afectado a su defensa en juicio (Couso, 2006, p. 157).

En cuanto al grado de participación, Schonfield y Thoburn (1996, p. 18 y 19) plantean que este enfoque presupone una escala que da cuenta de diferentes niveles de participación que se le puede dar al niño/a, y que describen como de: i. Involucramiento directo en el diseño de la medida; ii. “Poder delegado”, entendido como que el afectado/a delega a la autoridad el control y diseño de la medida; iii. “Codecisión” o *partnership* entre el afectado/a y la autoridad; iv. Participación significativa del afectado/a pero con mayor peso para el criterio de la autoridad; v. Intervención del afectado/a en menor medida que el anterior; vi. Consulta, lo que implica que la autoridad decide sola, pero previamente consulta la opinión del afectado/a sobre las diversas alternativas posibles, sus ventajas e

inconvenientes; vii. Mantener plenamente informado al afectado/a, sin entregarle parte en la decisión; viii. Apaciguamiento, lo que se traduce en informar al afectado/a sólo en la medida necesaria para evitar sus protestas; y, ix: Manipulación, que hace a que la autoridad maneje la información en forma engañosa, para obtener cierto respaldo por parte del afectado/a, que ignora realmente lo que está sucediendo.

Asimismo, concluyen que la participación del niño/a en “la construcción y decisión de su caso pasa prácticamente por todos los niveles de la escala, en distintos momentos del proceso”. Algo que garantiza su participación plena en la interacción con todos los agentes involucrados en el caso, permitiendo así que “unos y otros se va[ya]n formando sobre las opciones más convenientes para resolver el caso (...) en una dinámica que tiende a flexibilizar posiciones y ampliar visiones, tanto en los primeros como en el niño, con mayores posibilidades de que en la decisión del asunto por parte del tribunal el niño logre identificar su propio aporte y visión” (Schonfield y Thoburn, 1996, p. 18 y 19).

En cuanto a la defensa en juicio, señala Couso (2006, p. 158) que ver la participación del niño/a de este modo exige involucrarles constante y continuamente en las diversas etapas del proceso, al menos informándolo/a de cada medida que se adopte, debiendo estar sus intereses debidamente representados en forma técnica. De hecho, la garantía del derecho a una defensa técnica por medio de la designación de un abogado/a como medio para asegurar el derecho del niño/a a ser oído/a, viene reconocido por la propia CDN¹¹⁸ y por los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los cuales se destacan a la Convención Americana sobre derechos humanos y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (Millán y Villavicencio, 2002, p. 67).

En definitiva, la CDN estipula un modo de participación amplio o extenso, en el sentido de que se busca que la opinión del niño/a tenga cabida en cada situación que genere impacto en su vida, y especialmente en lo que a temas jurisdiccionales o administrativos concierne, que de por sí generalmente llevan a cambios, hitos y vuelcos en aspectos sensibles e importantes en el desarrollo de las personas. De ahí que se pueda aseverar, ya sin dudas, que mediante esta norma otorga al niño/a la verdadera condición de sujeto de

¹¹⁸ El Artículo 12.2 de la CDN se refiere a este aspecto del derecho a la defensa, al hacer referencia a la intervención del niño en todo procedimiento judicial o administrativo, también por medio de un representante. El Artículo 40 de la misma resulta más explícito.

derecho, dejando atrás el paradigma del sistema tutelar, en el que se podría decir que la voz del adulto/a suplía la del infante mismo; y que ello debería ser observado e incorporado por todos los Estados Parte en sus legislaciones locales y, sobre todo, en la práctica de las instituciones que intervengan con niños y niñas.

Ahora bien, no obstante lo anterior, lo cierto es que la cuestión del estatus que se le otorga al niño/a desde la óptica jurídica trae aparejadas una serie de cuestionamientos que pueden hacerse a nivel teórico y práctico con respecto a ciertos aspectos que se vinculan de manera necesaria e intrínseca, como es el caso de la capacidad civil; todo lo cual se desarrollará más hacia el final del estudio, pero que introduzco a fin de tenerlo presente.

5.3 El principio de autonomía progresiva y la protección del menor

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

Así, podemos aseverar que dicho instrumento establece el principio de autonomía progresiva de los niños/as, como verdaderos sujetos de derecho, y no sólo de la óptica jurídica sino también desde cualquier otro punto de vista posible. Se trata de un principio que Couso (2006, p. 151) explica como el ir otorgando a niños y niñas en forma gradual un mayor protagonismo en la definición de sus vidas, conforme a sus preferencias.

Explica Cillero (1999, p. 207) que la CDN cambia el modo como se veía a los niños/as hasta su aprobación, dado que no los define “por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad”. De esta manera plantea que “ser niño no es ser ‘menos adulto’, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o

subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica”.

De la citada norma se debe entender entonces que a los padres y madres del niño/a, o adultos responsables de su cuidado en general, se les reconoce la facultad, el derecho y el deber de impartirle dirección y orientación adecuadas para que aquél/la pueda ejercer sus derechos, lo que irá variando conforme vayan desarrollándose las facultades y competencias propias de cada sujeto. Por tal motivo, no será semejante el ejercicio de sus derechos que pueda hacer un niño/a de ocho años, que el que se le otorgará a un adolescente de dieciséis (Couso; 2006, p. 150). De esta manera, la OG número12 establece que “cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones” (párrafo 84).

Asimismo, más allá de la previsión en sí misma, se debe entender, como lo hace Mc Cormick (1988, p. 293 y ss.), que a fin de garantizar la facultad de ejercer derechos de forma autónoma, y con ello evitar que bajo la máscara de “los derechos de los niños/as” se les prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de sus vidas, se cuenta con la facultad que por regla general acompaña a todo derecho, que es la de renunciar a ejercerlo. Aunque como bien sostiene Garzón (1988, p. 155), ello admite una excepción, que es la imposibilidad de ejercer esa facultad de renuncia en los casos de paternalismo jurídico justificado.

De esta manera, la posibilidad de renuncia a la autonomía, si bien se prevé para el/la propio/a titular de derechos, en verdad funciona esencialmente como límite para el resto de las personas. Es que contar con esa facultad habilita a la persona a decidir cuándo y cómo ejercer sus derechos y especialmente, en casos de colisión entre algunos de ellos, determinar qué opción es la que prefiere, qué renunciaciones o sacrificios parciales de ciertos intereses desea hacer, en favor de la salvaguarda actual o futura de otros que considera más importantes. Es por ello que lo que desde fuera podría percibirse como la renuncia de un

derecho, desde el punto de vista interno del sujeto normalmente se entiende como la definición libre de un determinado orden de prioridad de sus intereses; de modo tal que, si no se reconoce al/la titular de derechos esta facultad, se somete a esa persona al peligro permanente de que otros/as decidan sobre su vida de acuerdo con sus preferencias¹¹⁹.

Ahora bien, tal como plantea Freeman (2006, p. 251), resulta relevante atender a la ponderación que debe hacerse entre autonomía y paternalismo. Así, señala que en el reconocimiento de los derechos del niño/a se deben contemplar tanto las necesidades que por su especial vulnerabilidad no pueda satisfacer por sí mismo/a, como el respeto debido a su autonomía, actual o futura, que comparte como característica de humanidad con el resto de las personas (y que él reconocerá presente de forma habitual a los 7 años y de forma mayoritaria a los 10 años). Ahora bien, son límites infranqueables aquellos actos que puedan poner en peligro de forma grave esa propia autonomía presente o futura.

De esta manera Cillero (1999, p. 210) señala que al aplicar esta idea, surge “la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no le adjudica una autonomía plena, debido a consideraciones de hecho -que tienen que ver con su madurez- y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de los niños/a como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres”. De ahí que nazca la noción de paternalismo jurídico justificado, como contracara de la autonomía de la que se viene hablando, pero como herramienta necesaria para la debida atención de los derechos de cada niño/a, conforme lo normado en la CDN.

En ese sentido, señala también Freeman (2006, p. 271) que es necesaria la “aceptación de las intervenciones en las vidas de los niños para protegerlos en contra de acciones irracionales. Pero lo que se ha de considerar como “irracional” debe estar estrictamente limitado. No debe permitirse que se inmiscuyan los valores subjetivos del presunto protector”. De esta manera plantea que “no debemos ver una acción como irracional a menos que sea manifiestamente tal en el sentido de que socavaría futuras opciones de vida y dañaría intereses de modo irreversible” (Ibid., p. 272), quedando fuera

¹¹⁹ Interpretando lo expuesto por Couso (2006, pp. 145-166). En el mismo Freeman (2007, p. 8) y McCormick (1988, p. 293 y ss.).

de estas acciones las faltas que cualquier persona puede cometer¹²⁰. Es por ello que “la prueba de “irracionalidad” debe también estar limitada de manera que justifique la intervención sólo hasta el punto necesario para evitar el daño inmediato, o para desarrollar las capacidades de elección racional por las cuales el individuo pueda tener una oportunidad razonable de evitar esos daños” (Freeman, 2006, p. 272 y ss). De hecho, es frecuente entender, en general, que la justificación de las medidas paternalistas se encuentra en la consecución de la autonomía de la persona, aunque luego se marquen diferencias respecto a qué se quiere decir exactamente con ello y cómo se puede conseguir. Así, por ejemplo, Garzón (1988, p. 168) señala como componente “ético normativo” necesario para considerar como justificada una medida paternalista, que ésta se realice para superar el déficit provocado por una incompetencia básica “justamente en aras de la autonomía y la igualdad”.

En esa línea, también postula Fanlo (2011, p. 123 y siguientes.) que considerar al niño/a como sujeto dotado de derechos de libertad implica una ruptura respecto de la concepción anterior, para la que solo la adquisición de la mayoría de edad transformaba de forma automática, que de ser mero espectador de las decisiones sobre su vida, a cargo de terceras personas, pasaba a ser el arquitecto, director y responsable de la misma. Y es que, en definitiva, el nuevo paradigma plantea -como ya se dijo- que durante la infancia, y a medida que se va desarrollando la persona, aquélla debe contar con espacios en los que pueda ejercer libremente sus derechos. De manera que se tendrán que ir aumentando progresivamente esos espacios reservados para las decisiones personales, y acotando las injerencias de otros, hasta alcanzar la mayoría de edad. Agrega la autora que por ello resulta importante analizar las justificaciones detrás de las medidas de tutela o paternalistas “que comportan una limitación de la libertad y de la autonomía del menor (...) bajo una óptica consecuencialista, en la conveniencia de evitar un daño, o satisfacer un interés, a favor del niño destinatario de la intervención paternalista” (Fanlo, 2011, p. 123 y 124).

¹²⁰ Plantea el autor en este sentido que “no podemos tratar a las personas como iguales sin respetar también su capacidad de asumir riesgos y de cometer errores. No estaríamos tomando los derechos en serio si sólo respetáramos la autonomía cuando consideráramos que el agente está haciendo lo correcto. Pero también estaríamos fallando en reconocer la integridad de un niño si le permitiéramos elegir una acción, como consumir heroína o no acudir a la escuela, que pudiera dañar seriamente y sistemáticamente la consecución subsecuente de la plena personalidad y el desarrollo”. (Freeman, 2006, p. 272 y ss).

Con todo ello se aterriza nuevamente en la idea de paternalismo jurídico justificado, como único medio excepcional para suplir de forma correcta el derecho a decidir (o el ámbito de autonomía) del que debe gozar cada niño/a, y que desde los ordenamientos jurídicos se debería fomentar, sin que implique un avasallamiento innecesario, un avance sobre un terreno ajeno. De ahí que los criterios que permitan justificar este tipo de medidas paternalistas deban ser restrictivos. En concreto, Garzón (1988, p. 168) sostiene que son dos las exigencias que deben existir al respecto, bajo las cuales se justifica una restricción al principio de autonomía, tanto para adultos/as como para niños/as.

Así, la primera se presenta frente a alguna incompetencia básica de la persona, o bien la incapacidad manifiesta para desempeñarse en cierta área de la vida con un mínimo de eficacia en el logro de los propios objetivos, que deriva en que la persona termina atentando en contra de sus propios intereses. Tal es el caso, por ejemplo, de la penalización por la venta de bebidas alcohólicas o de tabaco a menores de dieciocho años¹²¹ en aras de proteger su salud; o el “horario de protección” para contenidos televisivos para preservar la formación espiritual e intelectual¹²²; o la prohibición del traslado de menores de ocho años en asientos delanteros de automotores¹²³, como protección especial ante posibles siniestros; entre otros. La segunda restricción a la autonomía se refiere a la necesidad de que la medida sea adecuada y necesaria para mejorar precisamente las condiciones de autonomía e igualdad del sujeto, pues de lo contrario, su autonomía se estaría restringiendo sin sentido alguno.

Coincide con ello, a modo general, Freeman (2006, p. 271 y siguientes.), quien plantea además que bajo la idea de que existen personas menos capaces que otras, en el caso de los niños/as se deben aceptar medidas “para protegerlos en contra de acciones irracionales”, debiendo estar, lo que se considere “irracional (...) estrictamente limitado” (Freeman, 2006, p. 272). Así, entiende que únicamente se considerará irracional aquello que atente contra posibles opciones de vida presentes o futuras, o que lesione intereses de

¹²¹ Cfr. artículo 42 de la ley 19925, del 19 de diciembre del 2003, publicada el 19 de enero de 2004.

¹²² Conf. artículo 1.e (“Horario de protección: es aquel dentro del cual no podrán ser exhibidos contenidos no aptos para menores de 18 años que puedan afectar la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud.”), de las Normas Generales sobre Contenidos de las Emisiones de Televisión, del Consejo Nacional de Televisión, del 28 de marzo de 2016, publicada el 21 de abril siguiente.

¹²³ Conf. artículo 79.10, tercer párrafo, de la ley 18290, del 23 de enero de 1984, publicada el 7 de febrero siguiente.

manera irreparable. Si bien es cierto que también se debe permitir que la propia persona tome decisiones equivocadas. En ese sentido, afirma: “No estaríamos tomando los derechos en serio si sólo respetáramos la autonomía cuando consideráramos que el agente está haciendo lo correcto. Pero también estaríamos fallando en reconocer la integridad de un niño si le permitiéramos elegir una acción, como consumir heroína o no acudir a la escuela, que pudiera dañar seria y sistemáticamente la consecución subsecuente de la plena personalidad y el desarrollo” (Freeman, 2006, p. 272).

A ello se suma lo planteado por Couso (2006, p. 153), quien no sólo analiza y adhiere a lo expuesto por los autores antes citados, sino que agrega una tercera exigencia. Él plantea que para la implementación de una medida paternalista en un caso concreto, no basta con determinar que se den los dos requisitos antes desarrollados, sino que además se debe superar un tercer parámetro, que es el derecho del niño/a a expresar su opinión y que la misma sea tomada en cuenta; tema central del presente apartado.

A partir de lo anterior, se puede ver que el tema de la autonomía progresiva que deviene a partir del derecho establecido en el artículo 12 de la CDN, y el paternalismo jurídico (justificado o no) que se presenta como su contrapartida, trae aparejadas múltiples reflexiones que se pueden hacer y se deben tomar en cuenta, con el claro objetivo de tomar a los niños/as como sujetos de derechos, aunque protegidos. En esa línea, me haré eco de las palabras de Freeman (2006, p. 274), quien concluye que “tomar más en serio los derechos de los niños requiere que tomemos en serio la crianza y la autodeterminación. Nos demanda que adoptemos políticas, prácticas, estructuras y leyes que protejan tanto a los niños como a sus derechos” (p. 274), especialmente, aquellos que hacen a que sus opiniones sean especialmente consideradas en el ámbito jurisdiccional.

5.4. La participación del niño y la niña en la legislación chilena?

Antes de comenzar, haré una salvedad. Si bien el campo de la participación del niño/a en los diferentes aspectos de su vida, como también en los ámbitos judiciales y administrativos, se puede analizar bajo cada uno de esos espacios, a los fines del presente trabajo, únicamente me detendré en lo que ocurre en el Procedimiento Especial de Protección (PEP) que rige en Chile y que desarrollaré en la segunda parte.

Como se dijo al comienzo de esta sección de la tesis, el mencionado PEP fue establecido por la Ley 19968, que creó los Tribunales de Familia, a fin de determinar judicialmente la adopción de medida/s de protección cuando se constata la existencia de una grave amenaza y/o vulneración de sus derechos. En ese marco, bajo el Título III “Del Procedimiento”, en el artículo 16, sobre el interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído, se prevé:

“Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El ISN, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”.

De lo anterior se desprende a primera vista que se encuentra debidamente recogido e incorporado a nivel nacional, en una norma de carácter adjetivo, el derecho a la participación establecido por el artículo 12 de la CDN. Así es posible constatar, al igual que fue verificado en relación al estudio del ISN en el epígrafe anterior, que la norma sustantiva, esto es la Ley 16618, no hace referencia al mismo. Sin embargo, lo cierto es que más allá de la enunciación efectuada por la ley procedimental, no existe ninguna otra norma que instrumente dicho derecho, o bien que determine las reglas o parámetros de su aplicación. En otras palabras, podría decirse que no se cuenta con una regulación estatal que especifique qué es lo que se debe entender por el “derecho a ser oído” y cómo ello se debe llevar a cabo desde los tribunales¹²⁴.

¹²⁴ Se hace presente que en el ordenamiento en estudio existe un instrumento orientador, denominado Auto Acordado (instrucción general de la Corte Suprema, no vinculante), que regula el funcionamiento de las salas Gesell. Con este mecanismo el Poder Judicial chileno pretende dar cumplimiento a los presupuestos materiales de la norma del artículo 12 de la CDN respecto del derecho a ser oído/a, lo que a todas luces resulta insuficiente.

Ahora bien, sobre las normas chilenas sobre la capacidad de las personas menores de dieciocho años, cabe destacar en primer lugar que no existe norma especial en materia de infancia que se pronuncie sobre la determinación de la capacidad legal, existiendo solamente lo establecido en el Código Civil¹²⁵, que se entiende como legislación común. Allí, lo que se determina es la regla general de que “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces” (artículo 1446), a quienes a su vez subdivide en dos tipos: los incapaces absolutos y los incapaces relativos. Los primeros, de acuerdo al mismo ordenamiento, son los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, cuyos actos “no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución” (artículo 1447, inciso primero). Los incapaces relativos son los menores adultos, los que tienen prohibido administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Los actos de estas personas “pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.” (artículo 1447, inciso segundo).

Asimismo, previamente el mismo Código aclara: “Llámesese infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.” (artículo 26). De esta manera, los/as menores de dieciocho años que no se encuentren emancipados/as, estarán sujetos a representación legal, generalmente la patria potestad, la tutela, o cualquier otra, a cargo de adultos/as (artículo 43)¹²⁶. Asimismo, se trata de una representación legal (y forzosa) -a contrario de la voluntaria, que es la que brinda una persona hacia otra, aunque por sí misma puede ejercer los derechos que le corresponden-, que lleva implícita la incapacidad de ejercicio de ciertos derechos por parte del individuo, lo que deriva en una representación necesaria, que en definitiva funcionará como medio y hará posible el desarrollo de la personalidad desde la óptica normativa.

Específicamente, en cuanto a lo que al niño/a y sus derechos se refiere, la mencionada ley 19968 establece en su artículo 19, que para los casos en que se vean

¹²⁵ Código Civil chileno, Diario Oficial de Chile, fija texto refundido 30 de mayo del año 2000.

¹²⁶ Se pueden encontrar excepciones a esta regla en el Código Civil respecto de la patria potestad, como cuando ésta no se extiende al hijo que ejerce un empleo o cargo público.

involucrados niños/as que carezcan de representación legal, o que se advierta que los intereses de los primeros resultan “independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación”, el juez/a designará a un curador/a *ad litem*. Pero lo cierto es que esa figura no resulta completamente adecuada para dar cumplimiento al derecho de participación, dado que no se prevé que el infante participe en la elección de quién/es ejercerá/n ese rol.

En ese sentido, la norma establece en su primer párrafo que en esos casos “El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos”, siendo el primero un organismo cuyos integrantes defienden los intereses de personas en situación de pobreza y en la que se desempeñan estudiantes egresados de la carrera de derecho (en un contexto de práctica jurídica gratuita) para obtener su título profesional habilitante¹²⁷.

De esta manera, se puede afirmar que la alternativa hallada en la figura del curador *ad litem* envuelve la idea de ser incapaz de poder decidir en forma autónoma. Y el modo en que fue concebida, en sí impide defender el ISN de acuerdo con su leal saber y entender, ya que queda desconocida la verdadera opinión del niño/a y la garantía de que ella se incorpore a la decisión jurisdiccional. Y ello, sumado a que en verdad quedan bajo la responsabilidad de estudiantes recién egresados y sin experiencia, en completo desconocimiento de materias como estas, que resultan ser notoriamente sensibles que otras, al punto tal que se le ha dedicado un procedimiento especial determinado.

¹²⁷ La Corporación de Asistencia Judicial es un servicio público, descentralizado y sin fines de lucro, cuya misión es proporcionar orientación y asesoría jurídica a todas las personas que así lo requieran, y patrocinar judicialmente de manera profesional y gratuita a quienes no cuenten con los recursos para hacerlo. Por otra parte, se otorgan los medios para que los egresados y licenciados de derecho puedan realizar su práctica profesional, para obtener su título de abogado.

Asimismo, El artículo 523 N° 5 del Código Orgánico de Tribunales chileno establece como uno de los requisitos para obtener el título de abogado, el haber cumplido satisfactoriamente una práctica profesional por 6 meses en las Corporaciones de Asistencia Judicial. Los requisitos, formas y condiciones que deban cumplirse para aprobar esta práctica, están determinados en el Decreto N° 265 de 1985, del Ministerio de Justicia.

SEGUNDA PARTE.

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL RÉGIMEN JURISDICCIONAL CHILENO Y LA NORMATIVA INTERNACIONAL COMO PARÁMETRO DE ANÁLISIS

1. Aproximaciones

En la primera parte de esta investigación se aportó el marco teórico. En concreto, se desarrollaron dos ejes: el concepto del niño y la niña en la CDN y la importancia de la participación de la infancia en la determinación del contenido del ISN. De esta manera, fue explicitada la conceptualización del niño a lo largo de la historia y, como este pasó paulatinamente de ser considerado como un objeto, a ser posteriormente un objeto de protección y finalmente a ser un sujeto de derecho. En ese recorrido se reconocieron diversos hitos, hasta llegar al más relevante, esto es, la entrada en vigencia de la CDN. Este instrumento internacional supone la concreción del proceso de especialización y especificación de los derechos humanos de los niños/as. Ello se tradujo en que fueran colocados en un nuevo estadio en el que son comprendidos como sujetos de derechos especiales, titulares de los mismos. Así, cada Estado parte del citado instrumento internacional, quedó en posición de obligado y garante de los derechos de los niños/as.

Dado que la Convención debe modelar todo el ordenamiento interno de los países firmantes -incluido el jurisdiccional-, siendo el objeto de análisis determinar si en el PEP se realiza el ISN, fueron seleccionados para su análisis posterior, dos de los cuatro principios que consagra la CDN: el ISN y la participación. En primer lugar, porque ambos principios se encuentran íntimamente relacionados ya que el ISN solo se podrá concretar fomentando la escucha del niño y la niña y escuchándolos efectivamente. Además, ambos principios han sido concretados a través de las OG números 12 y 14 del Comité de Derechos del Niño, lo que permite evaluar de forma más precisa al Procedimiento Especial de Protección (en adelante, PEP). Por último, porque la realización del ISN en el PEP es esencial dado que los niños/a que llegan a esta instancia son especialmente vulnerables porque el resto de

instituciones ha fracasado. Esta es la última instancia que les puede permitir superar la situación de vulneración en la que se encuentran. Por ello en este estadio, es sin duda fundamental, garantizar y asegurar su realización con miras a proteger a ese niño/a realizando sus derechos fundamentales. Así las cosas, el ISN, es un principio que busca la plena satisfacción de los derechos de los niños/as, imponiendo un gran desafío a los Estados partes, que deberán formular -entre otras cosas- remedios procesales especiales para lograr tal cometido. Por otra parte, la participación, impone la obligación de que en todo procedimiento jurisdiccional se garantice la inclusión real y efectiva de los niños/as. De esta manera, el resguardo de ambos principios es una medida fundamental para ser considerada al momento de evaluación del PEP

Como ya fue adelantado, con el objetivo de contar con directrices que nutran el contenido de ambos principios, se han analizado las OG 12 y 14 del Comité de Derechos del Niño. Desde esta perspectiva, es posible encontrar en ellas parámetros objetivos para integrarlos en el procedimiento en estudio, aportan elementos para su determinación y evaluación en cada uno de los momentos procesales que enfrenta todo niño/a en el PEP. Así, estos estándares restringen la discrecionalidad con la que cuentan los jueces, ya que les impone el deber de motivar y fundamentar sus resoluciones a la luz de esos parámetros.

Ahora bien, teniendo como marco teórico referencial las nociones ya expuestas y que la presente investigación se circunscribe a la determinación de la realización del ISN en el PEP, en la parte segunda, es fundamental comprender, de un modo introductorio, como opera el sistema de protección de los derechos de los niños/as en Chile. Así será posible constatar que ella cuenta con diversos niveles o estadios para lograr tal cometido, quedando el jurisdiccional -como ya fue expuesto- como la última de las intervenciones que pueden adoptar los ordenamientos. Es decir, aquella interviene una vez agotadas todas las otras instancias. Por ello, es relevante comprender en un primer momento cómo se tutelan los derechos de los niños/as y cuáles son las señales que activan la actuación jurisdiccional cuando han fracasado los mecanismos previos de protección.

Esclarecido lo anterior y, ya situados en la instancia jurisdiccional, la investigación se orientará al análisis del órgano que aplica la medida; las personas que pueden iniciar el procedimiento; el remedio adjetivo que se utiliza para determinar su procedencia y, la

resolución que pone fin al procedimiento. Esta contextualización es importante porque en el ordenamiento jurídico chileno, las medidas de protección jurisdiccionales las adoptan solamente los llamados Tribunales de Familia, en un procedimiento que se llama PEP que finaliza con una sentencia. Para concretar tal análisis, se realizará un estudio de la legislación chilena, contando como parámetro de evaluación, lo consagrado por la CDN y las OG número 12 y 14 del Comité de Derechos del Niño, ya que como fue enunciado, aportan estándares o medidas objetivas para determinar la ejecución efectiva del ISN y la participación de los/as niños/as.

En cuanto al órgano que resuelve la procedencia de la aplicación de una medida de protección, es fundamental conocer cuáles son las características de los Tribunales de Familia. Lo que permite evaluar si, en su configuración o conformación, se recogen las directrices descritas sobre profesionalización y especialización, que buscan promover y asegurar las exigencias impuestas a los Estados partes con respecto a la infancia.

Luego, se centrará la atención en el PEP. Así, es importante en primer lugar identificar quienes son aquellas personas que se encuentran facultadas para iniciarlo. Es en este momento donde se podrá observar cuál es el rol que juega el niño/a y, determinar el peso de los derechos que promueve la CDN. Entrando de lleno en el procedimiento, serán identificados cada uno de los momentos procesales que lo integran, estos son: la admisibilidad; la audiencia preparatoria de juicio oral y, el juicio oral. La primera de ellas, la admisibilidad valora la oportunidad de iniciar o no una investigación por el órgano judicial. La segunda etapa, la preparación del juicio oral, indaga entre los adultos responsables y personas que puedan aportar información, cuáles son los antecedentes que puedan permitir esclarecer el asunto. En este momento se produce el ofrecimiento de la prueba. Por ello, resultará relevante reconocer cuáles son los medios probatorios que se admiten en el PEP y cómo es el modo en que estos consagran. Por último, en la etapa del juicio oral, es el momento donde se incorporan los medios probatorios. Por ello, se analizará la manera en que se concreta, como también, la revisión del método de valoración de la prueba utilizado por el ordenamiento en estudio. Todo ello con el objetivo de analizar cómo se materializa el ISN.

Finalmente, se estudiará la forma y fondo de la resolución que pone término al PEP, eso es, la sentencia. Es en ella donde el juez debe pronunciarse acerca de la pertinencia de aplicar una medida de protección y, en su caso, decidir cuál adoptará. Para ello, se hace necesario detenerse en identificar cuál es la hipótesis que determina la aplicación de una medida de protección, los estándares que debe cumplir la sentencia, cuáles son las medidas de protección que pueden ser adoptadas, en el caso que ellas concurran y los efectos de la sentencia y sus formas de ejecución.

Este análisis tiene el objetivo de determinar si se realiza el ISN en el PEP de acuerdo a lo dispuesto por el CDN y los parámetros establecidos por las OG número 12 y 14 del Comité de Derechos del Niño. Así, será posible verificar en concreto, si la legislación chilena, concerniente al procedimiento en análisis, incorpora elementos que permitan determinar y evaluar al ISN, o si de ella puede desprenderse la existencia de estándares que busquen concretarlo de manera objetiva. Lo anterior, como una forma de delimitar la discrecionalidad con qué cuentan los jueces para configurarlo en cada uno de los momentos procesales del procedimiento.

2. El sistema de protección de los derechos de los/as niños/as

Como se ha venido diciendo, el objeto de la presente tesis es determinar la realización del ISN en el PEP, esto es, evaluar el principio en estudio circunscrito al ámbito jurisdiccional y, específicamente, al procedimiento instituido para determinar la existencia de una grave vulneración de los derechos de los/as niños/as en Chile. Para lograr tal propósito, debe necesariamente revisarse la situación chilena en relación al sistema de protección de los derechos de la infancia. Dado que el fin del trabajo es otro, este acercamiento al sistema de protección será efectuado de modo general y en lo que se relacione directamente con la tutela jurisdiccional que ejerce el Estado respecto de esos derechos. Para ello, resulta ilustrativo el contenido de la Constitución Política de la República por ser el marco regulatorio más amplio. Luego, por los motivos que serán también explicitados, se estudiará la CDN en cuanto a la existencia de mecanismos que promuevan, aseguren, garanticen y protejan los derechos en cuestión. Además será útil

conocer a este respecto lo que dicen las OG números 12 y 14 que concretan el contenido del instrumento internacional. El análisis previo nos permitirá constatar si en el sistema chileno se da (o no) cumplimiento a los parámetros que se establecen en estas normativas en relación al ISN. Vale aclarar que por sistema se entiende el que comprende tanto la instancia administrativa como la sede jurisdiccional; siendo estos niveles de tutela en específico los que serán abordados.

Adelanto que el análisis que se hará en este apartado tiene el afán ilustrativo al tema central de la investigación ya que el sistema de protección general resulta ser mucho más amplio, y merece un desarrollo más extenso que el que aquí puedo dar.

Aclarado ello, pasemos al sistema de protección de los derechos de la niñez. En Chile, estos derechos son considerados, al igual que en la comunidad internacional, como parte de los derechos humanos, por lo que resulta obligación del Estado garantizarlos y protegerlos. Lo anterior se desprende del tenor del artículo 1, inciso 4, de la Constitución Política de la República, que consagra: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. De esta manera, se coloca al Estado en posición de garante y de obligado a proteger los derechos que la Carta Magna instaura.

Ahora bien, ésta no incluye una norma que establezca de manera expresa, especial y específica la creación de un sistema de protección de los derechos de la infancia. Asimismo, en el ámbito legal infraconstitucional, el ordenamiento tampoco cuenta con una Ley de protección integral de los derechos de los/as niños/as¹²⁸. Sin embargo, como ya se ha mencionado, la propia Constitución chilena en su artículo 5, inciso 2, establece una

¹²⁸ En Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 30 de octubre de 2015, numeral 7 y 9. “7. El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones que figuran en sus observaciones finales de 2007 (CRC/C/CHL/CO/3) a las que aún no se haya dado cumplimiento, o a las que se haya dado cumplimiento de manera insuficiente, en particular las relativas a la aprobación de una ley sobre la protección integral de los derechos CRC/C/CHL/CO/4-5 GE.15-18924 3/23 del niño (párr. 8), la reunión de datos (párr. 20) y la asignación de recursos (párr. 17).” Y “9. Recordando su anterior recomendación (CRC/C/CHL/CO/3, párr. 8), el Comité recomienda al Estado parte que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño.”

cláusula de abertura material que incorpora dentro del ordenamiento jurídico chileno a todos los tratados internacionales que se encuentren ratificados y vigentes¹²⁹. De esta manera, se entiende que esta carencia, en parte, puede ser superada por medio de la aplicación directa de la CDN, pues el Estado al ratificarla asumió el compromiso de promover, proteger, asegurar y garantizar su contenido¹³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, sí debe reconocerse la existencia de un sistema de protección de índole legal, que se desprende del contenido de la Ley 19968, aunque de naturaleza procedimental. De esta se desprende la implementación de las vías administrativa y judicial, que operan de acuerdo a la gravedad de la situación de riesgo o vulneración a la que se enfrenta el/la niño/a. Así, establece que los Tribunales de Familia conocerán de las situaciones de “graves vulneraciones o amenazas” de sus derechos, con lo que se limita la intervención jurisdiccional sólo a esas circunstancias, permaneciendo las otras, o las “no graves”, deberán ser resueltas en sede administrativa¹³¹. La primera vía, esto es la administrativa, es ejecutada por los poderes legislativo y ejecutivo, que se dedican a la generación y debate de políticas públicas dirigidas a la infancia, así como a su ejecución, respectivamente. La vía judicial, es llevada a cabo por el poder judicial, a través de la tutela jurisdiccional.

Ahora bien, la CDN establece que el ISN debe ser una consideración primordial en todas las medidas concernientes a los/as niños/as que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos¹³². De esta forma, un sistema de protección de derechos de la infancia deberá contemplar que todas las medidas que se adopten relativas a la infancia tengan en cuenta el ISN por ser un principio fundamental; y, por otro lado, que todos los miembros de la sociedad serán llamados/as a darle cumplimiento; además de que el valor que se le otorgará al principio será fundamental. También la OG número 14 sobre el ISN, hace referencia a todas las medidas que se tomen. El término "medida" incluye “no solo las decisiones, sino

¹²⁹ En estos términos es establecido por el artículo 5 inciso 2 de la CPR: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹³⁰ Chile ratificó la CDN el 13 de agosto de 1990, y este Tratado entró en vigor en 2 de septiembre del mismo año, habiendo sido publicado en el país el 27 de septiembre siguiente.

¹³¹ Artículo 8 de la Ley número 19968.

¹³² Artículo 3.1 de la CDN.

también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas” (numeral 17 de la OG). Dentro de la noción de medida, se incluyen tanto las acciones como las omisiones de las autoridades.

Por otra parte, la propia OG 14, en sus numerales 26 a 31, explicita quiénes son los destinatarios/as de esa exigencia de respetar el ISN: todos los organismos, sean gubernamentales o no, siempre que sus funciones repercutan en los/as niños/as (numeral 26); todos los tribunales en todas las cuestiones que les atañan, sean ellas sustantivas y/o adjetivas; todas las autoridades que toman decisiones “relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad” entre otras (numeral 30), y; todos los órganos legislativos, de los que emanan actos con impacto en la infancia, alcanzando a todas las Leyes independientemente del rango y en todas las materias que le sean relativas. De esta manera, puede identificarse que, en materia de generación de un sistema de protección, tanto la CDN como la OG 14, contemplan la existencia de diferentes estadios, al reconocer distintos obligados/as en la realización del ISN¹³³.

Por último, respecto del valor que debe ser otorgado al principio, la mencionada OG señala que “la expresión ‘a que se atenderá’ impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome” (numeral 36). Y que la expresión "consideración primordial" se traduce en el valor mayor con que cuenta el ISN, por las características de estos sujetos de derecho, lo que hace necesario colocarlos de relieve (numeral 37). De esta forma “la consideración del interés superior del niño como algo ‘primordial’ requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.” (numeral 40).

¹³³ Por ejemplo, el artículo 4° de la CDN establece “los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”, reconociendo la existencia de diferentes obligados, los que se traducen en diferentes estadios que repercuten en la vida de los/as niños/as.

Por su parte, la OG número 12, sobre el derecho del niño a ser escuchado, como ya fue expuesto, establece que éste cumple con una función complementaria al ISN, al ofrecer “la metodología” para llevarlo a cabo (numeral 73). De esta manera, al obligar el ISN a “los Estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas” para asegurar que se lo tenga en consideración, la CDN los está obligando “a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas los escuchen” de acuerdo a lo consagrado en el artículo 12 (numeral 70). Así ambos, tanto el ISN como la opinión del niño, son unos de factores que se deben considerar en las decisiones que sean adoptadas a su respecto, contando con una “importancia fundamental” (numeral 71).

Así las cosas, la CDN y las directrices que la concretan, establecen que en cada medida que se adopte vinculada a los/las niños/as, deberá considerarse el ISN como guía que la oriente, para lo cual necesariamente debe escucharse al/la niño/a. De ese modo, ello afectará todas las decisiones que sean tomadas, cualquiera sea su naturaleza, siempre que repercuta de cualquier modo en sus vidas. Por lo mismo, es toda la sociedad, conformada por sus miembros, así sean personas, entes gubernamentales o civiles, la que deberá atenerse al principio, de manera tal que el ISN siempre cuente con un rol protagónico y de realce en cada paso que se dé en la infancia. Así se conformará en definitiva un sistema de protección de la niñez que efectivamente sea instaurado desde la óptica de la Protección Integral, en los términos que fue explicitado en la primera parte de la investigación.

Pues bien, la instauración de un sistema como el que se viene desarrollando, surge a partir de la necesidad de proteger en y a través del Derecho a los derechos humanos y, en consecuencia, a los derechos de los/as niños/as con las particularidades ya estudiadas, al constituir estos “la prioridad axiológica y esencial respecto de la persona” (Nogueira, 2003, p. 403). Son el objetivo y finalidad de toda la actuación estatal. El poder público está al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona, aspectos esenciales que integran el bien común como fin, y que constituye tarea de los órganos estatales. A partir de dicha formulación, se deriva, por una parte, que sus derechos son irrenunciables e indisponibles, tanto para ellos/as como para los poderes públicos, los organismos internacionales y los organismos supranacionales. Y también, por otro lado, que hacen necesaria la implementación de un sistema que garantice con rango constitucional la satisfacción de sus necesidades fundamentales (higiénicas, habitación, salud, educación, entre otras), porque

solo así se garantizará la tutela efectiva de sus derechos (Alexy, 2008, p. 419 y Nogueira, 2012, p. 143).

Siendo la CDN una especialización y especificación de los derechos humanos de los/as niños/as, rige dentro de los ordenamientos como contenido normativo, para garantizarlos y protegerlos, imponiendo para ello la generación concreta de un sistema que dé cumplimiento a tales propósitos. Es que adhiriendo a las palabras de Donovan (2008, p. 72), este instrumento plantea “un gran desafío a la sociedad y al Estado para implementar instrumentos públicos y comunitarios para asegurar la inclusión social de toda su niñez y juventud y la reinserción social de aquellos que han sido vulnerados en sus derechos”. Así, en la generación de un sistema de protección que sea especial y específico para los derechos de la infancia, los modelos deben tratar a los/as niños/as como sujetos de derechos, titulares de los mismos, otorgarles una atención integral a sus necesidades y permitirles su real participación en la sociedad, en su vida y en los asuntos que les atañen. Solo así se estará dando una consideración primordial al ISN en los términos que consagra la CDN y la OG número 14. De lo contrario, responderán a una mirada asistencialista de sus necesidades, que los/as terminará por cosificar; en definitiva, se tratará de una réplica del modelo superado por el mentado instrumento internacional.

Ahora bien, este sistema de protección de los derechos de la infancia es ideado para resguardar a los/as niños/as de las vulneraciones, afectaciones o riesgos a los que pueden verse expuestos en el ejercicio de sus derechos. Vulneraciones y riesgos que también deben ser comprendidas desde lo que niños y adolescentes consideren como vulnerador. Es decir, no se trata de resguardarlos desde lo que el “otro” adulto estima o considere es una afectación o riesgo, sino que debe ser conceptualizado desde lo que “ellos” valoran, desde su opinión, para lo cual es crucial escucharlos.

En este sentido, postula Donovan (2008, p. 72) que “el concepto de riesgo ... hoy en día está utilizado habitualmente para referirse a un desenlace negativo o incierto”¹³⁴ de situaciones fácticas que, en el caso en estudio podría afectar a los/as niños/as y a la libre de

¹³⁴ Concluye el autor que en cuanto al manejo del riesgo se “observa el avance político-administrativo de la tendencia del ‘risk-avoidance’, o sea aquella que busca anticipar y controlar la ocurrencia del riesgo, sobre la ‘risk-taking’, o sea aquella que apunta a construir capacidades en los sujetos sociales mediante un trabajo cultural con las familias y la niñez mediante la entrega de responsabilidades, aún si esta estrategia conlleva un porcentaje de riesgo” (Donovan, 2008, p. 73).

detentación de sus derechos. En esa línea, y en cuanto a los sistemas de protección, señala que “a pesar de una tendencia hacia la seguridad enfocada en el control social, también [hay] una tensión hacia la búsqueda de estrategias más integrales de gestión del riesgo centradas en un apoyo a la niñez y juventud vulneradas en sus esfuerzos de reconstrucción de un sentido de su vida, de un entorno afectivo positivo significativo, y de oportunidades materiales y laborales que le permitan insertarse en la sociedad” (Donovan, 2008, p. 72)¹³⁵. En otras palabras, estos sistemas darán cumplimiento al contenido de la CDN en relación al ISN cuando en el enfoque que se dé a la noción de protección, no se pierda de vista su especial condición, la que los/as hace merecedores/as de un tratamiento en que todos los miembros de la sociedad velen por el cumplimiento de su interés en todas las medidas que les conciernan.

De esta manera, como se viene diciendo, los sistemas de protección deben ser ideados con el objetivo de satisfacer los imperativos del paradigma de la Protección Integral, considerando las posibles situaciones de riesgo, pero valorando que ante ellas no siempre se operará del mismo modo. Es posible reconocer diversos ordenamientos donde las intervenciones en casos de riesgo o afectación de los derechos de niños/as dependen de la gravedad del evento perjudicial al que se enfrentan. Usualmente se clasifican atendiendo a la naturaleza de la medida que puede adoptarse, verificándose aquellas situaciones que requieren de una protección general u ordinaria y aquellas que son especiales o extraordinarias. A modo de ejemplo, ese tipo de esquema se constata en los ordenamientos de Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Brasil y España¹³⁶.

Se advierte que los ordenamientos descritos cuentan con un sistema de protección de derechos de la niñez para todas las áreas de interés y de necesidad, existiendo: instancias

¹³⁵ En esta misma línea conceptual, Paramo (2011, p. 85) quien hace alusión al riesgo comprendiéndolo en una dimensión integral. Además, lo identifica en relación a la infancia, en cuanto a los factores de riesgo y de protección, desde un ámbito psicológico.

¹³⁶ Vale aclarar que se toman dichas legislaciones del ámbito americano dado que, como expone Veloso (1999, p. 6), ellos conforman un criterio regional que permite reflejar la situación del continente. Y también la de España, pues siguiendo a Barros (1999, p. 47), Schimdt (2001) y Lathrop (2005, p. 13), es un hito recurrente al momento de efectuar reformas legales en materia de familia en Chile, siendo un referente en ese aspecto. En el caso del ordenamiento español, por ejemplo, especial relevancia tuvo en la reforma al estatuto filiativo, y más recientemente, en la reforma al régimen de cuidados personales. Inclusive, en este último caso, es el propio mensaje del proyecto de ley se hace alusión a la normativa española contenida en la ley N°11/1990 del 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que modificó el texto 159 del Código Civil.

previas de orden administrativo, institucionalidad autónoma con patrimonio propio, funcionamiento descentralizado y dependiente de un ente del Estado, que de modo especializado, busca brindar una atención prioritaria a estos sujetos. Así, del enfoque integral de protección que promueve la CDN, que valora que el ISN es una consideración primordial, surgen obligaciones específicas para los Estados parte que, en general, han significado la creación de diversos niveles de implementación y funcionamiento de las instituciones, lo que se traduce en la creación de sistemas de protección, efectiva y preventiva de los derechos de los/as niños/as proyectándose en los organismos gubernamentales y no gubernamentales. De esta manera, Bellof (1999, p. 18) señala que en un sistema que se basa en la Protección Integral “se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto, administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere”.

Desde esta perspectiva se comprende que este sistema de protección es un modelo generado por el Estado con el objetivo de amparar, resguardar y asegurar efectivamente los derechos que lo motivan y conforman, especialmente en los casos de situaciones de riesgo o vulneración, por medio de mecanismos formulados específicamente para tal efecto, requiriendo de diversos subsistemas de ejecución, todos los cuales deberán aspirar a alcanzar el ISN. Así, en primer lugar, se ubica la familia, luego la sociedad -con los grupos intermedios que la componen- y, finalmente, el Estado. En este último estadio es posible reconocer, por una parte, su acción por medio de la administración y las políticas públicas (Poder Ejecutivo y Legislativo) y, por otra parte, a través de la acción de la justicia (Poder Judicial). En este sentido, Marinoni (2007, p. 174) plantea que la tutela de los derechos contiene distintos niveles: la prestada por la norma de derecho material; la dada por la administración, y; la jurisdiccional.

De todo lo expuesto, se observa que el sistema de protección chileno no cuenta con una consagración constitucional específica y especial para los/as niños/as. Es decir, cuenta con cierta legislación específica, pero que no ofrece un tratamiento acabado e integral de la infancia. En ese sentido, de acuerdo a las recomendaciones efectuadas por el Comité de

Derechos del Niño, tanto en el año 2007¹³⁷, como en el año 2015¹³⁸, se constata que efectivamente en Chile no existe un sistema que brinde una protección integral de acuerdo a la normativa de la CDN; el ISN no es una consideración transversal en todas las áreas de la formulación de políticas; y tampoco ha sido “incorporado debidamente, e interpretado y aplicado de manera sistemática en todas las actuaciones y decisiones” de las autoridades (legislativas, administrativas y judiciales), ni en “todos los programas, proyectos y políticas” vinculados (numeral 27). Por otro lado, la recomendación del Comité de 2015 hace constar que este derecho consagrado en el artículo 12 de la CDN no es reconocido “en todos los asuntos relativos a sus derechos, en particular la educación, la salud, la justicia y los asuntos relativos a la familia”(numeral 28); este no se identifica ni garantiza para “participar de manera directa en asociaciones y en asuntos de la administración pública”, y; no constan “estructuras oficiales” para que puedan los/as niños/as “participar en la elaboración, aplicación y supervisión de políticas nacionales, regionales y locales relativas a la infancia, y procesos” (numeral 28)¹³⁹.

Por tanto, lo que sí existe es un sistema de protección para dichos sujetos, aunque deficiente, que se deduce de una norma adjetiva (la mencionada Ley 19968), que limita la intervención jurisdiccional a las situaciones más graves¹⁴⁰. De todas maneras, y respetando

¹³⁷ En Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados, Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño (CRC) – Chile (2007), 23 abril, 2007, numeral 8. Donde ha señalado que “reitera su preocupación a este respecto y recomienda al Estado Parte que ultime con celeridad el proceso de reforma de la Ley de menores de 1967 a fin de brindar una protección integral a todos los niños. El Comité recomienda además que se haga una distinción clara, en los procedimientos judiciales y a todos los demás efectos, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley”.

¹³⁸ En Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 30 de octubre de 2015, numeral 7 y 9. En ellos señala que “7. El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones que figuran en sus observaciones finales de 2007 (CRC/C/CHL/CO/3) a las que aún no se haya dado cumplimiento, o a las que se haya dado cumplimiento de manera insuficiente, en particular las relativas a la aprobación de una ley sobre la protección integral de los derechos CRC/C/CHL/CO/4-5 GE.15-18924 3/23 del niño (párr. 8), la reunión de datos (párr. 20) y la asignación de recursos (párr. 17).” Y “9. Recordando su anterior recomendación (CRC/C/CHL/CO/3, párr. 8), el Comité recomienda al Estado parte que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹³⁹ En Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 30 de octubre de 2015, numeral 27 y siguientes.

¹⁴⁰ Dentro de la normativa que contiene a la tutela administrativa en Chile es posible reconocer, entre otras: la Ley número 19876, de 2003, que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media; Ley número 20710, de 2013, que consagra la obligatoriedad del segundo nivel de transición y un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor; la Ley número 20379, de 2009, que crea el Subsistema de Protección Integral a la Infancia Chile Crece Contigo; la Ley número 20.536, de 2011, que establece las

los lineamientos esperados, de su contenido se desprende la existencia de estadios o niveles de intervención, que destina como último ente de actuación al Estado, y dentro de sus agentes, a quienes ejercen la tutela jurisdiccional.

La ratificación de la CDN por parte de Chile debió merecer una verdadera revolución normativa, motivada por la necesidad de desplegar todas las medidas que permitieran concretar los derechos que establece el instrumento internacional, en los términos consagrados en el artículo 3.1. Además, ello debió potenciarse a partir de los consecuentes cambios tanto de fondo como de forma exigidos para la nueva conformación de un sistema de protección de esos derechos, con características especiales de acuerdo a los/as destinatarios/as de los mismos.

En síntesis, la CDN establece que se encuentran sujetos a ella todos los miembros de la comunidad, que son la familia, la sociedad toda y el Estado. Así, los presupuestos para el sistema de protección de los derechos de la niñez allí previstos plantean distintos niveles o estadios para asegurar y resguardar efectivamente los derechos en cuestión, ante situaciones de riesgo o vulneración. Estos niveles operaran de forma integrada e integral, ya que, por un lado, actúan unos en pos de los otros y, por otro, buscan la plena satisfacción de esos derechos. En otras palabras, si un/a niño/a enfrenta una situación que afecte de algún modo sus derechos, primero, para remediarla, se deberían activar mecanismos de orden interno o externo, dependiendo de la naturaleza de la problemática. En el caso de que ese escenario sea provocado por factores íntimos o internos de su familia, deberá ser ésta la que actúe, por ser su entorno más próximo. Por otro lado, en el caso de que el factor obedezca a estímulos externos o del medio, tendrán que actuar la escuela, los centros de salud, los centros de ayuda comunitarios o las organizaciones no gubernamentales. Luego, frustradas esas intervenciones, corresponde la acción del Estado. Así se reconoce la existencia de un criterio de proporcionalidad en la intervención: a mayor gravedad del riesgo o vulneración a la que se enfrenta, mayor será la intervención del Estado para superar esta situación. A su vez, éste cuenta distintas dimensiones para cumplir con ese cometido, las cuales se traducen en diferentes tipos de tutela, pudiendo reconocer la verificada en la sede administrativa y la

normas de promoción de la buena convivencia escolar y de prevención de toda forma de violencia en las escuelas y la Ley número 20545, de 2011, que consagra el fortalecimiento de la protección a la maternidad, extensión del post natal para las madres e incorporación del permiso post natal parental

ejercida en la sede jurisdiccional.

Ahora bien, la realización del ISN en el PEP es el objeto de estudio. Por ello se hace necesario analizar, dentro de los sistemas de protección, aquella tutela que ejerce el Estado, que se presenta como el último nivel de intervención, y que cumple con tal cometido por medio del ejercicio de tutelas administrativas y jurisdiccionales. La primera de ella será desarrollada a modo ilustrativo en el siguiente apartado. Luego, el análisis se introducirá de lleno a la tutela jurisdiccional, estadio donde se verifica el aludido PEP. Finalmente, dejo a salvo que se omitirá el análisis de los primeros niveles (la familia y la sociedad) dado que ellos no se encuentran relacionados directamente con el objeto de esta investigación.

2.1 La tutela en sede administrativa

Como se ha dicho, la CDN consagra principios y derechos de la infancia, que se garantizan y aseguran efectivamente ante situaciones de riesgo o de vulneración por medio de un sistema de protección. En consecuencia, deben operar mecanismos o instrumentos específicos de resguardo, lo que permite reconocer dentro de cada sistema diferentes estadios de funcionamiento, de los cuales, el último, es el ejercido por el Estado. A su vez, se identifica que dentro de ese campo de acción también es posible distinguir niveles, siendo al primero de ellos, esto es la tutela administrativa, el que será abordado en el presente acápite.

Para ello será revisada la situación en el país en estudio, con el propósito de determinar cómo la tutela en cuestión se presenta en el ordenamiento, o en otras palabras, a qué requerimientos responde. Luego será analizada la CDN desde la perspectiva del ISN en lo relativo a dicha protección administrativa; y también, con el objetivo de hacer operativo el principio, será examinada las OG números 12 y 14, lo que permitirá comprender las reales implicaciones y consecuencias que el instrumento propone. Por otra parte, se ilustrará que respecto de la tutela administrativa, el Estado la ejerce también desde diferentes ámbitos, y ello permitirá avanzar en el estudio, acercándonos al objeto de esta investigación. Así, constando que la determinación del ISN en el PEP se verifica en el ejercicio de la tutela jurisdiccional del Estado, y no en la esfera de actuación administrativa de la que se viene hablando, el desarrollo de este apartado permitirá identificar todo aquello

que queda fuera de su alcance, pero que en suma, determina el sistema de protección global a la niñez que detenta el Estado chileno.

Como ya fue explicitado, en el ordenamiento chileno se reconoce la existencia de un sistema de protección estatal que deriva del contenido de la Ley 19968, norma procedimental. Allí se prevé la tutela de los derechos de los/as niños/as en los dos ámbitos ya aludidos, el administrativo y el jurisdiccional. También de la referida norma se concluye que la tutela de los derechos de la niñez cumple con su función de resguardo en forma previa a la intervención jurisdiccional. En ese sentido, frente a conflictos relacionados con las necesidades de la infancia, el/la legislador/a chileno/a -en la norma descrita- ha pretendido que intervengan inicialmente los órganos del Estado de carácter no jurisdiccional para intentar dar solución, bajo la premisa de que la judicialización de la situación debe ser un recurso limitado y operar en última instancia.

En cuanto a lo primero, esto es, que el recurso jurisdiccional es limitado, el artículo 8, número 7, de la Ley 19968, lo señala al establecer que constituye materia de competencia de los Tribunales de Familia “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos”. De esta manera se advierte, aunque en sentido contrario, que toda protección de sus derechos que no alcance ese nivel de gravedad formará parte de los campos de acción de los órganos administrativos; allí donde la infancia se desenvuelve y relaciona en la sociedad, y en aquellos espacios donde reclama servicios, prestaciones, cobertura de sus necesidades, entre otras cuestiones.

Respecto de lo segundo, es decir, que la tutela jurisdiccional opera como última instancia, ello se entiende, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 54-1 de la Ley 19968, que consagra la admisibilidad de los asuntos que arriban a los tribunales. El establecimiento de una instancia de admisibilidad implica necesariamente que hay temas o situaciones que no cumplirán con los requisitos necesarios para ingresar a la órbita judicial -a grandes rasgos, con la hipótesis de gravedad mínima-, de manera tal que deberá buscarse las respuestas necesarias en otros ámbitos. En este sentido, Vargas (2008, p. 21) también indica que se deben agotar todas las otras instancias antes de llegar a la jurisdiccional, la

cual debe estar limitada a las situaciones más graves¹⁴¹. Por lo tanto, la tutela de orden administrativo se puede relacionar con la idea de que el órgano jurisdiccional solo intervendrá en los casos de gravedad y cuando aquélla no resulta suficiente.

Pues bien, es necesario explicitar que Chile es un Estado unitario, conformado por diversas instituciones autónomas insertas en un esquema constitucional que determina ciertas funciones y distribuye las competencias entre los órganos del Estado. La administración del estado es funcional y territorialmente descentralizada y desconcentrada¹⁴². Se contempla que el Poder Ejecutivo o, más propiamente, el gobierno y la administración pública, están encabezados por el presidente de la República, quien es el jefe de Estado y el jefe de gobierno, siendo él quien designa a los ministros de Estado, quienes son sus colaboradores directos e inmediatos en el gobierno y administración del Estado y funcionarios de su exclusiva confianza. Por otra parte, el Poder Legislativo reside tanto en el presidente de la República -en calidad de colegislador- como en el Congreso Nacional, el cual es de carácter bicameral, compuesto por un Senado y una Cámara de Diputados. Por último, el Poder Judicial, se encuentra constituido por tribunales autónomos e independientes que ejercen la función jurisdiccional, tiene a la Corte Suprema de Justicia como su máxima instancia, Cortes de Apelaciones en cada una de las 16 regiones del país y tribunales inferiores de competencia común y especializados. Además, existe un Ministerio Público autónomo y jerarquizado, que dirige en forma exclusiva la investigación criminal y ejerce la acción penal pública.

Ahora bien, retornando a la tutela administrativa, la protección de la infancia y la juventud en el nivel administrativo depende del Servicio Nacional de Menores (SENAME)¹⁴³ y del establecimiento de un sistema de atención para los organismos

¹⁴¹ De esta manera, Vargas (2008, p. 21) expone, que ha logrado pesquisar que en Chile es usual que las personas requieran de la intervención de los juzgados por conflictos domésticos, entre los que destaca: problemas escolares, repitencias, mal comportamiento, falta de obediencias a los padres, entre otros, lo que no pueden ser circunscritos dentro de lo que puede entenderse como una grave amenaza o vulneración de los derechos. A su vez, en el mismo sentido, Vargas (2001, p. 21) y Suares (1996, p. 41) avalan la experiencia en Tribunales de Familia en Chile, refiriéndose a la noción de mediación previa como una forma de resolver conflictos, como una forma que permite limitar la intervención del órgano jurisdiccional.

¹⁴² Ministerio del Interior (24 de octubre de 1980), Decreto 1150 de 1980 del Ministerio del Interior.

¹⁴³ Este Servicio es creado por el Decreto Ley número 2465, y su artículo 1 señala: “Créase el Servicio Nacional de Menores como 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

colaboradores privados de SENAME. Además, en el año 2014 se aprobó la creación del Consejo Nacional de la Infancia¹⁴⁴, cuya misión es coordinar aquellos organismos públicos que brinden servicios para la infancia y diseñar una futura Política Nacional de Infancia. Junto a ello, se van configurando las instituciones a cargo de promover y proteger los derechos de la niñez y adolescencia, alojándose fundamentalmente en organismos del nivel central, del cual emanan las orientaciones técnicas y administrativas para su implementación local. Entre estas dependencias institucionales se encuentran: Chile Crece Contigo -enfocado en las etapas iniciales de la infancia- alojado en el Ministerio de Desarrollo Social; el programa Vida Nueva, a cargo de la Subsecretaría de Prevención del Delito; el programa SENDA Previene, a cargo del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) -ambos situados dentro del Ministerio del Interior y Seguridad Pública-; y finalmente, el mismo SENAME, alojado en el Ministerio de Justicia¹⁴⁵.

El SENAME es un organismo gubernamental centralizado, cuya finalidad fundamental es proteger a la infancia, por medio de cuatro líneas de acción: Adopción, Justicia Juvenil, Prevención y Promoción de Derechos y Protección y Restitución de Derechos (siendo esta última línea la más vinculada al tema de la investigación). Esta

ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal, de conformidad al artículo 2 de esta ley. Para dicho efecto, corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados”.

El servicio en comento se encuentra en vías de ser eliminado, la ex Presidenta de la República, Michelle Bachelet, firmó los Proyectos de ley que crean el Servicio Nacional de Protección Especializada para niños y niñas y aquel que instaura el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil. Para el primer caso, se creará el Servicio de Protección Especial de derechos de la Niñez, que dependerá del Ministerio de Desarrollo Social. Esa entidad se encargará de entregar prestaciones especializadas de protección y restitución de derechos a niños que han sufrido violencia en cualquiera de sus formas. Para esto, se establecerá un sistema de acreditación de programas que permitirá recoger la experiencia y las mejores prácticas en materia de intervención social, tanto en las que ejecute el servicio, como las realizadas por terceros. Además, se mejorará la calidad de los prestadores, la supervisión de los programas y la gestión del servicio. En la actualidad, el día 5 de mayo del año 2020, la Sala del Senado aprobó con 36 votos a favor el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia que busca reemplazar al Servicio Nacional de Menores (Sename).

¹⁴⁴ Creado por el Decreto 21, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, promulgado el 14 de marzo de 2014, publicado en el Diario Oficial el 16 de abril de 2014.

¹⁴⁵ Consejo Nacional de la Infancia. (2015). Política nacional de niñez y adolescencia sistema integral de garantías de derechos de la niñez y adolescencia. Chile: Ministerio Secretaria General de la Presidencia.

última busca atender a todos los/as niños/as que han sido vulnerados en sus derechos, ya sea siendo víctimas de maltratos graves, situación de calle, consumo de drogas u otras situaciones complejas (Henocho, Zaror, y Lincopi, 2017, p. 8)¹⁴⁶. Por otro lado, la oferta programática de protección puede ser proveída directamente por SENAME o a través de organismos colaboradores acreditados, que corresponden a instituciones privadas, sin fines de lucro¹⁴⁷. La oferta programática es de diversa índole, tales como los programas de intervención especializada en temáticas de consumo problemático de drogas, deserción escolar, maltrato y abuso sexual infantil, entre otros (Henocho, Zaror y Lincopi, 2017, p. 8) a los cuales ingresan los/as niños/as, distinguiéndose aquellos programas que son complejidad leve, mediana y alta¹⁴⁸.

Partiendo de la base que SENAME tiene un carácter fundamentalmente centralizado, en el año 2001 se crean las Oficinas de Protección de Derechos, en respuesta dos problemáticas: primero, el desafío de generar un dispositivo territorial que apunte hacia la articulación y coordinación de acciones intersectoriales (públicas y privadas) en el espacio local, y segundo: la alta institucionalización de los de los/as niños/as, y altos períodos de

¹⁴⁶ Así, en 2016 el 87,4% de las atenciones realizadas por SENAME se realizaron en el área de Protección de Derechos, que equivalen a 230.954 atenciones (SENAME, 2017).

¹⁴⁷ Su funcionamiento se basa en postulaciones a licitaciones de proyectos, a los cuales SENAME asigna un determinado monto o subvención regulado por la Ley número 20032, llamada Ley de Subvenciones, en función de los/as niños/as atendidos y del tipo de atención que les brindan. Desde allí, se entiende que la intervención llevada a cabo por SENAME se basa en atenciones, definidas como la cantidad de prestaciones que se entregan en la totalidad de programas y proyectos de la institución.

¹⁴⁸ Para casos de leve a mediana complejidad se cuenta con programas de protección y servicios selectivos, visualizando como población objetivo a aquellos NNA que presentan una situación de vulneración y riesgo que responde a necesidades de desarrollo, problemas de repitencia y deserción escolar, consumo de drogas, conductas transgresoras no tipificadas como delito, relaciones familiares de carácter violento, y/o entornos sociales complejos con presencia delictual, particularmente tráfico de drogas. La oferta programática para estos casos implica en gran parte la ejecución de programas de intervención socio educativa, siendo los Programas de Intervención Breve y los Programas de Prevención Focalizada los encargados en cubrir necesidades de este tipo, identificando factores de vulnerabilidad y fortalezas en las esferas personales, familiares y socioomunitarias presentes en niños/as y adolescentes.

Para aquellos casos de mediana a alta complejidad, SENAME cuenta con programas de protección especializados orientados a la reparación de problemas como deserción escolar prolongada, consumo problemático de drogas, víctimas de las peores formas de trabajo infantil, explotación sexual comercial, conductas transgresoras tipificadas como delito, familias ausentes o con conductas irresponsablemente negligentes, vínculos familiares donde predomina la violencia, niños/as viviendo en caletas (situación de calle) o en sectores caracterizados por la presencia de grupos con comportamiento delictivo (quienes impactan fuertemente en la convivencia de la comunidad), con requerimiento de separación de su núcleo familiar de origen, etc. Para estos casos de vulneración, la oferta de protección considera programas y modalidades como: Programas Especializados de Protección; Centros Residenciales; Centros de Reparación Especializada de Administración Directa; Programas de Fortalecimiento Familiar; Programas de Familia de Acogida Especializada, entre otros. SENAME (2017).

permanencia de niños y niñas en los “hogares de menores”, haciendo urgente contar con políticas públicas que dieran respuestas alternativas a dicha tendencia.

De este modo, las Oficinas de Protección de Derechos funcionan a nivel comunal, buscando promover el desarrollo de condiciones mínimas en esos territorios, tales como: contar con un diagnóstico comunal de infancia compartido con todos los actores comunales; desarrollar un plan de capacitación para funcionarios municipales en temáticas de infancia; asegurarse que todos/as los/as niños/as que participen estén escolarizados, tengan acceso a las redes de salud y sean contactados con los programas sociales existentes en el municipio y en el territorio; para que, cuando se detecte una vulneración de derechos, esta sea derivada en forma asistida a las instancias pertinentes cuando sea posible¹⁴⁹. Sin embargo, una de las mayores complejidades que han tenido que enfrentar estas Oficinas es la imposibilidad de interpelar a los gobiernos locales (Oyarzún, Dávila, y Ghiardo, 2009, p. 39).

Junto con lo expuesto, se ha planteado la necesidad de que las Oficinas de Protección de Derechos definan su accionar de una manera más estandarizada que permita definir los mínimos -y máximos- de cumplimiento del programa en función de los cuatro grupos de derechos: sobrevivencia, protección, desarrollo y participación. También se ha establecido la necesidad de que estas oficinas salvaguarden el cumplimiento de las tareas mínimas, que son: la inclusión de diagnósticos de la población infantil y adolescente y la construcción de una política de infancia con perspectiva de derecho a escala intermedia o local, junto con promover la participación de los/as niños/as en la formación de estas políticas¹⁵⁰.

Finalmente, las Oficinas de Protección de Derechos deben buscar que la atención sea la más adecuada y pertinente a los diversos contextos locales, articulándose directamente con los actores institucionales y comunitarios relevantes para el diseño y ejecución de una política infancia (Silva, Villalobos, & Saracosti, 2011, p. 133 y ss.). Con ello, cumplen un rol muy importante, al ser instancias ambulatorias de carácter local, destinadas a realizar acciones encaminadas a brindar protección integral a los derechos de la infancia y

¹⁴⁹ Así, hacia el año 2016 habían 233 OPD a lo largo de Chile. SENAME, 2016.

¹⁵⁰ Consejo Nacional de la Infancia, 2015.

contribuir a la generación de las condiciones que favorezcan una cultura de reconocimiento de los derechos de la infancia.

2.1.1 La tutela administrativa de los derechos de los niños en la normativa internacional.

Ahora bien, como ya fue expuesto, la CDN establece en su artículo 3.1 que son todas “las instituciones públicas o privadas de bienestar social (...) las autoridades administrativas o los órganos legislativos” las que deben dar un valor especial al ISN en todas las medidas que adopten, lo que equivaldría a decir que éstos deben procurar actuar conforme a este principio. Así, la tutela administrativa del Estado, como una de las dimensiones a través de las cuales se protegen los derechos de la infancia ante riesgos o situaciones de vulneración, se verifica por medio de la generación de políticas públicas, que necesariamente deben ajustarse a los principios y derechos consagrados en el instrumento internacional; que, como ya fue dicho, promueve la Protección Integral de esos derechos. En consecuencia, esta será la única forma de resguardarlos, asegurarlos y garantizarlos efectivamente.

La OG número 14, con el propósito de proponer caminos de concreción efectiva del ISN en esta sede, establece aspectos a considerar, obligaciones que cumplir y, finalmente, medidas -no taxativas- para ser consagradas, que tienen como objetivo garantizar el cumplimiento de esas obligaciones. Por una parte, la directriz indica los aspectos donde repercute el ISN en la faz administrativa, destacando “la elaboración de todas medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos”; “las decisiones individuales tomadas” por todas las autoridades, y; “las decisiones” de todos los entes civiles y privados, “incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados”. Todo lo descrito, en la medida en que afecte a la infancia (numeral 12). Por otra parte, la OG establece tres tipos de obligaciones para los Estados parte: garantizar que sea incorporado el ISN “en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos”; resguardar que en “todas las decisiones (...) administrativas, las políticas y la legislación dejen patente” que el principio “ha sido una consideración primordial”, lo que presupone la incorporación de una explicación de “cómo se ha examinado y evaluado”, así como la relevancia que se ha “atribuido en la

decisión”, y; que sea incorporado en todas las “decisiones y medidas adoptadas” en todo el sector privado siempre que afecte a los/as niños/as (numeral 14).

Por último, la directriz, con el fin de hacer efectivo el ISN en los términos del artículo 3.1 de la CDN, promueve algunas medidas en línea con las obligaciones descritas, entre las que destaca: revisar y cambiar toda la legislación, cualquiera sea su rango; que éste importe “en la coordinación y aplicación de políticas” en todos los planos; que sea considerado en los “mecanismos y procedimientos de denuncia, curso o reparación” como “en todas las medidas de ejecución y procedimientos administrativos”; que sea valorado en la “asignación de los recursos nacionales para los programas y las medidas”; que sean capacitadas las personas que toman decisiones; que se informe a los/as niños/as y su medio de los alcances de las normas, dándoles la oportunidad de participar efectivamente y la “importancia debida”, y; “luchar contra todas las actitudes negativas y prejuicios” que impiden darle aplicación en los términos que se encuentra consagrado. Aquello, en cuanto afecte de algún modo a la infancia (numeral 15).

Sobre el particular, la OG número 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado - como ya fue expuesto- consagra que este derecho es el mecanismo que permite velar por el cumplimiento del ISN. Así, la opinión del niño/a es relevante para dotar de sentido las medidas que se adopten a su respecto¹⁵¹. En especial en este ámbito, la directriz aumenta las exigencias que ya son establecidas en la primera parte del artículo 12 CDN y consagra que deberá recogerse e introducirse un análisis de la opinión del niño/a. Es concreto, se exige que se dispongan de los mecanismos idóneos para recoger la opinión del niño o niña, que se tenga en cuenta y se incorpore a los análisis necesarios para tomar una decisión.

El reconocimiento del ISN como rector de políticas públicas, tiene aplicaciones prácticas que deberán recogerse, prioritariamente en las reformas legislativas que merezcan hacerse para adecuar los marcos normativos a los contenidos de la CDN. Además, deberán condicionar el diseño, implementación y evaluación de los programas, proyectos, servicios y beneficios dirigidos a la niñez. La supremacía del ISN sobre cualquier otro interés legítimo concurrente, por un lado, debe impactar directamente en el tipo, calidad y

¹⁵¹ OG número 12, párrafos 70 a 73.

oportunidad de los servicios sociales puestos a disposición de los/as niños/as. Por otro lado, también lo coloca como prioridad en los recursos públicos destinados a los servicios vinculados a la infancia. Por último, debe ponerse de resalto que el ISN no puede convertirse en una justificación en sí misma para la intervención de las instituciones públicas. El principio debe ser la consideración primordial, el punto de inflexión entre la intromisión o no de instituciones públicas, incluso cuando se presenten razones justificadas para ello. Es que no se debe proceder en ese sentido, cuando no pueda ofrecerse al/la niño/a una situación mejor que aquella en la que ya se encontraba, tanto en sus aspectos económicos, como también psicosociales y culturales.

Pues bien, asegurando la implementación del principio del ISN en los términos hasta aquí descritos, se garantizará efectivamente que el sistema de protección en sede administrativa se ajuste a los delineamientos contenidos en la CDN. Esto implica un desafío para los Estados parte, al exigir que sean instauradas todas las políticas públicas en forma coordinada entre todos los actores de la sociedad, sin perder de vista que este principio rector debe contar con un valor fundamental en ellas. En este sentido, plantea Morlchetti (2013, p. 88) que el enfoque de protección integral debe promover una visión holística de la protección de la infancia para permitir trabajar en forma coordinada con miras a “atacar las raíces de los problemas”, es decir, todo otro enfoque no podrá ser comprendido como uno integral con “perspectiva de derechos humanos”. Asimismo, Forselledo (2002, p. 7) plantea que la CDN “abre caminos nuevos en el enfoque de la infancia y la adolescencia, colocando al Estado y a la sociedad como co-responsables en el diseño y la ejecución de políticas públicas” ubicando a los/as niños/as “en la doctrina de la protección integral, cuya concepción los reconoce como sujetos de derecho, dotados de capacidad de vivir, tener salud, educación, convivencia familiar, identidad y dignidad”.

Entonces, para dar cumplimiento a los requerimientos que surgen en virtud de la implementación de este paradigma de la Protección Integral, se requiere de la generación de reformas sociales. Entre ellas, siguiendo a Forselledo, es posible reconocer las que exigen: la racionalización del gasto público; la erradicación de la pobreza; la participación de la sociedad civil y el establecimiento de criterios para la planificación de las políticas sociales (Forselledo, 2002, p. 8). En consecuencia, y siguiendo su opinión, se advierte que mientras

estas exigencias no sean cumplidas, es muy complejo que los Estados puedan dar cumplimiento a los parámetros que se encuentran detrás de la implementación del ISN. En sí, éstos se traducen en nuevos ordenamientos, objetivos, roles y criterios de coordinación de políticas públicas que, en el fondo, buscan arribar a un nuevo trato con la infancia dentro de los ordenamientos.

Hay que indicar que hablar de políticas públicas de infancia supone entender que hay distintos niveles territoriales de decisión. De hecho, Forselledo (2002, p. 9) entiende que las políticas públicas de infancia pueden ser comprendidas “conjunto articulado de acciones en busca de una finalidad” que incluye el nivel nacional, el nivel intermedio, el provincial, el departamental y el nivel local y/o municipal¹⁵². Además, es preciso apostar por la articulación de todos los niveles. Esta articulación ocurre cuando el Estado y la sociedad civil logran trabajar mancomunadamente por “el derecho, la promoción, la defensa y la protección de los derechos de los niños/as”¹⁵³.

Además, es posible reconocer diversos tipos de políticas públicas de infancia identificando dentro ellas las básicas, las asistenciales, las de protección especial, y las de garantía¹⁵⁴. Las básicas se caracterizan por contar con una perspectiva universal, siendo su cumplimiento un deber del Estado y un derecho de la población. En muchos casos, estas políticas tienen un estatuto constitucional y usualmente se refieren a servicios básicos de salud y educación. Por otra parte, las políticas públicas asistenciales son aquellas que alcanzan a una parte de la población más limitada. También son un deber del Estado, pero son solamente un derecho de la población en los casos de necesidades específicas. Por ejemplo, los programas de emergencia para combatir la pobreza o los servicios especiales

¹⁵² Términos del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), Organismo Especializado de la OEA en materia de niñez y adolescencia, el cual tiene como misión asistir a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación en la perspectiva de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

¹⁵³ De esta manera el autor (2002, p. 9) plantea que: “cuando se hace referencia al Estado, se habla del poder ejecutivo, del poder legislativo, del poder judicial, en todos sus niveles (nacional, provincial, departamental, municipal, etc.). Cuando se habla de la sociedad civil, no se refiere solamente a las ONGs que trabajan y luchan en favor de los niños, sino también de las organizaciones sociales, los empresarios, los sindicatos, del mundo de las organizaciones jurídicas de defensa de derechos, de los comunicadores, los formadores de opinión, de la Iglesia, de los liderazgos comunitarios, de las familias y hasta de los mismos niños y adolescentes”.

¹⁵⁴ En este sentido la clasificación y sistematización de las Políticas Públicas de la Infancia de acuerdo a Forselledo (2002, p.10).

para personas con discapacidades, entre otros. En general, estas políticas no tienen estatus constitucional. Por otro lado, las políticas públicas de protección especial son las que alcanzan en su cobertura a un número aún más pequeño y específico de personas, y que apuntan a resolver situaciones de urgencia que comprometen a los/as niños/as. Por ejemplo, explotación sexual, abandono, abuso de drogas, maltrato infantil, trabajo infantil, violencia política y social, guerras, entre otras. Finalmente, las políticas públicas de garantía son aquellas que se refieren a niños/as en conflicto con la Ley y apuntan a la administración de justicia en situaciones de delincuencia. Algunas veces estas cuentan con categoría constitucional.

En este mismo sentido, pero en otros términos, García Méndez (1997, p. 6) y Baratta (1995, p. 9) reconocen que las políticas sociales básicas tienen una función primaria y general y el resto son subsidiarias o residuales de ellas. Los autores señalan que las políticas públicas de protección de los/as niños/as, en el marco de la CDN, se distribuyen en cuatro niveles, presentándose con forma de pirámide cuya superficie disminuye cuanto más nos acercamos a la base o tope. La parte más baja está representada por las políticas sociales básicas (escuela y salud); en el segundo nivel, se encuentran las políticas sociales de ayuda social (medidas de protección en sentido estricto), más arriba se ubican las políticas correccionales (medidas socioeducativas de respuesta a la delincuencia juvenil) y, finalmente, se posicionan las políticas institucionales, que se refieren a la organización administrativa y judicial relacionada con los derechos procesales de la niñez.

Asimismo, en la misma línea encontramos a Wulczyn (2010, p. 26), quien plantea que ante las situaciones que impliquen vulneraciones en los derechos de los/as niños/as, la intervención del Estado es la última instancia legítima de actuación. Agrega que deben existir subsistemas orientados a proteger a toda la niñez y unir a todos/as los/as actores/as detrás de un conjunto de objetivos comunes, para lo cual, se hace necesaria la generación de respuestas inmediatas y de largo plazo, bien coordinadas y articuladas. Además, en forma paralela, deben existir subsistemas de protección. Ubica en el primer nivel al propio sujeto de protección, entendiendo por tal al/la niño/a, considerado con su capacidad de autodeterminación y su empoderamiento; en el segundo a la familia, lo que se ajusta perfectamente con nuestro ordenamiento dado el imperativo legal que pesa respecto de los

padres/madres/tutores/tutoras y la protección constitucional que existe respecto a este primer grupo intermedio; en tercer lugar, el subsistema de la comunidad en donde se encuentra el sujeto de protección; posteriormente, el Estado, y, finalmente; los organismos internacionales (Wulczyn, 2010, p. 27).

A partir de lo expuesto, se concluye la existencia de varios niveles dentro del sistema de protección de la infancia, constándose que la tutela administrativa es uno de esos niveles, y que se posiciona entre el nivel de protección que ejerce el/la propio/a niño/a y su familia, y aquel que es ejecutado por el Estado a través de la tutela jurisdiccional.

2.1.2. La adaptación de Chile a la normativa internacional

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, y contrastándolo con el ordenamiento chileno, se advierte que, con miras a implementar los principios de la CDN, el SENAME diseñó un nuevo modelo orientado al desarrollo de sistemas locales que protejan los derechos de la niñez y la adolescencia, siendo su mayor pilar la creación de las Oficinas de Protección de Derechos (Silva, Villalobos, & Saracostti, 2011, p. 133 y ss.). A pesar de ello, diversos estudios evidencian cómo en la práctica estas Oficinas y la atención general brindada en temas de protección de infancia en los territorios han realizado un trabajo segregado y no integral hacia la infancia, desvinculando los derechos de los/as niños/as con sus necesidades (Raczynski 2001 y Silva, Villalobos, & Saracostti, 2011, p. 133 y ss). De manera que no existe actualmente una política nacional que haya evaluado y re-orientado las políticas públicas en esta área y vemos cómo las Oficinas de Protección de Derechos tienen un alcance más bien reducido, pues no interpelan a los actores que definen las políticas comunales. De esta forma, los organismos instituidos buscan ofrecer en cada uno de los ámbitos de sus competencias, la adecuada protección de los derechos de los/as niños/as chilenos/as. No obstante, aquellos entes funcionan de manera inarticulada, producto de la falta de una normativa que proteja los derechos de la infancia de manera integral; que acarrea que la realidad del sujeto no sea tratada como una, sino que se van abordando las situaciones que pueden ir suscitándose aisladamente, en forma compartimentada y no de manera global. De esta manera, no se ha logrado ajustar suficientemente sus políticas públicas a los estándares que establece la CDN en lo relativo al ISN. En otras palabras, dicho principio no se encuentra garantizado efectivamente en su

formulación e implementación, ni consta que se lo tome como una consideración primordial.

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño en las últimas observaciones efectuadas a Chile¹⁵⁵ ha verificado que se hace necesaria la aprobación de una política pública que vaya dirigida exclusivamente a la infancia, una mayor coordinación entre el Estado, todos los organismos gubernamentales y no gubernamentales y la sociedad civil y, que debe dotarse a todo ello de una mayor asignación presupuestaria que permita ampliar los recursos disponibles de toda índole.

Así, en cuanto a que es necesario la aprobación de una política pública que vaya dirigida exclusivamente a la infancia, el Comité “toma nota de que se está elaborando la Política Nacional de Infancia 2015-2025, pero expresa preocupación porque no existe un plazo para ultimarla y aprobarla y porque, desde 2010, no existe ninguna política y estrategia integrales de protección de los derechos del niño”¹⁵⁶. De esta manera, la política pública demandada debe estar “orientada a los resultados”, los cuales deben ser “supervisados y evaluados” de acuerdo a los parámetros de la CDN y, tiene que contar con recursos de toda índole (humanos; técnicos y financieros). A su vez, en esta misma línea, debe intensificarse las relaciones con organismos internacionales especializados al respecto (párrafo 11)¹⁵⁷.

Respecto a la necesidad de implementar una mayor coordinación entre las diversas instancias del Estado, el Comité “toma nota de las medidas adoptadas para reformar el marco institucional para la coordinación y realización de actividades relativas a la Convención. Sin embargo, le preocupa que el marco pueda adoptarse antes de la aprobación de la ley sobre la protección integral de los derechos del niño, lo que podría incidir en la eficacia de su protección de todos los derechos del niño. El Comité expresa

¹⁵⁵ En Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015.

¹⁵⁶ De esta forma lo establece en Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015 (párrafo 10).

¹⁵⁷ Plantea que “el Comité recomienda al Estado parte que intensifique su cooperación con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) a este respecto”. En Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015(párrafo 11).

también preocupación por la falta de información sobre los mecanismos para coordinar los diversos sectores a nivel local, regional y nacional”¹⁵⁸. De este modo, Chile debe asegurar que “el marco institucional para la coordinación y realización de las actividades para la protección de los derechos del niño se base en una ley general adecuada”; aprobar “con prontitud una ley orgánica del Ministerio de Desarrollo Social y designe a dicho Ministerio como entidad responsable de hacer efectivos los derechos del niño”; procurar que el “Ministerio reciba los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios para su eficaz funcionamiento” y, establezca “un mecanismo adecuado de coordinación a nivel nacional, regional y local, delimitando claramente las responsabilidades de las autoridades a cada nivel, y con la participación de la sociedad civil” (párrafo 13).

Finalmente, en relación a la asignación de recursos, le preocupa al Comité que en Chile siga “sin existir un mecanismo de control del presupuesto que supervise las asignaciones presupuestarias desde el punto de vista de los derechos del niño y asegure una distribución equilibrada de los recursos para reducir las disparidades. Preocupan también al Comité las dificultades experimentadas para identificar los gastos relacionados con los derechos del niño entre las distintas partidas presupuestarias, lo cual no permite evaluar el efecto de las medidas de ajuste presupuestario en los derechos del niño ni garantizar un presupuesto específico y progresivo para las políticas relativas a esos derechos”¹⁵⁹. Por lo anterior el Comité recomienda a Chile utilizar un “enfoque basado en los derechos” de los/as niño/a en la preparación del “presupuesto estatal”, con un “sistema de seguimiento” y de evaluación¹⁶⁰; velar “porque el proceso presupuestario sea transparente y participativo” con un dialogo con toda “la ciudadanía, en especial con los niños”, y con una “rendición de cuentas”; definir “partidas presupuestarias estratégicas” para la infancia, procurando que ellas aumenten, manteniéndose en “situaciones de crisis económica, desastres naturales u

¹⁵⁸ De esta forma lo establece en Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015 (párrafo 12).

¹⁵⁹ Establecido en Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015 (párrafo 12).

¹⁶⁰ Agrega en este sentido que el Estado “parte también debe utilizar este sistema de seguimiento para evaluar de qué manera las inversiones en cualquier sector pueden servir el interés superior del niño, asegurando que se midan los diferentes impactos en las niñas y los niños, y en los niños y niñas en diversas situaciones de vulnerabilidad. En Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015 (párrafo 15 a)).

otras emergencias” y, solicite con tal propósito “asistencia técnica a entidades” (párrafo 15)¹⁶¹.

Por lo tanto, para los fines de este estudio, es preciso dejar constancia de que el sistema de protección de los derechos de la infancia en este nivel opera en un escenario previo al jurisdiccional generando repercusiones inevitables para los casos que lleguen a sede jurisdiccional. De esta manera, si la intervención en esta sede administrativa se hace de modo insuficiente, inadecuada, incompleta y sin ajustarse a que el ISN sea una consideración primordial, afectará en la siguiente de las fases, la judicial, pues se intervendrá sin que haya sido agotada efectivamente la protección de los/as niños/as en sede administrativa.

En resumen, en el ordenamiento chileno se encuentra implementada la tutela administrativa de los derechos de infancia como uno de los ámbitos de su sistema de protección. Sin embargo, ésta interviene de manera ineficiente, en atención a lo constatado por el Comité de Derechos del Niño en los informes periódicos elaborados. Ello pretende responder a los delineamientos consagrados por la CDN y, a su vez, recoger las directrices contenidas en la OG número 14. Al tiempo que llama la atención sobre el hecho de que el recurso al ámbito jurisdiccional debe ser limitado y extraordinario, haciendo necesario generar niveles de intervención con miras a resguardar y proteger los derechos de los/as niños/as, bajo el paradigma de Protección Integral.

Ello se logra por medio de la generación de políticas públicas como las ya descritas, que una vez más deben ser ideadas de acuerdo a la normativa contenida en la CDN. Entonces, agotada dicha intervención, es que opera la ejercida por el Poder Judicial, la que se constituye como la última instancia de intervención.

2.2. La protección jurisdiccional

La tutela jurisdiccional es comprendida como aquella protección ejercida por el Estado a través del accionar del órgano judicial, por medio de un proceso. El proceso, por su parte, es entendido como el instrumento utilizado para satisfacer las pretensiones de las

¹⁶¹ Señalando la recomendación entre otras a la UNICEF.

personas¹⁶². Además de las fases que lo configuran, en términos de Guasp, el proceso cuenta con dos elementos que lo conforman: la pretensión y la satisfacción. La primera, esto es la pretensión, es la reclamación formalmente dirigida por un miembro de la comunidad frente a otro ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerla. La segunda de ellas implica no dar siempre la razón al/la reclamante, sino recoger, examinar y decidir por el poder público sobre su queja, actuando o denegando su actuación, según parezca o no fundada (Guasp, 2006, p. 35). Por otro lado, en cuanto a las fases del proceso son una serie de actos concatenados con un propósito, que en su conjunto se les denomina procedimiento.

Con ello en mente, en este apartado se pretende analizar las normas que consagran la tutela jurisdiccional de los derechos de la niñez en Chile, circunscrito a las normas relativas a las medidas de protección y al PEP. Para ello, será abordado el contenido de la Constitución de Chile y la normativa existente en el ámbito infraconstitucional. Luego será revisada nuevamente la CDN, así como las OG 12 y 14 en lo tocante a la tutela jurisdiccional vinculada al ISN. Finalmente, será posible identificar que la tutela jurisdiccional de los derechos de los/as niños/as debe incorporar ciertas directrices en su formulación, que al cumplirse aseguran que se cuente una consideración primordial con el ISN. El examen y análisis particular del órgano encargado de su ejecución, el procedimiento propiamente dicho, la sentencia que de él emana, y las medidas de protección posibles de aplicación, serán desarrolladas en los siguientes apartados por contar con aspectos específicos. Lo anterior, porque en cada uno de ello el ISN debe concretarse de un modo particular lo que repercute en la forma en que este debe ser implementado.

Pues bien, en el ordenamiento jurídico chileno el derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos de los/as niños/as aparece consagrado genéricamente en el artículo 19.3 de la Constitución, al expresar que se asegura a todas las personas la igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos¹⁶³. Y esos derechos serán protegidos en el ámbito jurisdiccional por la figura del/la juez/a, cuya labor también se desprende de la Carta Magna, en la que se obliga a los tribunales a respetar y promover los derechos allí

¹⁶² En términos empleados por Guasp (2006, p. 35)

¹⁶³ El artículo 19 de la CPR chilena establece que “asegura a todas las personas: 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”

consagrados, como también los recogidos en normas supraconstitucionales (artículo 5.2)¹⁶⁴. Para completar el panorama, allí también se reconocen y regulan determinados derechos de las personas (artículo 19¹⁶⁵), se prevé que dichos derechos no pueden ser afectados en su esencia (artículo 19 número 26)¹⁶⁶, y se establece que todos los preceptos constitucionales deben ser respetados como máximas jurídicas dentro de la pirámide normativa estatal (artículo 6)¹⁶⁷. En consecuencia, se concluye que dichas normas, por hacer alusión a la persona en general, se aplican también al/la niño/a, a la luz de la CDN, que forma parte también del ordenamiento jurídico nacional¹⁶⁸.

Ahora bien, como ya se ha establecido, en el ámbito legal la tutela jurisdiccional de los derechos de la infancia aparece contenida en las dos Leyes ya citadas, es decir, la 16618¹⁶⁹ y la 19968¹⁷⁰, que en su conjunto regulan el PEP. En ese sentido, la primera aporta las medidas de protección que pueden ser adoptadas ante la vulneración o grave amenaza de los derechos de un/a niño/a. La segunda, por su parte, consagra el órgano que aplica la medida de protección ante una vulneración de derechos, esto es, los Tribunales de Familia¹⁷¹; las situaciones que resultan de su competencia¹⁷²; los principios que rigen en los procedimientos allí previstos; las normas sobre la prueba; y en lo que atañe a la investigación, el procedimiento especial que debe ser adoptado para aplicar una medida de protección, o en otras palabras, el PEP propiamente dicho, junto con los medios de

¹⁶⁴ Norma que como ya fue expuesto hace parte del ordenamiento jurídico chileno a los tratados internacionales que se encuentran ratificados y que están vigentes, dentro de los cuales se encuentra la CDN.

¹⁶⁵ Este artículo se encuentra precisamente en el capítulo de la CPR llamado: “Los derechos y deberes constitucionales) y en éste se establecen los derechos que asegura.

¹⁶⁶ La norma es el último numeral del artículo 19 -norma que consagra los derechos que se aseguran a todas las personas- que establece: “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

¹⁶⁷ De esta manera, el artículo 6 de la CPR consagra que los órganos del Estado (dentro de ellos los tribunales) “deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella...” y agrega la norma que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

¹⁶⁸ Así, Bordalí (2002, p. 56), señala que, en el ordenamiento jurídico chileno, tanto el Tribunal Constitucional como la jurisdicción ordinaria defienden jurisdiccionalmente la Constitución.

¹⁶⁹ Publicada el 08 de marzo del año 1967. Promulgada el 03 de marzo del mismo año:

¹⁷⁰ Publicada el 30 de agosto de 2004, promulgada el 25 de agosto del mismo año.

¹⁷¹ Artículo 1 de la ley número 19968. Su competencia se encuentra establecida en el artículo 8 del mismo cuerpo legal.

¹⁷² El artículo 8 número 7 de la ley número 19968 establece que serán de competencia de los Tribunales de Familiar: “todos los asuntos en que aparezcan niño/as “gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección”.

impugnación que concurren y, la manera en que se debe ejecutar la medida de protección en cuestión¹⁷³.

A este respecto, resulta relevante detenerse en los principios que la Ley 19968 consagra¹⁷⁴ en relación al ISN. Como primer punto, cabe observar que la norma da un tratamiento conjunto al mencionado principio y al derecho del/la infante a ser escuchado. De esta forma, establece que el objetivo de la Ley es “garantizar a todos” los/as niños/as que “se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías”. Agrega que ambos principios son rectores, debiendo el/la juez/a de familia “tener[los] siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”¹⁷⁵. Por su parte, la CDN establece en su artículo 3.1 que los todos “los tribunales” deben dar un valor especial al ISN en todas las medidas que adopten. Además, establece que la tutela jurisdiccional es el último de los ámbitos de resguardo de los derechos de la infancia ejercido por el Estado, teniendo como objetivo proteger los derechos de la infancia ante riesgos o situaciones de vulneración, debiendo ajustarse a los principios y derechos consagrados en el instrumento internacional. De tal forma, cumplirá su cometido resguardando, asegurando y garantizando efectivamente estos derechos.

Pues bien, la OG número 14 define los requisitos para que el ISN sea debidamente considerado en las decisiones judiciales que los afecten. Postula que su propósito general es “promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos” (numeral 12). De esta forma, en relación a la tutela jurisdiccional, este instrumento, por una parte, efectúa precisiones en torno a los términos utilizados por la CDN en el artículo 3.1 y, por otro lado, busca concretarlo e implementarlo de forma real y efectiva, aportando parámetros que permitan determinarlo y evaluarlo.

En cuanto a las precisiones que consagra este instrumento cuando alude a la expresión “tribunales”, incorpora “todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean, y todas

¹⁷³ Artículos 68 y siguientes de la ley 19968.

¹⁷⁴ Lo que son establecidos en el título III, llamado “Del Procedimiento”, párrafo primero, denominado “De los principios del procedimiento”. En su artículo 9 instituye que también son principios de este procedimiento: la oralidad, concentración y desformalización. Agrega que: “en él primarán los principios de la intermediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes”.

¹⁷⁵ Consagrado en el artículo 16 de la ley número 19968.

las actuaciones” relacionadas con la niñez. Es decir, este llamamiento va dirigido a todos/as aquellos/as que, dentro de su competencia, les corresponda resolver situaciones que los/as afecten de cualquier manera en el ámbito judicial. También esta expresión alcanza a todos los tribunales, sea cual sea su jerarquía. Por último, el hecho que deba darse especial valor al ISN cuenta con efectos a nivel “macro”, dado que ello también debe constar en el caso de utilización de medios alternativos de resolución de conflictos, como son “los procesos de conciliación, mediación y arbitraje” (numeral 27).

De igual modo, la directriz hace alusión en términos generales a que, para los asuntos de “carácter civil”, el/la niño/a puede defenderse a sí mismo o designar un representante en los asuntos que le atañe. Incluye dentro de estos asuntos civiles, las situaciones de “malos tratos o el abandono de niños”. Agrega que “los tribunales deben velar” porque el ISN se tenga en cuenta en todas “las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente” (numeral 29). Lo anterior, impone un esfuerzo para el ejercicio de la tutela jurisdiccional, toda vez que sólo se podrá concluir que se resguardó y garantizó el ISN si, tanto en la forma en que se ejecuta el remedio procesal, como en las cuestiones de fondo, ello se encuentra debidamente constatado, a la vez que comprobado.

En síntesis, en cuanto a las consideraciones que permiten concretar e implementar de forma real y efectiva el ISN en la sede jurisdiccional, se establece que los Estados parte cuentan con la obligación de que dicho principio sea un eje rector en las decisiones que se tomen; que “todas las decisiones judiciales (...) dejen patente” que éste “ha sido una consideración primordial”, lo que presupone incorporar una explicación de “cómo se ha examinado y evaluado” el ISN, así como también la relevancia “atribuida en la decisión”. Todo lo anterior, siempre que la medida afecte a los/as niños/as (numeral 14); y además la OG número 14 consagra, que a tales fines, se revise y modifique toda la legislación, cualquiera sea su rango, para que se ajuste debidamente a dichos parámetros. Ello se traduce en que el principio se tiene que tomar en cuenta en los procedimientos judiciales, tanto desde el derecho sustantivo como en normas de procedimiento; que sea considerado en los “mecanismos y procedimientos de denuncia, curso o reparación” y “en todas las medidas judiciales”; que se capacite a las personas que toman decisiones, y; sean informados/as los/as niños/as y su medio de los alcances de la normativa, dándoles la

oportunidad de participar efectivamente y con la “importancia debida” (numeral 15).

Por otra parte, la OG número 12, respecto de la tutela jurisdiccional, precisa que el artículo 12 de la CDN impone a los Estados parte, además de la exigencia de establecer mecanismos que permitan recoger la opinión del/la niño/a y tomarla en consideración, que ella debe ser “colectada e incorporada” en los análisis que se efectúen a su respecto, lo cual es aplicable a todos los procedimientos (párrafo 32).

Agrega la directriz dos condiciones para recoger esta opinión en sede judicial: que el entorno sea amable y adecuado, y que los procedimientos sean “accesibles y apropiados” (párrafo 34). Además, el instrumento va más allá, al particularizar que la información debe ser transmitida de manera adaptada para la infancia, que cuente con ayuda idónea para la defensa de sus intereses, que se cuente con personal especialmente capacitado, que se adapte el diseño de las salas del Tribunal, así como también el vestuario de los jueces y abogados, y “la disponibilidad pantallas de protección visual y salas de espera separadas” (párrafo 34). En otras palabras, para cumplir con el propósito de escuchar al/la infante en sede judicial, en los términos del artículo 12 de la CDN, la directriz establece medidas que son específicas y particulares, que responden a la especial atención que merece éste sujeto de derechos. Se trata de exigencias mayores que las establecidas para la sede administrativa.

Así las cosas, considerar al ISN en el ejercicio de la tutela jurisdiccional, en los términos dispuestos por la CDN y las OG, implica un gran desafío para los Estados parte, dado que estos deberán tomar todas las medidas que sean necesarias para garantizar que este principio sea considerado de manera primordial. Es decir, deberá constar y ser comprobado cómo se materializó en cada uno de los momentos procesales que sean contemplados. A su vez, es necesario que sea puesto de manifiesto cómo éste se determinó, evaluó y qué “peso” se le asignó. Pero ello no es todo, también involucra que haya sido comprendido por cada una de las personas que intervengan en ese estadio, por ser la única forma de garantizar que puedan aplicarlo en forma adecuada, y que se logre informar al/la niño/a en cada uno de los instantes que componen la experiencia jurisdiccional. De más está decir que éste también deberá contar con la posibilidad de participar como sujeto de derecho, para lo cual tendrán que estar disponibles los mecanismos necesarios y útiles para

agotar tal propósito.

Ahora bien, de darse la implementación del principio en los términos hasta aquí descritos, se asegurará efectivamente que el sistema de protección en sede jurisdiccional se ajuste al contenido de la CDN. Sin embargo, para dar real cabida a dichos requerimientos, ello conlleva la necesidad de imprimir un cambio de enfoque al procedimiento usualmente previsto para cualquier otro asunto que deba resolverse en sede judicial. Lo que equivaldría a decir, que no pueden tratarse los asuntos relativos a la niñez bajo los parámetros de un procedimiento penal, administrativo, o civil, propiamente dicho.

En ese sentido, y a modo de ejemplo, la óptica que impera en el campo civil es la solución de un conflicto o de una controversia entre particulares, donde las partes del juicio han desarrollado su confrontación en forma libre (Taruffo, 1996, p. 136). El juicio civil fue ideado para tutelar los derechos privados. Sin embargo, esta ideología que no es aplicable a los derechos de la infancia porque en este caso no existen dos personas en un plano de igualdad formal, que frente a pretensiones contrapuestas, vinculadas a cierto derecho que se reputa violado, reclaman al órgano jurisdiccional en busca de una solución. De esta manera, se entiende que la pretensión -como uno de los elementos del proceso- se relaciona “con la posibilidad de participar en la protección de los derechos fundamentales y en la reivindicación de los derechos sociales” (Marinoni, 2007, p. 227). Participación que debe realizarse a través de un procedimiento idóneo, pues de lo contrario no cumple con su objetivo. En este sentido, también Alexy plantea que “el derecho a la protección no exige solamente normas de contenido material, sino igualmente normas procesales” (Alexy, 1993, p. 474).

Así las cosas, con el objetivo de tutelar los derechos, esto es, asegurarlos y resguardarlos, el Estado debe implementar diversas formas, técnicas o procesos que respondan a las necesidades que se buscan amparar. En este sentido, Marinoni (2007, p. 174) plantea que “las técnicas procesales y el procedimiento deben adaptarse a los diferentes deseos de tutelas para proteger los derechos”, por lo que la técnica procesal no puede limitar la facultad de las personas de acceder a una protección efectiva de sus derechos. Si no se hiciera así, se estaría faltando a ese deber. De tal modo, “la técnica procesal (...) sirve para cumplir los designios del derecho material (...) si el deber del

legislador de establecer un procedimiento idóneo se considera incumplido en un determinado caso concreto, el juez, a pesar de esto, no pierde su deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva” (Marinoni, 2007, p. 231). Por lo anterior, el juez tiene “el deber de interpretar la legislación a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, estando obligado a extraer de la regla procesal su máxima potencialidad, siempre con la finalidad de tutelar efectivamente los derechos” (Marinoni 2007, p. 231). Por lo tanto, la condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo sujeto involucrado (Alexy, 1993, p. 472).

En síntesis, no cabe concebir un único procedimiento aplicable a toda situación que pueda arribar a los estratos judiciales, pues responden a naturalezas disímiles, involucran otro tipo de bienes jurídicos, y también buscan distinta clase de soluciones o consecuencias (como algunas de las aristas que pueden diferenciarlas). En esa línea, si se adoptara dicho camino, lo cierto es que se estaría vulnerando el derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva. Es que, reitero, un único procedimiento jamás tendría la aptitud para dar cuenta de escenarios materiales distintos. En consecuencia, éste no puede alejarse de la realidad social, ni de las necesidades, ni de los derechos y de la vida que en cada caso se encuentran en juego.

En el caso de la niñez, el/la legislador/a está obligado/a a formular técnicas procesales adecuadas para dar amparo a los derechos de sus integrantes, y el/la juez/a tiene el deber de preocuparse por las necesidades del derecho material, para encontrar la norma técnica procesal idónea para dar cumplimiento a la tarea de manera efectiva. Desde esta perspectiva, se logra que el campo de protección procesal sea ampliado, para atender a todas las situaciones que carecen de tutela jurisdiccional y que el proceso se relacione adecuadamente con las necesidades del derecho material¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Para permitir un mejor desarrollo y efectividad de la tutela de los derechos de los niños/as, en el sentido que sea efectiva, no se debe descartar la propuesta del profesor Taruffo (1996, p. 142 y ss), en orden de atribuir al juez un poder inhibitorio general, que debe ejercitarlo según las circunstancias y con la posibilidad de adaptar el procedimiento a tales circunstancias. Esta propuesta se inserta en una más general: flexibilizar la tutela procesal, minimizando la rigidez de la disciplina del proceso para que el juez adapte, en cada caso, la modalidad del procedimiento a las exigencias diversas que surgen de la realidad social. Expone el autor que, se consagra la idea de la justicia total al establecer que el proceso debe permitir que toda persona que tenga una necesidad tiene que ser conocida por un tribunal y ver al final del proceso si el actor era verdaderamente titular del derecho (Taruffo, 1996, p. 142 y 143).

Bajo estas consideraciones, se entiende que el procedimiento destinado a la protección de los derechos de la infancia resulte especial y busque ser moldeado o ajustado a las características particulares del grupo en cuestión. En consecuencia, se deriva de modo general, independientemente de la situación concreta de cada Estado, que el mismo debe cumplir con ciertas características: (i) debe ser de urgencia, (ii) debe contemplar la existencia de una tutela preventiva o inhibitoria de la vulneración propiamente dicha, (iii) no admite resarcimiento monetario, y (iv) en él se invierte el *onus probandi* (carga de la prueba)¹⁷⁷.

En cuanto a la urgencia, por una parte, significa que la intervención debe ser inmediata, ya que la urgencia en los hechos da cuenta de que existe prisa en proteger efectivamente los derechos de los/as niños/as. Lo contrario, es decir una tutela intempestiva, significaría no considerar su especial vulnerabilidad por ser personas en crecimiento. En ese sentido, la protección de sus derechos fuera de tiempo, según Bellof (1999, p. 9) y Pinto (2000, p. 27), implica la reducción de su eficacia. Por otra parte, la noción de urgencia se relaciona con la idea de la tutela anticipada. El principio de urgencia ilumina el contenido de los dos requisitos de las providencias de naturaleza cautelar: la relevancia del fundamento de la demanda y la relevancia del temor fundado de esperar el resultado del juicio. Es decir, siendo relevante el fundamento de la demanda y configurando el *fumus boni juri*, el sistema presume la urgencia de la providencia en razón de la peculiar condición de sujeto de derecho en fase de desarrollo.

Otra noción que caracteriza a la tutela jurisdiccional de los derechos de la infancia se encuentra en la necesidad de contemplar la existencia de una tutela de carácter preventivo o inhibitoria. En un principio, la jurisdicción se encontraba dispuesta a garantizar los derechos de los particulares y su reintegración en el caso de que estos fueran afectados. Se excluía de la función del proceso la prevención, ya que ello significaba ampliar los poderes del/la juez/a y limitar la autonomía privada. Por ello, la actividad de prevención quedó resguardada dentro de la esfera administrativa y, solo frente a la inobservancia del ordenamiento, actuaba la jurisdicción. Tradicionalmente, el concepto de jurisdicción implicaba la activación del mecanismo estatal cuando el derecho ya se

¹⁷⁷ Nociones desarrolladas en Núñez Romero (2010, p. 275 y ss.)

encontraba afectado, siempre que la persona interesada lo solicitara, en aras a la restauración o recomposición de la situación de manera tal que ésta volviera a ser como era previo a la afectación, o, de no ser posible, solicitara la indemnización en dinero. De ello se advierte que esta forma de tutela resulta del todo inapropiada para el caso de que el derecho involucrado no sea estrictamente individual, o que no tenga una expresión monetaria, como es el caso de aquellos que atañen a la infancia, que no son susceptibles de expropiación. Así Marinoni refiere, por ejemplo, que los derechos de la personalidad, al no tener una función patrimonial, no permiten la aplicación de la figura de la indemnización como forma de tutelarlos (Marinoni, 2007, p. 233).

Se concluye entonces, para el caso de la tutela jurisdiccional de los/as niños/as, que se requiere implementar, dentro de las técnicas procesales y procedimientos, otra lógica que contemple la prevención ante la eventual vulneración de los derechos, o bien una tutela inhibitoria.

Por otro lado, y relacionado con lo anterior, también cuenta como característica particular que la tutela jurisdiccional de los derechos de la niñez no es susceptible de resarcimiento monetario porque dichos derechos no cuentan con un valor por los que sean reemplazables. Así, Marinoni (2007, p. 190) señala que no se busca un resarcimiento, sino evitar que la norma sea violada. Solo se podrá dar efectiva tutela a sus derechos, si la tutela jurisdiccional se ajusta a la especial condición de la infancia.

Lo recién expuesto conlleva también que la noción de la sentencia condenatoria como técnica procesal para la tutela jurisdiccional de los derechos de los/as niños/as resulta insuficiente, dado que ella debe responder a otras lógicas. En este sentido, Marinoni (2007, p. 57) expone que “para la tutela pecuniaria o resarcitoria en dinero fue elegida como técnica procesal, la sentencia condenatoria”. De esta forma, dicha lógica se ajusta a la óptica de intercambio de bienes, ya que el objetivo en esos casos es igualar las necesidades y derechos obteniendo una equivalencia. Sin embargo, esta idea no es replicable en la situación de la infancia. La lesión no es susceptible a una valoración monetaria, porque el costo de la afectación de sus derechos no es negociable desde una perspectiva económica. Por otra parte, estos derechos, al ser violados o amenazados, no encuentran un tratamiento adecuado en la sentencia condenatoria, ellos requieren que el/la juez/a actúe en función a

las necesidades del caso concreto, interpretándolo de acuerdo al derecho material y con los valores constitucionales¹⁷⁸.

Además, también acarrea la necesidad de reformular la idea de unificación entre el ilícito civil, el hecho dañoso y el resarcimiento en dinero en materia de derechos de la infancia, debido a que ello obedece a una concepción de responsabilidad civil¹⁷⁹, que no cabe en el marco de una adecuada tutela de derechos aquí en trato. Como se ha venido diciendo, un acto contrario a estos derechos, no puede ser reparado con la obligación de cancelar una suma de dinero. Jamás tendrá la misma efectividad que el resarcimiento en forma específica. Marinoni (2007, p. 67) establece que “asociar acto contrario a derecho, daño y dinero significa (...) no percibir que el deber de reparar no se puede confundir con las formas de reparación y que hay actos contrarios a derecho que, aunque no han producido daños, no pueden dejar de ser sancionados por el proceso civil”.

Por último, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, cabe indicar que en estos casos la incorporación de los antecedentes probatorios no pesará sobre el/la propio/a niño/a cuyos derechos se alegan vulnerados, sino que sobre los/as adultos/as involucrados en la presunta violación, lo que implica que ellos/as deberán asumir el cargo de demostrar que cumplen con las condiciones para cubrir sus necesidades y bienestar. Además, la ponderación que de todo ello se haga, deberá obedecer a la misma lógica, es decir, optando por aquella que permita de mejor manera resguardar la situación del niño/a de acuerdo a su ISN para el caso en concreto.

En cuanto a la situación chilena, se observa que el sistema de protección jurisdiccional, pese a no contar con una consagración constitucional específica y especial

¹⁷⁸ Así Ferrajoli señala que “la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidas en las mismas” (Ferrajoli, 1999, p. 24). De lo anterior se puede comprender al principio de legalidad, ya no en el sentido de la sujeción del juez ante la ley, sino como sujeción a la ley en cuanto válida. Es decir, el juez al tutelar los derechos de la infancia debe sujetarse a la ley que efectivamente promueva la protección de ellos, interpretando la normativa existe a la luz de los parámetros que permitan conducir efectivamente a ese resulta, esa será la norma en cuanto válida. Así la técnica de la sentencia condenatoria no responde a esa mirada, por tal motivo, como tal, debe ser superada.

¹⁷⁹ Marinoni (2007, p. 192) plantea que la asociación de ilícito y daño deriva de la suposición de que la violación del derecho solamente puede exigir del proceso civil tutela contra el daño -en forma específica o por equivalente monetario- pero jamás una tutela destinada a remover el ilícito.

para los/as niños/as, sí que puede colegirse de sus normas. Sin embargo, como ya se ha dicho en apartados anteriores, se constata que la legislación vigente no ofrece un tratamiento acabado e integral al respecto, reconociéndose únicamente la existencia de una normativa de carácter procedimental que recoge el ISN como principio y lo hace aplicable a todos los procedimientos que sean de conocimiento de los Tribunales de Familia, entre ellos, el PEP.

También se concluye que lo dispuesto tanto en la CDN en su artículo 3.1, como en la OG número 14, resulta aplicable a la tutela jurisdiccional ejercida mediante el PEP, dado que ninguno de estos instrumentos hace precisiones relativas al alcance de las expresiones “tribunales” y “decisiones judiciales”. De esta manera, su contenido es plenamente aplicable con miras a garantizar que el ISN sea una consideración primordial. Por otra parte, y con el mismo propósito, la tutela jurisdiccional ejercida por medio del PEP deberá contemplar un mecanismo que sea específico, considere otras formas de tutela y, obedezca a otros objetivos, que por su naturaleza no son cuantificables.

A su vez, como ya fue explicitado, de acuerdo a las recomendaciones efectuadas por el Comité de Derechos del Niño, tanto en el año 2007¹⁸⁰, como en el año 2015¹⁸¹, se concluye que efectivamente el sistema existente en Chile no brinda una protección integral de acuerdo a la normativa de la CDN tampoco en el ámbito jurisdiccional, ni consecuentemente en el PEP, a la vez que los/as operadores/as jurídicos/as - jueces/zas y profesionales que se desempeñan en el ámbito de la justicia- no cuentan con una normativa en el ámbito de lo sustantivo que contenga los delineamientos que establece el ISN. Vale

¹⁸⁰ En Comité de los Derechos del Niño, 44º período de sesiones, Examen de los informes presentados por los Estados, Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño (CRC) – Chile (2007), 23 abril, 2007, numeral 8. Donde ha señalado que “reitera su preocupación a este respecto y recomienda al Estado Parte que ultime con celeridad el proceso de reforma de la Ley de menores de 1967 a fin de brindar una protección integral a todos los niños. El Comité recomienda además que se haga una distinción clara, en los procedimientos judiciales y a todos los demás efectos, entre los niños que necesitan protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley”.

¹⁸¹ En Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 30 de octubre de 2015, numeral 7 y 9. En ellos señala que “7. El Comité recomienda al Estado parte que adopte todas las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones que figuran en sus observaciones finales de 2007 (CRC/C/CHL/CO/3) a las que aún no se haya dado cumplimiento, o a las que se haya dado cumplimiento de manera insuficiente, en particular las relativas a la aprobación de una ley sobre la protección integral de los derechos CRC/C/CHL/CO/4-5 GE.15-18924 3/23 del niño (párr. 8), la reunión de datos (párr. 20) y la asignación de recursos (párr. 17)”. Y “9. Recordando su anterior recomendación (CRC/C/CHL/CO/3, párr. 8), el Comité recomienda al Estado parte que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño.

recalcar que únicamente tienen a mano una Ley adjetiva que consagra el PEP y un enunciado correspondiente al principio. Por otra parte, y considerando la relación complementaria del ISN con el derecho del/la niño/a a ser escuchado/a consta que este derecho consagrado en el artículo 12 de la CDN no es reconocido “en todos los asuntos relativos a sus derechos, en particular, en la justicia” (numeral 28)¹⁸².

Pues bien, revisada de un modo general la situación chilena respecto del sistema de protección de los derechos de la infancia, se logró obtener una panorámica del ordenamiento en estudio, constando la existencia de niveles. Dentro de ellos, se reconoció a la tutela jurisdiccional como la última instancia de intervención, ya que opera agotadas las otras previas. Esclarecido lo anterior, a continuación, se efectuará el análisis del órgano que aplica el PEP, que son los Tribunales de Familia.

3. El Procedimiento Especial de Protección (PEP)

Como se ha señalado, el objeto de esta tesis es el Procedimiento Especial de Protección, uno de los medios de amparo jurisdiccional de los derechos de los/as niños/as en territorio chileno, que tiene por fin específico la determinación de la procedencia (o no) de medidas destinadas a remediar y revertir situaciones de graves vulneraciones y amenazas a esos derechos. Es aquí donde, finalmente, se desarrollará en extenso el procedimiento en cuestión.

Para ello, se realizará un análisis de la legislación chilena, y se contrastará con las partes de interés de la CDN y de las OG números 12 y 14 del Comité de Derechos del Niño, así como también con lo apuntado en las Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos emitidos por ese Comité relativos a Chile en específico, lo que permitirá establecer si el mentado procedimiento cumple con los estándares o parámetros allí esbozados, en cuanto a la efectiva consagración del ISN y de la participación de los/as infantes en este ámbito de la tutela jurisdiccional. En ese sentido, para un adecuado abordaje del tema, primero se hará referencia al órgano encargado de ejecutar el PEP, que es el Poder Judicial a través de los Tribunales de Familia. A continuación, serán

¹⁸² En Comité de Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 30 de octubre de 2015, numeral 27 y siguientes.

identificadas las personas facultadas para iniciarlo, pues ello conducirá a evaluar la importancia que se le da en el ordenamiento legal chileno a legitimación activa del propio niño/a. Y ya frente al procedimiento, se recorrerá cada uno de los momentos procesales que lo integran, que se dividen en la etapa de la admisibilidad, de la audiencia preparatoria de juicio oral, y del juicio oral en sí mismo. De esta manera, se arribará a la culminación del trámite jurisdiccional, que se materializa en la sentencia del Tribunal por la que se decide si se aplican (o no) medidas de protección en cada caso concreto.

3.1 El órgano llamado a tutelar jurisdiccionalmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes: el Tribunal de Familia

Habiendo desarrollado el panorama general del PEP, cabe ahora un apartado dedicado exclusivamente al órgano encargado de llevarlo a cabo y de aplicar las medidas previstas para los casos de graves vulneraciones o amenazas a los derechos de la infancia, que es el Poder Judicial a través de los Tribunales de Familia. Este análisis nos permitirá si este se adecua, en su formulación, a los parámetros internacionales de manera que garantice la adecuada realización del ISN.

A tal fin, en línea con lo que se viene haciendo, se analizará la legislación chilena en lo que guarde relación con ello, así como también la CDN y las OG números 12 y 14, para luego ofrecer una reflexión acerca de si dichos Tribunales cumplen con el propósito previsto y sentado por la referida normativa internacional de la materia.

Pues bien, la Constitución de Chile, en su artículo 76, establece que la facultad de conocer, resolver y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por Ley, a la vez que para cumplir con tal cometido, existen tanto tribunales “ordinarios” como “especiales”¹⁸³. Dicha norma, además, debe conjugarse con lo asentado en el artículo 1, inciso 1, de la misma norma suprema, pues consagra que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y con el artículo 19, número 3, inciso 1º, que garantiza el derecho de acceso a la justicia. De estas normas, en consecuencia, se desprende que el Poder Legislativo chileno se encuentra obligado no sólo a crear órganos y

¹⁸³ La CPR consagra en su artículo 76 inciso primero, primera parte, que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”.

procedimientos jurisdiccionales, sino que éstos deben ser diferenciados, para permitir que toda persona en el territorio nacional pueda buscar el debido amparo judicial.

En ese sentido, a fin de materializar el mandato allí impuesto, y en relación a la materia que aquí nos compete, se ha previsto en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales que “forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia...”, entre otros¹⁸⁴. Y más en específico, mediante el artículo 1 de la Ley 19968, se crearon los Tribunales de Familia, que fueron caracterizados como “judicatura especializada”¹⁸⁵, “encargados de conocer los asuntos de que trata esta Ley y los que les encomienden otras Leyes generales y especiales, de juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado.”.

Ahora bien, en concreto, vale decir que dichas judicaturas son conformadas por un/a juez/a, un/a consejero/a técnico/a¹⁸⁶, un/a administrador/a y funcionarios/as que se organizan en unidades administrativas. De esta forma, se logra el cometido de que sean “especiales”, pues resultan multidisciplinarias, al ser integradas cada una por un sujeto -consejero/a técnico/a- que asesora al/a juez/a desde una disciplina distinta a la legal, pues no resulta ser un/a abogado/a sino un/a experto/a en materias de familia. Su incorporación busca otorgar una mirada global al conflicto familiar, para intentar arribar a una solución integral a la problemática sometida al conocimiento del tribunal.

Vale aclarar que la figura del/la consejero/a técnico/a no se halla definida expresamente por la Ley. Pese a ello, su conceptualización se desprende de las funciones que desempeña, que es “asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su

¹⁸⁴ El artículo 5 de la mencionada norma establece que: “a los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes”.

A su vez consagra que “integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía”. A estos les corresponde el conocimiento de todos los asuntos que se promueven, por el interés jurídicamente vinculante, cualquiera que sea la naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervienen, salvo las excepciones legales.

¹⁸⁵ Lo que aparece establecido en el título I denominada “De los Juzgados de Familia y su organización”, párrafo primero llamado “De los Juzgados de Familia”.

¹⁸⁶ Depende el número de jueces y consejeros técnicos por la comuna donde se encuentren ubicado el tribunal. Artículo 4 de la ley número 19968

especialidad”¹⁸⁷. De manera que puede ser definida como aquél/la integrante del Tribunal de Familia que mediante su esfera de conocimiento vinculada a la infancia, y diferente a la legal, aconseja y auxilia a la persona encargada de juzgar con el propósito de otorgar a la resolución que se adopte respecto de un conflicto, un contenido holístico o integral.

Y lo cierto es que lo anterior se encuentra perfectamente en sintonía, al menos desde un plano teórico, con los principios del ISN y el derecho a ser oído/a -que ya he desarrollado en secciones anteriores-, toda vez que no se conoce una mejor manera de concretarlos, a la luz de que ellos deben ser siempre “una consideración primordial en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”¹⁸⁸.

En cuanto a los asuntos, como también se dijo, estos Tribunales de Familia conocen las materias y procedimientos previstos en la Ley 19968, dentro de los cuales se encuentran las medidas de protección¹⁸⁹ y el PEP¹⁹⁰. A ese respecto, la Ley consagra que ellos son los únicos órganos, dentro del ordenamiento jurídico chileno, que pueden adoptar medidas de protección respecto de niñas/os.

Por otra parte, como ya se ha establecido, en la mencionada Ley se estatuye también el PEP, desde su inicio hasta su final, con las diferentes precisiones que hacen a cada uno de sus momentos. En lo que aquí concierne, se destaca que, si bien la regla general en todo otro proceso judicial ante tribunales de familia es que las partes deben comparecer representadas por abogados/as, en este caso, podrán hacerlo y actuar “sin necesidad de mandatario judicial ni de abogado patrocinante, salvo que el juez lo estime necesario”¹⁹¹.

¹⁸⁷ El artículo 5 de la ley comento consagra que “en particular, tendrán las siguientes atribuciones: a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que les sean solicitadas; b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente; c) Evaluar, a requerimiento del juez, la pertinencia de derivar a mediación o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos que esta última pudiere llevarse a cabo, d) Asesorar al juez, a requerimiento de este, en la evaluación del riesgo a que se refiere el artículo 7° de la ley N°20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.”)

¹⁸⁸ Inciso 2 del artículo 16 de la ley número 19968.

¹⁸⁹ El artículo 8 de la ley número 19968 establecen cuales son las materias de sus competencias y, en su numeral 7 instituye como una de ellas las medidas de protección. Estás, como se ha expuesto en reiteradas oportunidades en esta investigación se encuentran contenidas en la ley número 16618.

¹⁹⁰ La referida ley contempla tres clases de procedimientos, el ordinario, el contravencional y el PEP. El primero de ellos es de carácter general y supletorio. Es decir, se aplica a todos los asuntos que no cuenten con un procedimiento específico para ellos. El segundo, es aquel que se aplica en los casos de los infractores de ley que no sean de competencia de tribunales penales.

¹⁹¹ Artículo 18 de la ley número 19968.

Además, consagra la posibilidad de que el/la niño/a pueda iniciar el proceso por sí¹⁹², sin la necesidad de cumplir “formalidad alguna”¹⁹³. A ello agrega que el/la infante será citado/a para llevar a cabo una audiencia con el objetivo que pueda aportar antecedentes “para una acertada resolución del asunto”, y que en esa oportunidad, el/la juez/a deberá informar a todos/as los/as presentes del “motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, y responderá a las dudas e inquietudes que les surjan”, ordenando que para el caso de niños/as “serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible”¹⁹⁴.

La Ley también contempla que es la figura del/la juez/a la llamada a indagar personalmente en cada una de las audiencias que sean fijadas, así como también recabar los antecedentes del proceso; escuchar a todas las partes, incluidos/as los/as niños/as; recepcionar las pruebas y determinar cómo afecta al/a niño/a y la identidad de los involucrados¹⁹⁵, para de esta forma decidir el asunto sometido a su conocimiento. Agrega expresamente que el juez se podrá hacer asesorar por el consejero técnico en el caso que “se objeten los informes periciales”¹⁹⁶.

Finalmente, esta Ley hace mención expresa a la necesidad de contar con espacios físicos idóneos para llevar a cabo la escucha de los/as niños/as. De esta manera, instituye que para cumplir con tal propósito deberá hacerlo “en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”¹⁹⁷.

De las normas antes expuestas se concluye que, dentro del ordenamiento en estudio, el único órgano instituido para resolver la aplicación (o no) de una medida de protección por medio del PEP, es el Poder Judicial a través de los Tribunales de Familia; los que sin duda son considerados, como especiales, no sólo por las materias particulares que tratan, sino también por su composición multidisciplinaria y la forma de intervención.

¹⁹² Artículo 70 de la ley número 19968.

¹⁹³ Inciso 2 del artículo 70 de la ley número 19968 que establece: “El requerimiento presentado por alguna de las personas señaladas en el inciso anterior no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento”.

¹⁹⁴ Artículo 72 de la ley número 19968.

¹⁹⁵ Inciso final del artículo 72 de la ley número 19968.

¹⁹⁶ Artículo 73 de la ley número 19968.

¹⁹⁷ Inciso final del artículo 69 de la ley número 19968.

Nada cabe añadir respecto de la anterior caracterización, dados los lineamientos normativos antes puntualizados. No obstante, sí considero prudente resaltar la importancia del trato especializado que debe brindarse en esas sedes a los/as sujetos protagonistas de los procesos -especialmente en el PEP-, es decir, a los/as niños/as. Y ello, en razón de las consideraciones ya desarrolladas vinculadas a sus características particulares; y porque de lo contrario se vulnerarían los principios y derechos que les reconoce la normativa internacional. En ese sentido, es relevante que los integrantes del órgano deben utilizar un lenguaje que sea comprensible por los/as niños/as. Es algo que exige una capacitación de los profesionales que traten con niños y niñas, y, por otra parte, que las dependencias deben encontrarse destinadas especialmente para permitir su escucha y hacerla más amigable. Recordemos que para el accionamiento y el desarrollo del PEP no se exige la representación letrada de la víctima menor de edad, lo que implica el contacto directo, sin intermediación, entre ésta y el aparato investigador/juzgador. Ese contacto, además, no debe darse sólo para receptar sus demandas, sino también para comunicar los diferentes estadios en que el proceso va transitando, de manera tal que pueda pronunciarse acerca de lo que considere más adecuado para sí, lo que también debe poder ser receptado.

A partir de lo expuesto, se advierte que en función de lo convenido internacionalmente acerca de los derechos y garantías de la niñez, en particular a partir de la CDN, Chile optó por ajustar su normativa a los parámetros allí establecidos mediante procedimientos como el PEP, y la creación de los mencionados Tribunales de Familia. No obstante, la CDN nada dice en específico acerca de cómo deben ser los tribunales a cargo de los asuntos de la niñez, ni de las características que deben revestir sus integrantes; aunque sí queda claro, que quien resulte designado/a para ello, debe ajustarse a todos los lineamientos allí dispuestos.

No ocurre lo mismo con las OG números 12 y 14 que optaron por incluir precisiones acerca de las particularidades y propiedades que los órganos llamados a tutelar los derechos de la infancia deberían cumplir, a fin de precisar el contenido de la mencionada Convención, y con ello encausar a los Estados que se encontraren lejos de los compromisos asumidos en la materia.

En ese sentido, vale destacar que en la OG número 14 se señala específicamente que resulta necesaria la capacitación del personal que integra el órgano judicial, para responder al ISN. Se trata de un deber que no solo alcanza a jueces/zas, sino que también a “los profesionales y otras personas que trabajan para los niños y con ellos”¹⁹⁸. Además, esta necesidad de formación especializada se debe ver reflejada en que la labor de obtener “los hechos y la información pertinentes para un determinado caso” deberá ser efectuada por “profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación” del ISN¹⁹⁹. Asimismo, el instrumento reitera la necesidad de capacitación al señalar, por una parte, que como “los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades” éstas solo pueden ser “evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente”, y, por otra, al indicar que en el proceso de evaluación del ISN debe llevarse a cabo por profesionales capacitados²⁰⁰.

Por otro lado, la OG 14 establece que el órgano debe utilizar un lenguaje amigable, tanto respecto del/la niño/a como con su entorno para “proporcionar (...) información adecuada”. Lo anterior, en búsqueda de su entendimiento, para que “comprendan el alcance del derecho protegido por el artículo 3, párrafo 1”; se creen “las condiciones necesarias para que los niños [puedan] expresar su punto de vista”, y se vele por que “a sus opiniones se les dé la importancia debida”²⁰¹.

Por último, este instrumento consagra que el órgano debe contar con un equipo formado por diferentes áreas del conocimiento humano para conocer las situaciones que enfrenta la infancia, al determinar concretamente que “en la medida de lo posible, en la

¹⁹⁸ OG número 14, párrafo 15 letra f).

¹⁹⁹ Lo que aparece consagrado en la OG número 14, párrafo 92.

²⁰⁰ De esta forma, la OG número 14, párrafo 94 establece que las áreas de capacitación entre otras cosas son “en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva”.

Por otra parte, se observa que la necesidad de capacitar a los jueces como de los funcionarios de tribunales es una materia que es reiterada constantemente por el Comité de Derechos del Niño. Así, se observa en la OG número 5 párrafos 53; 12; 34 y 13, 44, literal d).

²⁰¹ OG número 14, párrafo 15 letra g).

evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales”²⁰².

Por otro lado, la OG número 12 establece que el alcance del derecho a que todo/a niño/a sea escuchado/a, se logra a partir de dos elementos: por una parte, el desarrollo de capacidades técnicas y de equipos multidisciplinarios, que permitirán recoger las opiniones de los/as niño/as; y, por otra, el deber de informarles de “los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias” para que pueda opinar y decidir (párrafo 25). Además, la OG 12 establece que en el ámbito judicial deberá incorporarse un análisis de la opinión del/la niño/a. Agregando que la escucha deberá efectuarse en un ambiente adecuado y por medio de procedimientos “accesibles y apropiados”, se informará de manera “adaptada”, tomando las medidas de infraestructura necesarias para su resguardo (párrafo 34).

También la directriz consagra de manera genérica que en la aplicación de la referida norma, los Estados Parte deben adoptar medidas que permitan “hacer realidad efectivamente el derecho del niño a ser escuchado”, repercutiendo indudablemente en la labor que desempeña el órgano jurisdiccional. De esta manera, la directriz consagra medidas no taxativas que deben ser consideradas en diferentes momentos procesales (párrafos 41 a 46), siendo esta la única forma de resguardar el ISN. En síntesis, este instrumento postula fundamental que el/la juez/a debe informar al niño/a adecuadamente de sus derechos y utilizar un lenguaje amigable y comprensible para él/la; reflejar interés por recibir su opinión, encontrándose llano/a para recibir lo que tenga que decir, y; considerar su opinión, haciéndose cargo de ella al momento de resolver, explicando cómo se concretó.

Finalmente, en esta directriz -al igual que en la OG número 14- se insta la necesidad de contar con equipos multidisciplinarios para recoger la opinión del/a niño/a y de la utilización de un lenguaje idóneo para informarlo, buscando que pueda opinar acerca

²⁰² En estos términos, la OG número 14, párrafos 94 y 95.

Por otra parte, se advierte que la necesidad de establecer tribunales multidisciplinarios ha sido preocupación del Comité de Derechos del Niño, lo que se desprende también de la OG número 13 cuando se refiere a los/as niños/as que han sido víctimas de violencia intrafamiliar y el enfoque con que deben contar los órganos que conocen estos asuntos (párrafo 56).

de lo que ocurre. Agrega que es necesario que se cuente con un espacio adecuado para recoger su opinión²⁰³.

Ahora bien, saliendo de la normativa en concreto, en Chile, que un tribunal sea especializado significa que le corresponde únicamente el conocimiento de las materias que el Poder Legislativo específicamente le ha encomendado en función de la naturaleza de los conflictos o las calidades de las personas que en ellos intervienen. Es por ello que puede afirmarse que los Tribunales de Familia constituyen una jurisdicción especializada al ser la encargada de ejercer la tutela de los derechos de los/as niños/as.

En este sentido, Calamandrei (2006, p. 104) expone que “el juez especial es aquel establecido por el legislador para conocer todas las causas pertenecientes a una categoría particular y que pueden presentarse en el futuro”. Por lo tanto, se alude a un/a juez/a o aun tribunal especial, refiriéndose al órgano que cuenta con una competencia específica, que en el caso de los Tribunales de Familia se extiende a todos los conflictos intersubjetivos relativos al goce por parte de los/as niños/as de sus derechos. Así, el criterio que “ha determinado la creación de jueces especializados, nunca ha respondido a programas preestablecidos, sino que han sido las contingencias históricas las que, en cada caso, han hecho sentir que es necesario sustraer ciertas categorías de causas de los tribunales ordinarios y crear ciertos órganos jurisdiccionales que respondan mejor a determinadas exigencias” (Calamandrei, 2006, p. 103).

De acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que el criterio que motiva la instauración de órganos o tribunales especializados se debe: (i) a un aspecto técnico; (ii) a la complejización del ordenamiento jurídico contemporáneo, y; (iii) al problema de la lentitud de los procesos²⁰⁴.

²⁰³ Así la OG número 12 lo hace aplicable a todos los procedimientos judiciales “que afecten al niño, sin limitaciones...tanto los iniciados por el mismo o terceras personas” (párrafo 32 y 33, respectivamente). Establece a este respecto que para que la escucha sea eficaz el entorno no debe ser “intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad” y los procedimientos “accesibles y apropiados”. Agrega que “debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños/as, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas” (párrafo 34).

²⁰⁴ Ideas seguidas de acuerdo a lo que concluye Calamandrei (2006, p. 103 y ss.)

En cuanto a lo primero, se hace necesaria la creación de jueces/zas especializados/as, dada la naturaleza con que cuentan los conflictos sometidos a esa jurisdicción. Es que éstos no se resuelven de la misma manera que cualquier otra problemática que atañe a las personas y que se encuentran captadas por las normativas legales. Al tratarse de un grupo específico de seres humanos, vulnerable, y con características propias que hacen que deba dárseles un tratamiento ajustado a ellas, ello merece que se deban incorporar diversas ciencias -más allá de las jurídicas- para resolver sus asuntos.

Respecto de lo segundo, la creación de jueces especializados obedece a la complejización del ordenamiento jurídico contemporáneo, lo que se debe, en parte, al aumento de las controversias relativas a la niñez. Ello puede deberse a que la CDN modificó la concepción que se tenía del/la niño/a para convertirlo/a en verdadero/a sujeto de derechos en los términos allí dispuestos. En este sentido, el gran desafío de los reformadores del acceso a la justicia, según los autores Cappelletti y Garth (1996, p. 13), “es mantener los tribunales ordinarios mientras se crea dentro del propio sistema judicial un área especial”. Agregan que ello es necesario para que de esta manera “llegue a las personas comunes y corrientes, que atraiga sus reclamaciones y les permita disfrutar de los beneficios que les confieren las Leyes sustantivas que han ido surgiendo en pro de la consideración de las nuevas necesidades y valoraciones de las personas” (Cappelletti y Garth, 1996, p. 14), como ocurre en caso de los derechos de los/as niños/as.

Por otra parte, la complejización se debe al imperativo de juzgar nuevas necesidades de los ciudadanos, más complejas y técnicas. Así, se hace necesario una satisfacción adecuada por los jueces de las nuevas necesidades y valores sociales. Lo anterior se logra con la capacitación constante de ellos en materia de protección de derechos de la infancia, lo que debe incluir un estudio específico de las variables que pueden afectarla.

Por último, la instauración de jueces especializados también es atribuible de alguna manera al problema de la lentitud de los procesos judiciales ordinarios. De esta forma, la excesiva tardanza de la justicia ordinaria legitima la creación de una justicia especializada ya que, en relación a los derechos de los/as niños/as, lo cierto es que el transcurso del tiempo en la tramitación de los procedimientos adquiere mayor relevancia. En este sentido,

Marinoni (2007, p. 174) plantea que los procesos buscan la tutela de derechos y, para ello, necesitan de cierto espacio de tiempo razonable para que dichos derechos encuentren efectiva protección. Para lograr esa tutela, una relativa duración de la actividad jurisdiccional se hace imprescindible, pero ello no puede traducirse en una demora excesiva. A veces, el legislador se excede en regulaciones formales, pero mucha responsabilidad en la excesiva lentitud de la actividad jurisdiccional se debe a los/as propios/as operadores/as jurídicos/as que ven en ella una defensa de sus posiciones, cuando no un medio de ventaja económica. De esta manera, en los casos de los/as niños/as, la tutela de sus derechos requiere que sea rápida para que sea eficaz.

De todo lo expuesto, es posible concluir que los parámetros establecidos tanto por la CDN, como por las OG números 12 y 14, se resumen en la idea de que los ordenamientos de los Estados parte deben contar un órgano especial para conocer los asuntos de la infancia. Con ello se alude a la idea de que todos sus integrantes -tanto jueces/zas como funcionarios/as- deben contar con una capacitación o formación relativa a las implicaciones y alcances del artículo 3.1 de la CDN; todos/as deben utilizar un lenguaje comprensible para las personas que participan en los procedimientos que ante él se ventilan (tanto para informar como para recoger su opinión); debe conformarse por un equipo multidisciplinario e interdisciplinario, y; debe contar con una infraestructura que permita recoger adecuadamente la opinión del/a niño o niña.

Si analizamos la situación en Chile, respecto de la capacitación, es constatable que la legislación chilena contempla requisitos específicos para desempeñarse como integrante de Tribunales de Familia (sea como juez/a, consejeros/as técnicos/as y/o funcionarios/as)²⁰⁵,

²⁰⁵ Así, toda persona que ingresa al Poder Judicial chileno con el objetivo de desempeñarse como juez/a de familia debe cursar una formación en la Academia Judicial de Chile. Este curso incluye asuntos propios de la competencia de esos tribunales. Una vez aprobado el respectivo curso, debe rendirse un examen habilitante para desempeñarse como tal. Este examen, se hace sola vez en la carrera judicial. Por otra parte, una vez que se ha ingresado al Poder Judicial en un cargo titular, todos los años y en el ámbito de su especialidad, los jueces deben efectuar un curso de capacitación el cual puede elegir de la oferta programática que dispone la Academia.

Por otra parte, los consejeros técnicos también cuentan con requisitos para desempeñarse en tribunales de familia. A estos se les exigen que cuenten con una formación especializada; experiencia acreditada y aprobar un proceso de selección (Artículo 7 de la ley número 19968).

Por otro lado, los funcionarios de los tribunales de familia deben contar con conocimientos en la materia, los cuales se miden por medio de evaluaciones a su ingreso.

Tanto consejeros técnicos como los funcionarios, una vez que han ingresado a prestar servicios como titulares en sus cargos, deben efectuar anualmente cursos de capacitación, al igual que los jueces de familia.

que se reflejan en el curso que se debe hacer y el examen que luego se tiene que rendir, todo relativo a cuestiones de infancia y familia. A su vez, establece la necesidad de realizar cursos de perfeccionamiento en forma habitual²⁰⁶; lo cual, en teoría, permitiría garantizar que cuenten con los conocimientos y acercamientos necesarios y exigidos, en los términos de los estándares hasta aquí comentados²⁰⁷. No obstante, se observan dos problemas en relación a dichas instancias de formación. El primero, tiene que ver con que la evaluación del conocimiento que se tiene en la materia se lleva a cabo una única vez durante toda la carrera judicial del/la agente, que es al momento de ingresar al Tribunal. El restante, se refiere a los cursos de perfeccionamiento, que se ofrecen contenidos de varios temas que se relacionan en mayor o menor medida con la infancia, pero se eligen de manera voluntaria, sin que existan tópicos obligatorios que se dirijan directamente a los principios fundamentales de la niñez. La suma de todo ello conduce a que puedan nacer serias dudas acerca de cuánto se sabe y se aprende en el aparato jurisdiccional respecto del ISN y sus varias aristas, del modo pretendido por la normativa internacional.

También en relación a la utilización de un lenguaje comprensible por parte del personal del Tribunal, la legislación en estudio resulta insuficiente. Cabe recordar que el requerimiento de un lenguaje claro por la CDN y las OG debe producirse en cada etapa del proceso en que exista interacción con el/la niño/a, es decir, desde el comienzo hasta el final de la actuación jurisdiccional. Sin embargo, aquí no existe una norma que mande al/la operador/a judicial a utilizar un lenguaje en esos términos cada vez que se requiera un contacto con el/la niño/a involucrado/a, sino que se hace alusión a ello únicamente para dos momentos procesales: cuando se desarrolla la primera audiencia con los/as infantes involucrados/as, al indicar la Ley 19968 que “serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible”²⁰⁸, y al dictado de la sentencia, donde deberá el/la juez/a “explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida, sus fundamentos y su

²⁰⁶ Los cursos de perfeccionamiento cuentan con una duración que promedia entre 3 a 5 días, que deben ser efectuados una vez año, siendo impartidos por la Academia Judicial del Chile. Ésta, por medio de un proceso de licitación, ofrece un listado de cursos a los que postulan todos los miembros del Poder Judicial, de acuerdo a su interés y el área en que se desempeñan.

²⁰⁷ El contenido de los cursos depende de la determinación de las necesidades que la propia Academia Judicial detecta del ejercicio de la labor judicial, lo cual es identificado en forma anual. Luego, los cursos son concesionados para su ejecución.

²⁰⁸ Artículo 72 inciso 2 de la ley número 19968.

duración”²⁰⁹. De esta manera, limitando su utilización tan solo a estas dos oportunidades, resulta evidente que se incumple el sentido del imperativo. A ello se suma que, en la práctica judicial, se continúa utilizando un lenguaje técnico-jurídico, además de complejo. Por último, debe hacerse notar que las disposiciones locales citadas se refieren en forma exclusiva a la figura del/la juez/a, dejando de lado cualquier tipo de obligación a ese respecto por parte del resto del personal del Tribunal.

A mayor abundamiento, cabe recordar que en el PEP no se exige la comparecencia de las partes con abogado/a que represente sus intereses, lo que una vez más pone de relieve la necesidad de que en el Tribunal se utilice un lenguaje entendible. De ello se deduce que el/la juez/a deberá estar suficientemente capacitado/a para recoger los relatos, reclamos y las voces de los/as niños/as y de las personas de sus entornos, para poder hacerse una noción propia de los asuntos sometidos a su conocimiento. Asimismo, tendrá que utilizar un discurso ameno, cercano y claro, que le permita ser comprendido/a. Esto se traduce en la necesidad de establecer momentos dentro del proceso que faciliten dar cumplimiento a tal cometido, dado que transmitir de forma adecuada, accesible y amigable a los/as niñas/os las razones y fundamentos de la decisión demandan dedicación y disposición por parte de quien decide, como también, de condiciones y aptitudes que requieren de formación y capacitación en la forma más idónea de comunicarse con ellos. La circunstancia aquí planteada reitera entonces la falencia respecto de la implementación de mecanismos que permitan hacerlo efectivo, pues podría resultar contradictorio el compromiso asumido por el Estado al ratificar la CDN frente a la escasa incorporación que en este punto se ha hecho en el ordenamiento, y, por último, a la gran pretensión depositada en el/la juez/a del Tribunal de Familia al momento de desempeñar su labor en este procedimiento.

En cuanto a la exigencia de que los órganos jurisdiccionales deben encontrarse conformados por equipos multidisciplinarios, la legislación chilena lo cumple adecuadamente. Como bien se dijo, la Ley 19968 incorpora la figura del/la consejero/a técnico/a, que tiene como función primordial el facilitar la comprensión del asunto sometido al conocimiento del Tribunal de Familia desde distintas perspectivas y

²⁰⁹ Artículo 75 de la ley número 19968.

disciplinas, ajenas al Derecho. Con ello, se logra que se obtengan resoluciones que incorporen los múltiples aspectos involucrados en la solución del caso. Así, entre estos aspectos se destaca, por ejemplo, la identificación de las personas más relevantes en la vida del/la niño/a; cuáles son las causas que provocaron la situación en la que se encuentra; cuál es la manera más adecuada de resolver la problemática de acuerdo al contexto en que se produce, entre otras. De esta manera, se hace patente que al juzgar estos asuntos no solamente se están dirimiendo conflictos de alcance jurídico.

Por último, respecto del parámetro relativo a la infraestructura con la que se debe contar para recoger adecuadamente la opinión del/a niño/a, se constata que la legislación en estudio vuelve a ser insuficiente. El legislador chileno señala en este sentido que las dependencias en donde se lleven a cabo las audiencias con el/la niño/a deben corresponder a “un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”²¹⁰. No obstante, al no haberse precisado el contenido y alcance del término “adecuado”, en la práctica ocurre que ello se materialice de diferentes maneras. De manera que se los/as escuche en la misma sala en la que se lleva a cabo la audiencia “en general”, tomando como única precaución que en el momento en que vayan a hablar salgan los/as adultos/as involucrados/as; o por el contrario, en salas específicas²¹¹. Más precisamente, la normativa internacional en estudio hace mención expresa y precisa a las condiciones ambientales y de infraestructura que debe reunir el lugar donde se desarrolle la escucha. En este sentido, impone que no pueden ser espacios infantilizados, ideados desde lo que los/as adultos/as creen o estiman que sería “cómodo” para estos sujetos de derechos. Por el contrario, debe ser una dependencia que considere el grado de madurez y edad específico, a la vez que no sea “intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado”²¹². Se precisa inclusive que para asegurar que los términos del artículo 12 y que el ISN sean una consideración primordial ante los órganos jurisdiccionales, se deberá prestar especial atención al diseño de las salas, a la existencia de pantallas de protección visual y a la implementación de salas de espera separadas²¹³.

²¹⁰ Artículo 69 inciso final de la ley 19968.

²¹¹ Existen dentro del ordenamiento en estudio algunos Tribunales de Familia que cuentan con salas Gesell.

²¹² OG número 12, párrafo 34.

²¹³ OG número 12, párrafo 32, parte final.

Todo lo indicado hasta aquí también fue constatado por el Comité de Derechos del Niño en el año 2015, cuando se expuso que, hasta ese entonces, el ordenamiento chileno no había velado por que el ISN fuese “incorporado debidamente, e interpretado y aplicado de manera sistemática en las decisiones judiciales que son pertinentes para la infancia y que repercuten en su situación”²¹⁴. En consecuencia, ha indicado al Estado chileno que debe elaborar “procedimientos y criterios con miras a orientar a todas las personas facultadas para determinar el bien superior del niño en todos los aspectos, y a que dé a esos intereses el debido peso como consideración primordial”²¹⁵. Pese a esa indicación, a día de hoy no ha habido cambios en este sentido.

De todas maneras, considero prudente en este punto hacer una breve cronología que permita ubicar los instrumentos y normativas y ofrecer una posible explicación (aunque parcial) a las carencias reseñadas. En orden cronológico, podemos posicionar primero el nacimiento de la CDN en el año 1989, y su entrada en vigor al año siguiente; luego la creación de la Ley 19968 en el año 2004, por la que comenzaron a funcionar los Tribunales de Familia en el año 2005; a continuación, las OG números 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño, de los años 2009 y 2013, respectivamente; y finalmente las Observaciones específicas del Comité respecto de la situación chilena, del año 2015. De ello se desprende, entonces, que al momento de la sanción de la norma procedimental chilena, el legislador únicamente debía -y podía- contemplar lo determinado por la Convención como piso mínimo para diseñar el ordenamiento legal en materia de infancia. Y lo cierto es que en relación a las características que debe reunir el órgano jurisdiccional a cargo de los procedimientos que allí se susciten, dicho instrumento no ofrece demasiados detalles. En consecuencia, podría decirse que en Chile se hizo lo que se entendió suficiente y ajustado a los compromisos internacionales asumidos hasta el momento. Sin embargo, años después, el mencionado Comité de los Derechos del Niño -como órgano revisor de la observancia de la Convención por los Estados parte- publicó las OG ya aludidas, y las Observaciones específicas, que debieran servir como criterios o referencias más “concretas” de aquello que el instrumento internacional establece. En lo que a este apartado

²¹⁴ En Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015

²¹⁵ En Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, Comité de los Derechos del Niño, de 30 de octubre de 2015

concierno, efectivamente allí se hicieron precisiones acerca de lo esperado para los tribunales y ciertas particularidades que tendrían que revestir, a partir de lo cual quedaron en evidencia las carencias de este sistema. Más precisamente, salvo en lo concerniente a la multidisciplinariedad, quedó patente que los otros rasgos no fueron (ni son) satisfechos de manera suficiente respecto del contenido y alcance del artículo 3.1 de la CDN. De hecho, la falta de adaptación es lo que me lleva a afirmar que en este sentido, la legislación chilena no recoge adecuadamente el ISN.

Habiendo efectuado un análisis del órgano encargado de aplicar las medidas de protección de los derechos de la infancia, que son los Tribunales de Familia, a continuación entraré de lleno en el estudio del remedio adjetivo que se utiliza para determinar la procedencia de dichas medidas, es decir, el PEP propiamente dicho.

3.2. La legitimación activa

Para comenzar, hay que indicar que la Ley chilena establece que el PEP puede ser iniciado por medio de la presentación de un “requerimiento” -que hace las veces de demanda o denuncia- de ciertas personas allí determinadas; lo que determina la legitimación activa en este campo. Así, entiendo que la individualización de estos/as agentes, y la revisión de algunos aspectos sobre sus roles, resulta fundamental, por ser quienes pondrán en marcha el aparato judicial en favor de la protección de los/as niños/as. Como se adelantó, la legislación en cuestión será evaluada también a la luz de lo establecido en los instrumentos internacionales vinculados a la materia, al constituir el eje central y horizonte al que debe llegar todo Estado parte de la CDN.

Pues bien, la legitimación activa es la capacidad para actuar como parte demandante o recurrente en un proceso judicial, con base en la titularidad de un derecho o un interés legítimo vinculado a ese derecho, que se ostenta frente a la parte demandada o recurrida. En este sentido, Bordalí (2003, p. 163) expone que es “la determinación de quien debe presentar la demanda con respecto a una determinada relación jurídica y el criterio para tal determinación debe ser, aunque parezca simple, el de aquella persona (física, jurídica o grupo sin personalidad) que afirme ser titular del derecho subjetivo o interés legítimo sobre el que se discutirá en el proceso”.

Además, la legitimación activa puede ser vista desde la perspectiva material o procesal. La material se relaciona con la titularidad efectiva de las partes litigantes de la relación jurídica existente en el proceso. La legitimación procesal consiste en la determinación de las personas que pueden intervenir como partes en un proceso concreto y determinado (Serra Domínguez, 1987, p. 306). Así, se advierte que la noción de legitimación activa es más amplia que la de titularidad, dado que alude a la persona que puede recurrir a la justicia para solicitar su intervención ante un caso puntual, mientras que la titularidad se refiere a la persona titular del derecho que se reclama²¹⁶.

Esta distinción, que podría pasarse por alto, en el marco del PEP cobra notoria relevancia, pues éste procedimiento presenta algunos rasgos particulares en cuanto a las personas que pueden iniciarlo y si -además- revisten la calidad de titulares del/los derecho/s gravemente vulnerados o amenazados.

3.2.1. Formas de dar inicio del PEP

La Ley 19968, tantas veces citada, establece en su artículo 70 quiénes son las personas facultadas para poner en movimiento el aparato jurisdiccional. Además alude expresamente al estándar de formalidad esperado en el requerimiento o demanda. Así, señala en su inciso primero que “el procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello”. Agrega, en su inciso segundo, que “el requerimiento presentado por alguna de las personas señaladas en el inciso anterior no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento”.

²¹⁶ Pedraz (1999, p. 391) señala que la legitimación tiene una naturaleza procesal en armonía con la misma noción del proceso, como fenómeno jurídico autónomo del derecho sustancial.

Se plantea que el asunto de la legitimación activa no puede ser resuelto *in limini litis* (en el inicio del juicio), porque su significado desde el punto de vista procesal, solo dice relación con la determinación de quienes son partes en un proceso concreto, encerrando el tema de la legitimación una aparente tautología consistente en señalar que están legitimados en un proceso concreto las partes procesales por el mero hecho de serlo (Ramos Méndez, 1990, p. 255).

En cuanto a la primera cuestión, es evidente que se reconocen varios/as agentes habilitados para dar comienzo al PEP, y que uno de ellos/as es el propio Tribunal de Familia. Al respecto, si el/la juez/a a cargo, en el marco de los asuntos que allí tramitan, toma conocimiento de antecedentes que determinen la posible grave vulneración o amenaza al/los derecho/s de un/a infante, se prevé la facultad de que inicie el PEP *ex officio*. Ello significa un nítido alejamiento de la lógica del “principio de aportación de parte”, correspondiente al “principio dispositivo”, que habitualmente rige en el ámbito civil y de familia, y un acercamiento al “principio de investigación de oficio” propio de los sistemas inquisitivos. Como se puede ver, entonces, el/la juez/a de familia ha sido dotado/a de suficientes potestades formales para titularlo/a como juez/a “inquisidor/a”, “director/a” o “conductor/a” del procedimiento, dada la facultad ya comentada de iniciarlo, a lo que se suma también la de determinar el objeto del juicio (lo que será explayado posteriormente), y la de adoptar todas aquellas “medidas destinadas a otorgar protección” a los/as niños/as²¹⁷.

Ahora bien, despejada la actuación de oficio del Tribunal en los términos antes expuestos, cabe referirse a las otras personas habilitadas para accionar la protección de la niñez en sede jurisdiccional, conforme el artículo 70 de la Ley 19968.

En relación a los/las niños/as, se advierte que todos/as ellos/as, sin distinción alguna, se encuentran facultados/as por la norma chilena para dar inicio al PEP. De esta manera, se reconoce que el legislador ha optado por darles tratamiento de completos sujetos de derecho, al reconocerles el derecho de acción, con lo que pueden hacer valer, en cada momento, sus derechos y las razones de juicio, sin límites ni modalidades que dificulten su amparo jurisdiccional.

Lo anterior resulta sumamente relevante, pues resulta excepcional. La regla general dentro del ordenamiento chileno, en cualquier ámbito legal, es que los/as niños/as tienen vedado el ejercicio del derecho a la tutela judicial, al estar sujetos/as al paradigma de la

²¹⁷ El artículo 9 de la ley número 19968 establece que dentro de los principios que rigen los procedimientos de familia se encuentra el de actuación de oficio, el que es definido en el artículo 13 del mismo cuerpo legal, estableciendo que “el juez deberá adoptar de oficio todas las medidas necesarias para llevarlo a término con la mayor celeridad...especialmente respecto de medidas destinadas a otorgar protección a los niños, niñas y adolescentes”.

incapacidad civil, que les imposibilita -entre otras cosas- denunciar y ser partes en los procesos. Se advierte, en consecuencia, que aquí se procuró que, en caso de que un/a infante sienta lesionado algún derecho, ninguna persona o circunstancia pueda obstaculizar la reparación o restitución por medio del auxilio judicial. Por tanto, cuando comparece un/a niño/a ante un Tribunal de Familia, solicitando la tutela de un derecho en específico en el contexto del PEP, lo hace por una legitimación propia reconocida legalmente, que impone la necesidad de que existan los mecanismos y procedimientos adecuados que permitan asegurar su acceso a la justicia, haciendo efectivo así el ISN en el caso concreto. Para ello, debe estar informado de sus derechos, lo que implica conocer cuáles son, las consecuencias de ejercitarlos, y las características del procedimiento. También corresponderá que cuente con las condiciones externas que le permitan interponer el requerimiento por sí mismo/a, lo que nuevamente conduce a que deban existir en el órgano personas suficientemente capacitadas, que le presten atención de manera correcta y en dependencias adecuadas, lo que permitirá recoger su requerimiento de un modo fehaciente, considerando su edad y madurez²¹⁸. Asimismo, en el caso que decida contar con un/a abogado/a que lo/a represente, ello tiene que proveerse de manera gratuita, y a cargo de alguien con especialización o experiencia en materias de infancia, lo que asegurará un acercamiento más correcto a la problemática, y en miras al ISN del afectado/a.

Continuando con la disposición en cuestión, se consagra también que se encuentran legitimados/as para iniciar el PEP “los padres o personas que lo tengan bajo su cuidado” al/a niño/a. De esta manera, la normativa a su vez recoge la regla general del ámbito civil y de familia, al prever que puedan incoar el procedimiento las mismas personas que habitualmente representan a quienes no han cumplido la mayoría de edad. Pero además se hace alusión a las “personas que lo tengan bajo su cuidado”, haciendo referencia a aquellas personas -distintas a las madres y padres- a cargo de niños/as. Esta situación se puede dar en los casos en que, conforme una sentencia judicial, se les confiere los cuidados

²¹⁸ En estos términos lo establece el artículo 69 de la ley número 19968 al consagrar que “en este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez”.

Esto último se desprende de lo dispuesto en los artículos 69 inciso primero y 70 inciso segundo del mismo cuerpo legal, los cuales posibilitan dicha modalidad de interposición del requerimiento.

personales²¹⁹ de cierto niño/a a sujetos distintos de los/as progenitores/as. De este modo, pueden hallarse habilitados/as para solicitar el auxilio jurisdiccional los/as abuelos/as, tíos/as o cualquier familiar consanguíneo, en los casos en que los/as madres/padres hayan sido inhabilitados/as legalmente para detentarlos, no se encuentren presentes para hacerlo, o hayan fallecido (entre otros escenarios posibles). Sin embargo, debe admitirse que también se encuentren facultadas para ello personas que se encuentren al cuidado del/la infante de manera temporal, pues si la intención del legislador mediante el PEP es proteger los derechos de todos/as los/as niños/as que se encuentran gravemente vulnerados o amenazados, la expresión utilizada debe interpretarse en un sentido amplio²²⁰.

Todo lo anterior se encontraría en línea con la letra de la norma. Es que si se avanza en su postulado, nos encontramos con que se prevé que cada vez más personas se encuentren habilitados para dar inicio al PEP. Así, se encuentran legitimados/as activamente para ello los/as profesores/as o el/la directora/a del establecimiento educacional al que asista el/la niño/a, los/as profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, y los profesionales del Servicio Nacional de Menores. Se advierte que el legislador, en su afán de dejar la menor cantidad de situaciones de graves vulneraciones o amenazas de los derechos de la infancia sin respuesta jurisdiccional, abre el abanico de juego hacia otras personas allegadas al sujeto, que ocupan espacios de su vida que les facilita el acceso a distintas áreas de su vida, inclusive aquellas instancias más íntimas. De tal manera, se entiende que ellas podrán constatar las circunstancias que escapan a ciertos cuidados esperables respecto de estos sujetos de derechos, pudiendo indagar -desde el lugar donde despliegan sus respectivas experticias- las causas, condiciones y motivos que generaron aquellas presuntas afectaciones.

Finalmente, a modo de reasegurar, y de dejar patente, la intención de que ninguna situación de posible violación de derechos de la infancia quede desatendida, el legislador posibilita que el PEP sea iniciado por “cualquier persona que tenga interés en ello”, con lo que amplía el espectro de sujetos legitimados activamente hacia círculos más alejados del/la niño/a, y que incluso no mantengan una relación directa, como sería el caso de un vecino

²¹⁹ Materia regulada en el Código Civil en el artículo 225 y siguientes.

²²⁰ De este modo, se hace alusión a aquellas personas que detentan los cuidados por medidas de protección que hayan significado alterar el régimen legal de cuidados.

preocupado por cierta conducta que advierte respecto del sujeto en cuestión. En este caso, un sujeto asume voluntariamente una carga que deberían haber ocupado otros/as, cuando éstos/as optaron por permanecer en una actitud pasiva, buscando así el resguardo de la legalidad vigente.

Según entiendo, ello encuentra su justificación en el hecho que la vulneración de los derechos de la infancia afecta el interés social y estatal, de manera tal que se busca facilitar que toda persona pueda denunciar las vulneraciones que en esta materia lleguen a su conocimiento, en pos de movilizar a los actores públicos y privados a favor de la protección de esos derechos.

A mayor abundamiento, y con la misma intención de permitir que toda persona se encuentre en condiciones de interponer el requerimiento en materia de protección de derechos de los/as niños/as, la Ley procedimental consagra no exigir “formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento”²²¹. Esta regla es un signo inequívoco del deseo de garantizar por el Estado, a través del Tribunal de Familia, el acceso a la justicia por una vía que sea más expedita y sencilla. Esta norma es una excepción dentro del ordenamiento, ya que por regla general toda demanda debe dar cumplimiento a ciertos requisitos formales específicos²²².

También la falta de formalidad en cuanto a la presentación del requerimiento en el PEP resulta una manifestación del principio de desformalización que rige en los demás procedimientos que se ventilan ante los Tribunales de Familia²²³. Ello, en la inteligencia de que en estos casos, la ritualidad no puede ser comprendida como una forma determinada de hacer las cosas -entre ellas presentar una denuncia-, pues un defecto en la forma no puede ser una amarra que en definitiva se traduzca en la imposibilidad de acceder a la justicia.

Finalmente, otra cuestión que se vincula, aunque tangencialmente, con la temática en cuestión es la disposición que autoriza a las partes a concurrir sin representación letrada, pues ello allana el camino para que, quien decida denunciar, no tenga que preocuparse por

²²¹ Inciso segundo del artículo 70 de la ley número 19968.

²²² De esta manera, el artículo 55 de la ley número 19968, establece en el procedimiento general que conocen los tribunales de familia, los requisitos formales con los cuales debe contar toda demanda.

²²³ El artículo 9 de la ley número 19968 consagra que, uno de los principios que rige los procedimientos ante estos tribunales, es el de desformalización.

conseguir a un/a abogado/a, ni pagar sus servicios²²⁴. Es decir, el legislador formula un régimen especial para estas situaciones, a fin de eliminar cualquier obstáculo que pueda impedir tutelar los derechos de los/as niños/as por medio del PEP.

En función de lo expuesto en materia de legitimación activa, podría decirse que la legislación chilena se ajusta a los principios contenidos en la CDN, toda vez que se busca garantizar que cualquier persona, e incluso el propio Tribunal de Familia, pueda poner en marcha el procedimiento destinado a poner fin a una situación de grave vulneración o amenaza a los derechos de los/as niños/as. De esta manera, se hace eco al llamado que se efectúa en la Convención, relativo a que todo/a agente, independientemente del área o lugar en que se desempeñe, sea o no un ente gubernamental, pero que sea testigo de hechos semejantes, haga lo necesario para resguardar el ISN; que en este caso implica contar con la posibilidad de buscar su cautela en el ámbito jurisdiccional. Y ello, independientemente de que no sea titular de los derechos en juego, pues se pone el énfasis en la necesidad de resguardar al/la infante como pleno sujeto de derecho, que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, lo que merece que la reclamación por mantenerlo incólume trascienda su propia persona.

Por otra parte, al incorporar al/la niño/a como una de las personas legitimadas para incoar el mentado procedimiento, el legislador lo/a está dotando de la capacidad de ser parte y de obrar por sí mismo/a, lo que también va en línea con la CDN, cuando en el artículo 12 establece que tiene que poder expresar su opinión en sede jurisdiccional y que ésta sea tomada en cuenta. Es que si bien la Convención no lo dice expresamente, una interpretación correcta de esa norma, y del lugar en que a lo largo de sus disposiciones coloca al/la niño, lleva a entender que la postura tomada por el legislador chileno lo recoge

²²⁴ Se explicita en la ley procedimental que, para los casos que son conocidos en el PEP “las partes podrán comparecer y actuar sin necesidad de mandatario judicial ni de abogado patrocinante”. Continúa la norma estableciendo que ello puede ser modificado en el caso que el juez “lo estime necesario”. De esta manera lo establece el artículo 18 de la ley número 19968.

Por otra parte, podría pensarse como una posibilidad que el Estado facilite la existencia de una defensa gratuita en estas materias, como si existe en el ordenamiento en estudio en materia penal y laboral. Si bien existen las Corporaciones de Asistencia Judicial, que dependen del Ministerio de Justicia, que facilitan de la atención de un abogado en forma gratuita, ellas exigen que la persona cuente con dificultades económicas para poder acceder a uno. Sin embargo, por regla general este rol lo asumen los estudiantes de la carrera de derecho que, por haber finalizado sus estudios deben efectuar su práctica profesional obligatoria y gratuita. Se estima que ello que no supe el rol de un abogado especialista en materias de familia que cumplan con la función de proteger y resguardar los intereses de las personas.

debidamente e incluso lo potencia, dándole la posibilidad de “hablar” y “ser escuchado/a” incluso para activar la tutela en cuestión.

En relación a lo postulado en las OG números 12 y 14, en ellas se reitera la idea central de la CDN, en orden a que todas las personas están obligadas a velar por el ISN. Ello permite presuponer que, encontrándose ante un estadio donde se constata la existencia de una afectación en los derechos de los/as niños/as, ello por sí mismo será motivo suficiente para dar al inicio al PEP.

Sin embargo, existe una falla de gran envergadura en el ordenamiento legal chileno, que podría hacer caer toda su estructura y evidenciar las grietas de sus cimientos, que no se advierte si no se presta debida atención al verbo utilizado en la norma en cuestión. En este sentido, en el artículo 70 de la Ley 19968 se consignó que (el PEP) “podrá” ser iniciado por las personas allí nombradas, lo que se traduce en una conducta de carácter facultativa, y no un imperativo legal. En otras palabras, ninguna de esas personas se encuentra obligada a denunciar una situación de amenaza o grave vulneración de los derechos de un/a niño/a, es decir, no se encuentra en posición de garante. Es una afirmación que se corrobora al constatar que no existe ninguna otra disposición ni Ley complementaria que fije algún tipo de consecuencia para quien decida no denunciarlo (siempre que no se trate de un hecho constitutivo de un delito, lo que es un tema diverso).

Por lo tanto, si se tiene en cuenta dicha circunstancia, y se contrasta con que la CDN (y luego las OG) establece el “deber” de hacer valer los derechos de la infancia y especialmente el ISN, podría decirse que en materia de legitimación activa Chile estaría dando una acogida aparente al compromiso internacional asumido, y no uno real, en aras a asegurar la tutela jurisdiccional de toda situación que perjudique a un niño/a.

Por otra parte, existe otra grieta del sistema vinculada a la posibilidad del/la niño/a de iniciar por sí el PEP, en relación con la falta de normas o instrucciones que determinen cómo se dará implementación a esa forma de legitimación activa. En definitiva, lo que busco remarcar es que no se establece qué deben hacer el/la juez/a y/o los/as miembros del Tribunal para escucharlo/a o recibir su requerimiento, si ello se tiene que hacer en algún recinto especial y a través de un medio particular, entre otras cuestiones que sería prudente explicitar para evitar abordar la situación de manera indebida. Tampoco se contempla una

instancia que garantice la información al/a la niño/a que le permita comprender cuáles son sus derechos y si alguno de ellos se encuentra afectado, ni se garantiza que conozca las consecuencias de su denuncia, en qué consiste el procedimiento, cuál es su objetivo y cuáles pueden ser sus consecuencias; además de que puede solicitar asistencia letrada de así desearlo. Por último, se constata que esta modalidad de legitimación activa hace patente la necesidad de que todos/as los/as integrantes del Tribunal de Familia se encuentren debidamente capacitados en materia de infancia y lenguaje accesible, tal como se consagra en los mencionados instrumentos internacionales, lo que nos conduce una vez más a los problemas evidenciados en este aspecto, puntualizados en el subepígrafe anterior.

Agotado el objetivo de este apartado, habiendo reconocido a los/as legitimados/as activos para iniciar el PEP, que sería cualquier persona, inclusive el/la propio/a niño/a y el/la juez/a de familia, y habiendo señalado las deficiencias que igualmente se observan a este respecto, a continuación será estudiado cada uno de los momentos procesales que componen el procedimiento en estudio.

3.3. Las etapas del PEP

En el presente apartado se analizará cada una de las fases del PEP para comprender cuál es su lógica general y como se realiza el ISN en cada una de ella, es decir, si son contemplados parámetros que permitan implementarlo. Luego se analizarán las medidas cautelares especiales que se pueden adoptar o conceder durante la tramitación del procedimiento, que dejan en evidencia el carácter de urgente que lo califica, y que responde al fin de procurar la tutela de los derechos de la infancia de manera eficaz que, por su naturaleza, implica premura. Además, se realizará una crítica del proceso a la luz de los principios de la CDN y las propuestas del Comité de los derechos del niño en las Observaciones Generales 12 y 14.

Trazado el mapa que guiará este apartado, corresponde ubicar al PEP en el ordenamiento chileno. Así, lo encontramos en los artículos 68 a 80 bis de la Ley número 19968, bajo el Título IV, denominado “Procedimiento Especiales”, párrafo primero “De la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes”. El artículo 68 establece que “en los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas

en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando éstos se encontraren amenazados o vulnerados, se aplicará el procedimiento contenido en el presente Párrafo. En lo no previsto por éste, se aplicarán las normas del Título III”. Ello da la pauta de que allí mismo se definirán cuáles son los casos que entrarán bajo la órbita de este procedimiento, y cuáles deberán ser recogidas por otros.

Pues bien, para dar una acertada interpretación a la norma transcrita, y comprenderla en su real dimensión, es necesario vincularla con lo establecido en el artículo 8, número 7, del mismo cuerpo legal, y con el artículo 30 de la Ley número 16618. El primero señala que “Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver (...) 7) 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”. A su vez, el segundo establece que para esos casos “el juez (...) mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias” para protegerlos, y tras ello indica algunas de ellas, aunque se entiende que a modo enunciativo, pudiendo el/la juez/a a cargo aplicar otras que considere pertinentes para el caso concreto. De este modo, se advierte a grandes rasgos cuáles son los algunos de los asuntos comprendidos dentro la competencia de los Tribunales de Familia, una de las características fundamentales que debe reunir la sentencia que pone fin al procedimiento, y se reitera el objetivo de este remedio adjetivo, que es resguardar los derechos de los/las niños/as.

Lo descrito hasta el momento resulta relevante para evitar dar una lectura errada del ya mencionado artículo 68. Aunque podría considerarse que todo asunto que vulnere o ponga en “jaque” de algún modo los derechos del/la infante puede resultar objeto del PEP, lo cierto es que el legislador se encarga de precisar, por medio del término “gravemente”, lo que sí encuadra dentro de sus límites, como manifestación de la intención de que este procedimiento sea utilizado en forma limitada, como un recurso de *ultima ratio*. En este punto vale recordar que no es que lo que no se considere una “grave” vulneración o amenaza a los derechos de la infancia quedará sin amparo, sino que como se dijo en partes anteriores, desde una respuesta estatal, primero se busca que se analice la cuestión desde el

ámbito administrativo, y cuando éste falle, se prevé el remedio jurisdiccional, para tratar de agotar otras instancias menos intrusivas.

Ahora bien, en términos generales y esquemáticos, el legislador ha contemplado que el PEP se desarrolle en tres fases: una preliminar, otra preparatoria de juicio oral, y finalmente una de decisión, que ocurre en la llamada “audiencia de juicio oral”.

Como puede ya imaginarse, la fase preliminar se inicia con la presentación del requerimiento de protección, que -como ya fue establecido- puede ser presentado por cualquiera de las personas contempladas legalmente como legitimadas para hacerlo. Además, como también fue expuesto, esta denuncia no debe cumplir con ningún requisito específico en cuanto a su forma o contenido, permitiéndose incluso su introducción de manera oral²²⁵, de la que se deberá levantar acta. Al respecto, si se opta por esta modalidad, se prevé que el requerimiento sea recepcionado directamente por el/la consejero/a técnico/a, quien deberá efectuar una entrevista dirigida a detectar, en ese contexto, la existencia de factores de riesgo que hagan necesaria la adopción de alguna medida cautelar. Luego, confeccionará un “informe técnico”, en el que se incluye su opinión desde su ámbito profesional²²⁶. A lo anterior se debe añadir que el legislador no ha establecido plazo alguno para presentar el requerimiento, de manera tal que no existe restricción para su interposición, pudiendo ser incoado en cualquier momento después de que se tenga noticia de la afectación. El único límite es que, para ese entonces, el sujeto aún sea un/a niño/a (es decir, que no haya cumplido dieciocho años).

Una vez presentado el requerimiento, el legislador establece que el/la juez/a de familia deberá efectuar un examen de admisibilidad, para evitar de este modo la judicialización de aquellos casos que sean “manifiestamente improcedentes”. En otras palabras, se contempla normativamente la posibilidad de rechazar ciertas denuncias que no satisfagan las exigencias del PEP, aunque para ello se exige que sean “expresados los

²²⁵ Lo cual se desprende del mérito de los artículos 9 y 10 de la ley número 19968 que consagra como uno de los principios que rigen los procedimientos que se ventilan ante los tribunales de familia, la oralidad.

²²⁶ Conforme artículo 76 del Acta 71-2016 de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia, en relación con el artículo 10 de la ley número 19968.

Vale aclarar que la primera de las disposiciones no reviste carácter obligatorio, por lo que puede ser modificado o aplicado de forma distinta en la medida que se opte por otra forma de registro.

fundamentos de su decisión”, lo que a su vez será impugnabile por medio del recurso de apelación²²⁷.

Una vez admitida la petición, la primera resolución incluirá justamente que se la tuvo por interpuesta (lo que determina en sí el comienzo del procedimiento), y además la fijación de una fecha para la realización de la audiencia preparatoria de juicio oral, que debe ser dentro de los cinco días siguientes, a la que deberán concurrir el/la niño/a, su/s progenitor/es, las personas a cuyo cuidado esté, y cualquier otra persona que pueda aportar antecedentes relevantes para una acertada resolución del asunto²²⁸. Todos/as serán citados/as por el medio que resulte más expedito, pudiéndose utilizar para ello a funcionarios/as policiales²²⁹.

También en la primera resolución el/la juez/a de familia, en relación al/la niño/a, puede designar a un/a abogado/a perteneciente a “cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación”²³⁰. De esta manera, el/la profesional escogido/a desempeñará el rol de curador *ad litem* del/la sujeto en cuestión.

Una vez dictada esa primera resolución, se inicia la fase preparatoria con la realización de la audiencia allí fijada, que se denomina “audiencia preparatoria de juicio oral”. En esta oportunidad, el/la juez/a de familia debe comunicar “a las partes acerca del motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes y responderá a las dudas e inquietudes que les surjan”, debiendo dirigirse a los/as niños/as en un “lenguaje que les resulte comprensible”²³¹. Por otra parte, en esta ocasión las personas citadas expondrán lo que consideren conveniente²³², es decir, presentar sus descargos, precisar las situaciones en que

²²⁷ Contenido en el artículo 54 -1 de la ley número 19968.

²²⁸ Artículo 72 de la ley número 19968.

²²⁹ Artículo 23 de la ley número 19968

²³⁰ Inciso 2 del artículo 19 de la ley número 19968. En la referida norma se hace alusión a una institución en especial, la denominada Corporación de Asistencia Judicial, la cual presta servicios de asistencia gratuita a las personas que no cuentan con recursos económicos y, a su vez, es el lugar donde los estudiantes de la carrera de derecho deben efectuar su práctica judicial gratuita por 6 meses una vez finalizados los estudios como un requisito exigido por el Estado para lograr obtener el título de abogado.

²³¹ Inciso 2 del artículo 72 de la ley número 19968.

²³² Inciso final del artículo 72 de la ley número 19968.

se ven involucradas, y como éstas las afectan. De esta manera, si bien el legislador no prevé expresamente una instancia que posibilite al/la requerido/a a evacuar un “traslado” a la otra parte acerca de los hechos que motivan la investigación, en la práctica ello se concreta en esta audiencia, llegando a transformarse en verdaderas instancias de bilateralidad, es decir, situaciones donde las partes se hacen cargo de los hechos que motivan la denuncia.

En esta ocasión, también el/la juez/a de familia debe indagar sobre “la situación que ha motivado el inicio” del asunto, la forma y manera en que afecta los derechos del/la niño/a afectado/a, así como también determinar “la identidad de las personas que se encuentran involucradas” en la situación²³³.

Una vez realizadas estas gestiones, con las manifestaciones de las partes, se circunscribirán las afectaciones, se fijará el objeto del juicio, los hechos que deben ser probados y la prueba que se rendirá en la audiencia de juicio oral. Respecto de los elementos probatorios, las personas involucradas pueden solicitar la producción de medidas tendientes a determinar alguna situación, o bien a probar puntos alegados, a la vez que desde el propio Tribunal se puede decretar prueba oficiosa. Es importante señalar que, en todos los casos, rige el principio de libertad probatoria, admitiéndose cualquier medio que permita arrojar luz sobre la problemática en cuestión²³⁴.

La fase preparatoria finaliza una vez concretada la audiencia antes descrita, para la que el/la juez/a de familia fija una nueva fecha de audiencia para el juicio oral, al que deberán concurrir las partes, testigos y peritos.

También puede ocurrir que ese mismo acto, es decir, la audiencia preparatoria de juicio oral se transforme “automáticamente” en el juicio propiamente dicho, lo que la propia Ley denomina “audiencia concentrada”²³⁵. En ese sentido, el legislador faculta (e impulsa) al/la juez/a a que, una vez determinados los hechos, si considera que ya se encuentran reunidos todos los antecedentes probatorios -es decir, que no quedan medidas

²³³ Inciso 3 del artículo 72 de la ley número 19968.

²³⁴ El legislador no consagra expresamente la obligación de fijar el objeto del juicio como lo hechos que deben ser probados, sin embargo, ello se desprende de los artículos 61 y siguientes del mismo cuerpo legal, normas relativas al procedimiento ordinario, el cual rige de modo supletorio en todo lo no regulado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 55 de la misma normativa.

²³⁵ Con ello se hace alusión al principio de concentración que rige los procedimientos que se ventilan ante los Tribunales de Familia, conforme los artículos 9 y 11 de la ley número 19968.

pendientes de ejecución a fin de esclarecerlos-, en ese mismo acto dicte sentencia. Hay que indicar que esta posibilidad se encuentra vedada si la decisión consiste en internar al/la infante, con la consecuente separación de sus progenitores, por lo drástico del cambio en su vida²³⁶. De esta manera, se promueve que la medida de protección se aplique cuanto antes, en atención a la urgencia que se reconocen a los asuntos atinentes a la niñez.

Un rasgo a destacar es que en esta audiencia de preparación de juicio oral, el/la juez/a de familia puede escuchar al/la niño/a “en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”²³⁷. No obstante, la normativa no precisa en qué momento de esa audiencia debe llevarse a cabo -es decir, si al comienzo o al final, por ejemplo-; ni qué se entiende por un “ambiente adecuado” y que “cautele” la salud del/la niño/a. Todo ello se encuentra determinado en el Acta 237-2014 de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, que, por sus características, no resulta vinculante. En ella se regulan diversos aspectos del acto, entre los cuales se destacan su objetivo, las características que debe reunir la sala de entrevista y su acondicionamiento, los aspectos técnicos de la entrevista, y los derechos y deberes de los/as niños/as entrevistados/as.

En particular, el Acta 237-2014 determina que su propósito es disponer, respecto de los/as infantes, “medidas especiales para el ejercicio del derecho a ser oídos (...) en procesos judiciales”, en las cuales se debe velar por su “derecho a la intimidad”. Para ello, se establecen “criterios apropiados de reserva de la información y cadenas de custodia de los registros de las audiencias”²³⁸. Además, en la medida de lo posible, “se implementará (...) un espacio adecuado para” las entrevistas, debiendo ser “acondicionado de un modo acogedor y adaptado a la persona del declarante”. Agrega que, de ser factible, se deberán desarrollar en “Sala Gesell”; y se describe su infraestructura, compuesta por dos dependencias separadas por una pared de vidrio espejado, que permite la visual sólo desde uno de sus lados. A su vez, da cuenta, entre otras cosas, que dicha audiencia será

²³⁶ Inciso final del artículo 72 de la ley número 19968 que establece “a menos que estime procedente la aplicación de la medida contenida en el numeral 2) del artículo 30 de la ley N° 16.618, caso en el cual citará a audiencia de juicio”.

²³⁷ Inciso final artículo 69 de la ley número 19968 establece: “En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez.

Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”.

²³⁸ Artículo 1 del acta 237-2014 de Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

videograbada (artículo 2), con el objeto de no revictimizarlos/as. También se indica que la persona entrevistadora deberá utilizar un auricular o medio similar que permita comunicarse con quienes se encuentren fuera del recinto²³⁹. En cuanto a la entrevista en sí misma, ésta deberá constar de cuatro fases, que define como: previa, inicial, de desarrollo y cierre²⁴⁰, y que tiene por fin establecer las condiciones que permitan respetar los derechos de los/as infantes.

Finalmente, el Acta consagra la existencia de derechos y deberes en las entrevistas con niños/as, siendo deber de la persona entrevistadora garantizar el derecho de cada niño/a a ser informado/a acerca de la voluntariedad de la declaración, así como también de las “características y objetivos de la sala de entrevista y, sobre la presencia de otras personas del otro lado del espejo unidireccional y sus identidades”, “de su situación y proceso judicial, de acuerdo a su grado de desarrollo evolutivo”, y de la opción de llevarla a cabo en otro espacio. Establece también que la entrevista debe verificarse en un “lenguaje adecuado y sencillo, acorde a su edad y nivel sociocultural” (artículo 6).

Así pues, se regula por vía administrativa las formas y características de la audiencia del niño y niña, que no se realizará directamente por el/la jueza, sino por otra persona idónea a fin de garantizar el respeto de sus derechos²⁴¹. Ahora bien, la Ley número

²³⁹ Así establece que: “En lo posible, el ambiente de la Sala procurará ajustarse a los siguientes lineamientos: a) El color, decoración y mobiliario de la sala tenderá a generar un ambiente claro y sencillo. Podrá contener elementos comunes a los espacios para niños, niñas y adolescentes. Proceso que busca establecer una relación comunicacional fluida y efectiva. Dicha relación se logra a partir del acompasamiento, proceso de acercamiento en que se logra una sintonía entre el entrevistado-entrevistador. b) La comunicación entre el entrevistador y el exterior de la sala de entrevista se realizará a través de medios tecnológicos como auriculares o sonopronter, evitando el quiebre del diálogo entre entrevistador y entrevistado. c) Deberá contarse con un registro audiovisual de la entrevista que permita respaldar lo señalado por el niño, niña o adolescente, y evitar la revictimización en otras instancias judiciales”.

²⁴⁰ De esta forma consagra que “i. Fase previa: Corresponde a la coordinación entre entrevistador y observantes, en la que se establecen los objetivos de la misma. ii. Fase inicial: Corresponde a la etapa en que el niño, niña o adolescente conoce a su entrevistador, el contexto y motivo de la entrevista, y comienza el desarrollo de una relación idónea para el intercambio comunicativo. En ésta, se deberá realizar un encuadre adecuado y se deberá favorecer el establecimiento de rapport. iii. Fase de desarrollo: Corresponde a la etapa en que el niño, niña y adolescente relata su situación personal y familiar. En esta fase el entrevistado podrá aclarar dudas o inquietudes y podrá reconocer que lo que ha señalado ha sido comprendido por su entrevistador y observantes. iv. Fase de cierre: Corresponde a la última fase de la entrevista, momento en que la relación entre entrevistador y el niño, niña o adolescente finaliza.”

²⁴¹ En principio la normativa en comento parte del supuesto que un/a consejero/a técnico/a de un Tribunal de Familia, por contar con una formación distinta a la de un abogado debiese contar con una expertiz más idónea para entrevistar a un niño/a. Lo anterior, dado que dentro de los antecedentes que tuvo en su oportunidad la Corte Suprema del país se contó con una muestra de entrevistas en dichos juzgados donde

19968 prevé que la escucha del niño o la niña también puede producirse en la fase de decisión (si es que no se concreta al mismo tiempo que la audiencia preparatoria de juicio oral), o “en otra especial fijada al efecto”²⁴². De esta manera, se puede escuchar al niño o niña en más de una oportunidad a lo largo del procedimiento.

Volviendo a las etapas del proceso, si no se optó por una “audiencia concentrada”, se pasa al momento del juicio oral, que se debe sustanciar “en un plazo no superior a treinta días de realizada la preparatoria”²⁴³, con las partes y el/la curador/a *ad litem* presentes. En esa oportunidad, el/la juez/a debe incorporar la prueba decretada en la audiencia anterior, tras lo cual le corresponde decidir acerca del “asunto sometido a su conocimiento”²⁴⁴. En esta ocasión, además, se debe procurar que previo al dictado de la sentencia, las partes intenten acordar la forma más conducente para resolver la situación que afecta al/la niño/a²⁴⁵.

Luego, una vez incorporada la prueba y escuchada la opinión del/la consejero/a técnico/a, el/la juez/a debe dictar la sentencia oralmente. También en la práctica se escucha al/la curador/a *ad litem*, quien se pronuncia acerca de lo ocurrido en la audiencia y emite su opinión en relación a la procedencia o no de adoptar cierta medida de protección. Finalmente, el/la juez/a debe explicar claramente a las partes la naturaleza de su resolución, esto es, sus implicaciones, los fundamentos de la misma y, en el caso que sea adoptada una medida de protección, dar cuenta de cuáles son los objetivos que se pretenden obtener, además del tiempo de su duración²⁴⁶. Hecho lo anterior, se finaliza la audiencia de juicio oral y, con ello, la fase de juicio.

quien la dirigía era un juez de familia. Sin embargo, cabe preguntarse si esa labor puede ser desempeñada por un juez de familia debidamente capacitado.

²⁴² Artículo 69 de la ley número 19968.

²⁴³ Dado lo dispuesto en el artículo 61 número 10 de la ley número 19968, disposición que rige en este procedimiento por su aplicación supletoria por encontrarse en el procedimiento general.

²⁴⁴ Artículo 73 de la ley número 19968.

²⁴⁵ Artículo 75 de la ley número 19968. Esta norma encuentra su justificación en el artículo 9 del mismo cuerpo legal que consagra como principio que rige los procedimientos ante los tribunales de familia a la “solución colaborativa”, la cual cuenta con el propósito que “durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas.”

²⁴⁶ Inciso segundo del artículo 75 de la ley número 19968.

3.3.1. Las medidas cautelares en el PEP

El legislador consagra la procedencia de medidas cautelares durante la tramitación del PEP, un proceso que de por sí ya es de naturaleza cautelar. Esto refleja su preocupación por consagrar mecanismos adecuados para proteger los derechos de la infancia. De esta manera no solo posibilita, para cumplir con tal propósito, un proceso de carácter preventivo, sumario, de urgencia- entre otras cosas-, sino que además, idea un remedio al que recurrir durante la tramitación del mismo.

Estas medidas cautelares son especiales, ya que sólo pueden adoptarse en el contexto del PEP, y respecto de estos sujetos de derechos. A su vez, puede determinarse su procedencia en cualquier momento, aún antes de su inicio, de oficio, a solicitud de la autoridad pública o de cualquier persona, cuando ello se considere necesario para proteger los derechos del/la niño/a²⁴⁷. Por consiguiente, son aquellas medidas de protección cautelares que cuentan con el propósito de resguardar la integridad y bienestar del/la niño/a durante la tramitación del PEP, contando con un carácter accesorio al asunto principal, que es la determinación de la existencia de la grave amenaza o vulneración de los derechos de los/as niños/as. El legislador enuncia algunas de esas medidas cautelares, que pueden ser: la entrega inmediata del/la niño/a a quién detenta los cuidados personales; asignación de sus cuidados a otra persona; adopción de una medida residencial o ambulatoria; suspensión del régimen comunicacional con el/la adulto/a que lo/a expone a la presunta grave amenaza o vulneración de los derechos; su ingreso a un centro de salud; o no autorizar su salida del país²⁴⁸. Vale recalcar que esta enumeración no es taxativa, y que es posible idear otras medidas que se ajusten más a las necesidades del contexto²⁴⁹.

²⁴⁷ Artículo 71 y siguientes de la ley número 19968.

²⁴⁸ El ordenamiento jurídico chileno las establece, en el artículo 71 de la ley número 19968, como medidas de protección cautelares: “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 el cuidado, 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 y superar 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

La normativa chilena se pronuncia acerca de cuatro aspectos de las medidas de protección cautelares, estos son: los requisitos para su procedencia, las formas en que éstas pueden ser adoptadas, el momento en que es posible decretarlas, y su plazo de duración.

Respecto de los requisitos para determinar la procedencia de las medidas de protección cautelares, se establece que las resoluciones que las impongan deben ser fundadas “en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción”²⁵⁰, y que ello debe hacerse constar de manera expresa. Lo anterior se traduce en que la aplicación de una medida de este estilo no puede responder a un “capricho”, “intuición” o “querer” del/la juez/a interviniente en el proceso, sino que debe ser el resultado de un trabajo racional y argumentativo, que pueda ser sometido al control de las partes. Al respecto, vale recordar que la aplicación de medidas cautelares se puede impugnar mediante el recurso de apelación. De esta manera, de acuerdo a la legislación existente, se le exige al juez de familia que “funde” el otorgamiento de medidas cautelares que otorga durante la tramitación del PEP. Con ello se hace alusión a la necesidad de motivar su decisión, explicitando de qué manera advierte que es afectado el ISN de ese niño/a, en base a los “antecedentes suficientes” que tuvo en consideración, es necesario que evidencie los elementos que consideró para evaluarlo y determinarlo, teniendo en cuenta la normativa internacional, ya que la legislación a este respecto omite pronunciamiento respecto a la forma que debe completarse el ISN en estos casos. Esta será la única forma de restringir la discrecionalidad con que cuenta el juez de familia para otorgarlas y evitar una decisión arbitraria. El juez de familia debe efectuar un procedimiento de racionalización que se traduce en la necesidad de motivar su decisión, por medio de la valoración de la prueba de los hechos, la interpretación de las normas jurídicas aplicables, tanto nacionales como internacionales, y las razones de su decisión.

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 estudio 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 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.

²⁴⁹ De esta manera, el artículo 22 de la ley número 19968, establece la posibilidad de decretar medidas innovativas.

²⁵⁰ Artículo 71 de la ley número 19968.

En cuanto a la forma en que las medidas cautelares se pueden adoptar en el PEP, la normativa establece que de acuerdo al tipo de medida de que se trate, el/la juez/a que la decreta puede considerar necesario el auxilio de organismos policiales para asegurar su cumplimiento. Ello denota sin lugar a dudas la importancia de los derechos en juego, pues para asegurar su tutela, se legitima la utilización de la fuerza pública.

En relación a los momentos en que pueden aplicarse las medidas, se prevé que puedan implementarse durante el juicio, pero también antes de su inicio, es decir, como medida de prejudicial. En esta última hipótesis, que se da en casos de extrema gravedad, será necesario que la primera audiencia que se efectúa en el marco del PEP se fije “dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida”. Es decir, de esta manera, se entiende que la resolución sobre la concesión de la medida de protección cautelar hará las veces de primera resolución, rigiendo a continuación los mismos plazos para citar a los/as actores/as procesales a la audiencia de preparación de juicio oral.

Finalmente, respecto del plazo de duración, dado que, como su nombre lo indica, reviste la naturaleza de “cautelar”, su implementación no podrá extenderse más allá de la tramitación completa del PEP. En ese momento, o bien se resolverá la adopción de una medida de protección definitiva, o bien se decidirá no aplicarla dado que la situación no requiere la adopción de ninguna medida. No obstante, para el caso de que por algún motivo el proceso se prolongue más de lo previsto, el legislador chileno estableció expresamente que esta medida de protección cautelar no podrá extenderse más allá de los noventa días²⁵¹.

3.3.2. Análisis crítico al PEP desde la normativa internacional

Ya hemos visto cómo, tanto la CDN como las OG 12 y 14 entienden que el ISN debe ser la consideración primordial en las actuaciones y medidas adoptadas en sede judicial. De la normativa relativa al PEP es posible concluir que el legislador chileno ha pretendido que el ISN tenga un valor fundamental dentro del procedimiento. A modo de ejemplo, cabe traer a colación lo establecido en el artículo 16 de la Ley número 19968, en cuanto a la instrumentación y vinculación de dicho principio con el derecho del/la niño/a a

²⁵¹ Término empleado por el artículo 74 de la ley número 19968. Norma que no consagra la posibilidad de prorrogar la medida de protección de carácter cautelar, ello en el entendido que dado que el procedimiento principal establece exiguos plazos para su tramitación, y que la hipótesis de una extensión escapa al objetivo propuesto por el propio legislador en orden a que se extralimite su tiempo de tramitación.

ser oído, o el artículo 22 en cuanto a la procedencia de las medidas cautelares (ambas normas ya invocadas). Sin embargo, si bien se buscó dar cumplimiento al imperativo “genérico” de la Convención, si se la confronta con las OG, analizando una a una las “salvaguardias y garantías”²⁵² allí consagradas para determinar el contenido del ISN, se puede concluir que la legislación en estudio resulta insuficiente. Para dar sustento a semejante afirmación, a continuación se analizarán cada uno de los aspectos del PEP a la luz de los parámetros allí establecidos. Se dejará a salvo de este ejercicio lo concerniente a la determinación de los hechos, a la argumentación jurídica y a la evaluación del impacto de la resolución judicial en los derechos del/la niño/a, ya que se abordarán en un apartado posterior, esto es, una vez examinada la sentencia en el PEP.

Pues bien, respecto al establecimiento de procesos transparentes y objetivos para las decisiones que adopten los/as jueces/zas en las esferas que afectan directamente a los/la niños/as, se advierte a simple vista que el PEP reúne las características esperadas. Sobre todo porque se presenta como un mecanismo de protección definido en términos claros y nítidos, estableciendo principios que lo regulan de modo expreso, como la oralidad, la concentración, la desformalización, la intermediación, la actuación de oficio, la búsqueda de soluciones colaborativas entre partes y el ISN, conjuntamente con el derecho del/la infante a ser oído/a²⁵³. Sin embargo, se indicará una vez más cómo, lo que parecería ajustado a los parámetros internacionales, en verdad carece de contenido real, o bien se cumple de manera deficiente.

En esa línea, en relación con el derecho del/la niño/a a expresar su propia opinión, puede entenderse como medio significativo de que el procedimiento cumple con la obligación de resguardar el ISN, que se garantice legalmente que ante la adopción de cualquier medida de protección se escuche al sujeto involucrado. Ahora bien, si bien consta que en el PEP se escuchará al niño/a, ésta se establece de modo facultativo y episódico. Cabe recordar que se prevén legalmente solo dos situaciones puntuales en las que el/la

²⁵² Ellas aparecen enunciadas en la OG número 14, a partir del párrafo 89. Este instrumento las enuncia, haciendo presente que ellas no cuentan con un carácter taxativo. A saber, son: el derecho del/la infante a expresar su propia opinión; la determinación de los hechos; la percepción del tiempo; los/as profesionales cualificados/as; la representación letrada; la argumentación jurídica; los mecanismos para examinar o revisar las decisiones y; la evaluación del impacto en los derechos del/la niño/a

²⁵³ Artículos 9 y siguientes de la ley número 19968.

niño/a “puede” interactuar en una audiencia con el/la juez/a, siendo relevante a este respecto el verbo utilizado por la norma, lo que denota el carácter facultativo de la medida²⁵⁴. Estas dos cuestiones dificultan comprender que en el PEP se logre una adecuada comunicación con el/la niño/a protagonista del asunto, como también que se garantice su injerencia activa en el mismo. En definitiva, ello puede traer aparejado que se le escuche sólo una vez (como máximo), a fin de cumplir de manera formal con lo establecido por la Ley mencionada, fallando entonces con la incorporación como práctica constante, tal como manda la OG número 14.

Lo expuesto también se aleja de los estándares que formula la OG número 12. Así, como ya se dijo, la Ley establece que la escucha debe efectuarse en un ambiente adecuado y velando por su integridad física y psíquica, y debe utilizarse un lenguaje que resulte comprensible. Dada la vaguedad, ello se complementó con lo establecido en la mencionada Acta 237-2014, al sentar aspectos concretos que permiten darles cuerpo a los mandatos allí establecidos.

Ahora bien, como se advirtió, esta última norma, por su naturaleza de regulación interna del Poder Judicial, no cuenta con rango de Ley y puede ser acatada de manera discrecional por los/las jueces/zas, a la vez que modificada sin demasiadas exigencias. Además, posibilita que el contacto con el/la niño/a sea a través de una persona diferente de la del/la juez/a, lo que atenta contra el imperativo de que éste sea directo con el/la encargado/a de sentenciar. Esto implica en la práctica que muchos/as jueces/zas se encuentren en desacuerdo con lo establecido en el Acta, bajo el argumento de que contradice el principio de intermediación, por lo que terminan conduciendo por sí las audiencias respectivas, sin reparar en las hostilidades que ello podría causar a los/as niños/as en cuestión, si no se encuentran debidamente capacitados para hacerlo y no se implementen las condiciones en los espacios físicos para ello. Asimismo, su falta de obligatoriedad hace que no todos los Tribunales de Familia cuenten con espacios especiales para dichas entrevistas, lo que termina llevando a que las audiencias se realicen en los mismos ambientes en los que se desarrolla la vida diaria del Tribunal, pero haciendo salir a ciertas personas de la sala.

²⁵⁴ Artículo 69 de la ley número 19968.

Finalmente, otra crítica en relación al derecho del/la infante de ser escuchado/a, se encuentra en la representación que puede asignársele para el proceso sin su debida participación y sin que se establezcan mecanismos que aseguren su conformidad con la forma de ejercicio de ese rol. Esta representación es importante porque tiene entre sus tareas transmitir de modo fidedigno su opinión ante el juez.

Por otra parte, en cuanto a la existencia de los/as profesionales especialmente calificados/as para ofrecer una mayor salvaguarda al ISN en el procedimiento en estudio, la legislación incorpora la instauración del cuerpo de consejeros/as técnicos/as, cuyos/as miembros intervienen en los Tribunales de Familia asesorando a los/as jueces/zas en el PEP en el momento de mantener contacto con el/la niño/a²⁵⁵. Sin embargo, existen algunas cuestiones que permiten advertir que ello no alcanza el estándar al que alude la OG número 14. Así, cada vez que la Ley hace alusión a las tareas de los/as integrantes del consejo técnico dentro del Tribunal, se consigna que el/la juez/a “puede” tomarlas en cuenta a los fines concretos del PEP, lo que nuevamente lleva a que se trate de una opción y no de un mandato legal²⁵⁶. En consecuencia, entiendo que sus intervenciones deberían de ser mucho más amplias, pues la Ley se aleja del parámetro establecido en la norma internacional en estudio, que consagra que la intervención de los especialistas debe ocurrir durante todo el desarrollo del procedimiento.

A ello se suma, como corolario, que pese a que la Ley establece la figura del consejo técnico a fin de dar cumplimiento al ideal de la existencia de un equipo multidisciplinario en la conformación del órgano jurisdiccional para decidir cuestiones relativas a la niñez, tal como refiere la OG número 14, en la práctica ello queda completamente desvirtuado. Al respecto, el instrumento plantea que se trate de un grupo de especialistas de carácter heterogéneo, en la clara aspiración a que se cuente con un aparato conformado por diversos profesionales expertos en el tema, que pueda emitir una opinión “multifacética” e integral, que sirva para nutrir a la resolución judicial de fundamentos con

²⁵⁵ Artículo 5 letra b) de la ley número 19968 que señala: “b) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente”.

²⁵⁶ Artículo 5 de la ley número 19968 al establecer que: “En particular, tendrán las siguientes atribuciones: a) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que le sean solicitadas; e) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad; artículo 64 del mismo cuerpo normativo; entre otros”.

base en diversas áreas del conocimiento. Sin embargo, lo que podría existir en Chile, pues recordemos no resulta un imperativo legal, es la asesoría de un profesional en una audiencia que determina un/a juez/a, donde participa desde el ámbito de su conocimiento, sin que ello se traduzca en un trabajo interdisciplinar.

Respecto del derecho de que el menor cuente con una representación letrada, la legislación efectivamente consagra dicha posibilidad, así como también, la designación de un/a curador/a *ad litem* para el/la niño/a involucrado/a. Sin perjuicio de ello, como se dijo más arriba, el sujeto de protección no participa en la designación de su representante para que sea una persona de su confianza, lo que implica que no se le dé la posibilidad de participar activamente en los asuntos que le conciernen. No obstante, podría pensarse que se intenta asegurar un mínimo de respeto al ISN, cuando la Ley establece que quien desempeñe esa labor deberá ser un/a abogado/a que pertenezca a una institución que “se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos”²⁵⁷, asegurando de ese modo que quien actúe como tal en el PEP lo haga en condiciones de conocer las especiales particulares de las problemáticas de la infancia.

Pues bien, sin perjuicio de que en los aspectos antes señalados se encuentran deficiencias normativas respecto a la protección efectiva del ISN en el PEP en relación a lo establecido por las CDN y las OG 12 y 14, deben destacarse otros espacios en donde sí se da un cumplimiento cabal a lo allí establecido.

En ese sentido, en relación a la percepción del tiempo, se constata que el procedimiento sí cumple con los estándares internacionales, al existir una real premura impresa en la legislación para la tramitación del PEP. Por ejemplo, se consagra que conocida una situación que requiere de intervención jurisdiccional, de forma inmediata se debe fijar una audiencia para evaluar la concesión o no de una medida cautelar, que hace las veces de requerimiento inicial, y activa de inmediato el mecanismo proteccional en su totalidad. También, como otra expresión de lo expuesto, se identifica que desde la presentación del requerimiento de protección (sea escrito u oral), no pueden transcurrir más de cinco días para que se concrete la primera audiencia, esto es, la preparatoria de juicio

²⁵⁷ Artículo 19 inciso 2 de la ley número 19968.

oral. Y luego, una vez verificada la precitada audiencia, no pueden transcurrir más de treinta días para el desarrollo de la audiencia de juicio oral que pondrá fin a la situación denunciada. Con ello, se puede concluir que la tramitación del PEP -en teoría- no debiese tardar más de 35 días desde que fue iniciado. Así pues, el legislador contempló breves lapsos de tiempo para la resolución de los conflictos que se conocen en sede jurisdiccional, ajustándose en este aspecto a dicho imperativo internacional.

A ello se suma que, además, para verificar el cumplimiento de dichos plazos, se consagra una modalidad de comprobación interna del Poder Judicial²⁵⁸; y que, en el caso de que se adopten medidas de protección cautelares, éstas deben ser revisadas por el/la juez/a con asesoría del consejo técnico cada tres meses, ajustándose la legislación al parámetro en estudio²⁵⁹.

Finalmente, respecto a los mecanismos para examinar o revisar las decisiones, la legislación también prevé la posibilidad de impugnar las resoluciones que se dicten antes y durante la tramitación del PEP, así como también la sentencia definitiva. De este modo, se asegura la doble instancia respecto de la resolución que rechaza el inicio de una causa en ejercicio de la facultad de admisibilidad con que cuenta el/la juez/a de familia, así como también en la resolución que se pronuncia respecto de las medidas cautelares que se conceden en el PEP antes de su inicio y durante el mismo²⁶⁰, y finalmente frente a la resolución que se adopte en el caso concreto. Para este entonces, ya es sabido que lo anterior también va en línea con lo explicitado en la CDN y en las OG aludidas.

Sentado lo anterior, y habiendo hecho las salvedades necesarias respecto del cumplimiento de los mandatos internacionales vinculados al ISN que deben darse en los procedimientos establecidos relativos a la infancia, como es el caso del PEP, a continuación

²⁵⁸ De esta forma, se consagra que cada uno de los tribunales deben informar mensualmente a sus superiores jerárquicos acerca del cumplimiento de los plazos, lo que además, en el caso que no se cumplan conllevan consecuencias en el ámbito disciplinario.

²⁵⁹ De esta manera, se desprende del contenido del artículo 76 de la ley número 19968 que consagra “el director del establecimiento, o el responsable del programa, en que se cumpla la medida adoptada tendrá la obligación de informar acerca del desarrollo de la misma, de la situación en que se encuentra el niño, niña o adolescente y de los avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos en la sentencia. Ese informe se evacuará cada tres meses, a menos que el juez señale un plazo mayor, con un máximo de seis meses, mediante resolución fundada. En la ponderación de dichos informes, el juez se asesorará por uno o más miembros del consejo técnico”.

²⁶⁰ Artículo 54-2 y 67 número 2 de la ley número 19968, respectivamente.

entraremos a analizar los medios probatorios que se admiten, y que permiten generar la convicción en el/la juez/a de familia para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

3.3.3. Los medios probatorios

La legislación ha procurado establecer un amplio espectro de medios probatorios con miras a determinar la existencia (o no) de la grave amenaza o vulneración en los derechos de los/as niños/as. Para ello consagra que todos los hechos que resultan pertinentes para la adecuada resolución del asunto pueden ser probados por cualquier medio de conformidad con la Ley²⁶¹. Estos aparecen contenidos en la Ley número 19968, en los artículos 28 y siguientes, bajo el título III enunciado “Del Procedimiento”, párrafo tercero, denominado “De la prueba”, en el numeral 1, llamado “Disposiciones generales acerca de la prueba”.

Hay que indicar que el legislador establece dos momentos claramente diferenciados relativos a la prueba: el de su ofrecimiento y el de su incorporación al proceso. Ambos se encuentran íntimamente ligados al estadio procesal en que se producen. En este sentido y, en relación al primer momento, se establece que en la audiencia preparatoria de juicio oral se procederá a determinar las pruebas que deberán ser incorporadas al tenor de las propuestas de las partes, y se dispondrá la práctica de otras que se estimen necesarias²⁶². En esta parte, se hace alusión a la facultad que tiene el/la juez/a de familia de ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba que se tengan en conocimiento o se sustancien los que, a su juicio, puedan resultar necesarios en atención al conflicto familiar de que se trate²⁶³. Posteriormente, y respecto al momento de su incorporación, ello ocurre en la audiencia de juicio oral, oportunidad en la que recibe la prueba previamente admitida y decretada como tal. La normativa consagra que la audiencia de juicio oral debe llevarse a

²⁶¹ En esos términos es consagrado en el artículo 28 de la ley número 19968. Por otra parte, esta noción se ve reforzada dado que el mismo cuerpo legal establece expresamente en su artículo 29 que las partes pueden ofrecer todos los medios probatorios, dependan de ellos o no. Y también, en el artículo 54 de la misma ley instituye que “podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general cualquier medio apto para producir fe”, debiendo el juez en estos casos determinar cómo serán incorporados.

²⁶² Artículo 61 número 8 de la ley número 19968, norma que se aplica de modo supletorio en el PEP dado que el procedimiento ordinario que regula la ley en comento así lo consagra en su artículo 27.

²⁶³ Artículo 29 de la ley número 19968.

cabo en un solo acto, sin embargo, establece que puede prolongarse en sesiones sucesivas si fuese necesario²⁶⁴.

Ahora bien, en cuanto a la producción de las pruebas, la legislación establece que las partes “podrán (...) ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas”²⁶⁵. Además, establece que el juez de familia también cuenta con la facultad de decretar prueba, en cuanto le compete “ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate”²⁶⁶.

Ahora bien, en la práctica judicial del PEP, la iniciativa probatoria recae principalmente en el Tribunal de Familia y no en las partes requeridas, dejando atrás la concepción de un proceso con un juez espectador (Chiovenda, 1930, p. 61). Sobre todo porque la tutela jurisdiccional en materia de derechos de la infancia importa, no solo a los afectados en forma individual, sino también a toda la sociedad, resultando en un interés público que entiende que la afectación de derechos en la infancia inevitablemente repercutirá en su formación y desempeño como adulta. Así las cosas, en este procedimiento el/la juez/a de familia cuenta con un papel activo en materia de prueba, ya que determina el objeto del juicio, los hechos que deben ser probados, decreta los medios de prueba - atendiendo a cuáles son los que aparecen más útiles para la comprobación de tales hechos- y, además, cuenta con facultades para decretar prueba de oficio.

Ahora bien, la oportunidad para ofrecer e incorporar la prueba en el PEP admite excepciones. Por una parte, es viable que a petición de alguna de las partes, el/la juez/a pueda ordenar la recepción de pruebas que no hayan sido ofrecidas en el momento adecuado. Para ello, deben concurrir dos requisitos, que se dan “cuando justifiquen no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez considere que

²⁶⁴ Artículo 63 de la ley número 19968.

²⁶⁵ Artículo 29 incisos 1° y 2° de la ley número 19968.

²⁶⁶ Inciso final del artículo 29 de la ley número 19968.

resultan esenciales para la resolución del asunto”²⁶⁷. Por otra parte, respecto a la incorporación de la prueba, la legislación consagra que excepcionalmente, y por motivos justificados, se puede recibir prueba en el momento del desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral²⁶⁸.

Además de ello, la legislación establece que en este procedimiento no proceden inhabilidades ni de testigos ni de los/as peritos que sean citados/as²⁶⁹. Sin perjuicio de lo anterior, en la etapa de audiencia de juicio oral se consagra la posibilidad de demostrar, en relación a los/as testigos, su falta de credibilidad, la existencia de vínculos con alguna de las partes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún defecto de idoneidad. Respecto de los peritos, es posible dirigirles preguntas orientadas a determinar su objetividad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones.

Es relevante considerar que la legislación consagra que el/la juez/a de familia cuenta con la posibilidad de efectuar un examen de admisibilidad de las pruebas por las partes, siempre y cuando primero las haya escuchado. Esto significará que serán excluidas de ser tenidas en cuenta en el juicio aquellas que considere manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales. Se agrega que las demás serán admitidas y se ordenará su rendición en la audiencia de juicio respectiva²⁷⁰.

La Ley 19968 en los artículos 33 a 43, hace alusión en forma expresa a algunos medios probatorios que pueden incorporarse, que son el testimonial, el pericial, la declaración de parte y “los otros medios de prueba”. Ninguno de ellos cuenta con alguna particularidad en relación a su rendición en un juicio oral. En relación a la prueba testimonial, se consagra que todas las personas que no se encontraren legalmente exceptuadas tienen “la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado, con el fin

²⁶⁷ Artículo 63 bis de la ley número 19968. Agrega la norma que “si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hayan sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad”.

²⁶⁸ Lo que es denominado como prueba anticipada, encontrándose establecido en esos términos en el artículo 61 número 9 de la ley número 19968.

²⁶⁹ De esta manera, es posible desprenderlo de lo dispuesto en los artículos 40 y 48 de la ley número 19968.

²⁷⁰ Lo que resulta dado el tenor del contenido del artículo 31 de la ley número 19968.

de prestar declaración testimonial, de declarar la verdad sobre lo que se le preguntare y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración”²⁷¹ estableciendo la existencia de una sanción frente a la incomparecencia²⁷². Por otra parte, se establece el principio de no incriminación, esto es, en el caso que las preguntas contengan una respuesta que “pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito”²⁷³. Finalmente, a todos los/as testigos que declaren se les tomará juramento o declaración de decir la verdad, además de ser debidamente identificados.

En cuanto a la prueba pericial, la legislación dicta que las “partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito”. Será procedente este tipo de prueba “en los casos determinados por la Ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio”. Los informes deben emitirse con objetividad, de acuerdo a las reglas de su experiencia²⁷⁴, debiendo concurrir a prestar declaración a estrados, acompañando su informe con anterioridad²⁷⁵. La legislación consagra que los/as peritos y sus informes están sujetos a admisibilidad, pudiendo el/la juez/a de familia aceptarlos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo²⁷⁶. Con todo, el Tribunal podrá limitar el número de peritos, cuando resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.

Respecto de la declaración de las partes, se consagra que cada una podrá solicitar la declaración de las demás sobre hechos y circunstancias de las que tengan noticia y que

²⁷¹ Términos empleados por el artículo 33 de la ley número 19968. Por otra parte, se consagran quienes son aquellas personas exceptuadas de la obligación de concurrir al llamamiento efectuado por el tribunal y se regula la manera en que estas prestan declaración, lo que se desprende de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 del mismo cuerpo legal.

²⁷² La que aparece contenida en el artículo 34 de la ley número 19968.

²⁷³ Artículo 37 de la ley número 19968. La norma extiende los efectos del principio de autoincriminación a su cónyuge, y parientes que enuncia.

²⁷⁴ Artículo 45 de la ley número 19968.

²⁷⁵ Artículo 46 de la ley número 19968.

²⁷⁶ Artículo 47 de la ley número 19968

guarden relación con el objeto del juicio, existiendo una sanción en caso de incomparecencia²⁷⁷.

Finalmente, respecto de los “otros medios de prueba”, la legislación insta que son todos admisibles, sean: “películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas” siempre que “sean aptos para producir fe”. De esta forma la normativa no consagra un catálogo taxativo a este respecto, estableciendo que en estos casos será el juez quién “determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo”²⁷⁸.

Ahora bien, es importante destacar que la posibilidad de verificar la existencia de la grave amenaza o vulneración en los derechos de la infancia, dependerá, en la mayoría de los casos, de que se pueda contar con los medios probatorios adecuados, en especial la prueba pericial, pues resulta el medio más acorde o idóneo para abarcar a la compleja realidad psicosocial de los conflictos de familia. No obstante, la experiencia práctica muestra que la habitual falta de recursos económicos de las partes constituye un obstáculo para la producción de ese tipo de prueba; y que de esperarse su sustanciación de oficio, la falta de recursos económicos destinados por el Estado hacia las instituciones públicas que podrían ofrecerlas tampoco facilita su concreción

Ahora bien, expuesto lo anterior, se puede concluir que más allá de la enumeración realizada en la legislación chilena relativa al PEP, en ella se sigue la lógica de la “libertad probatoria”, pues todo elemento que resulte pertinente será admitido a los fines de dilucidar y resolver el conflicto planteado. Pese a ello, en la práctica judicial las partes generalmente comparecen sin abogado/a que las represente, por lo que no se encuentran asesoradas y desconocen tanto el derecho adjetivo como el sustantivo. Así es el/la juez/a de familia quien decide -en la mayoría de los casos- cuales son las pruebas que se deben producir, siendo esto una manifestación de las facultades con que cuenta.

Así las cosas, en lo que a esta temática particular compete, cabe destacar que ni la CDN ni las OG cuentan con estándares específicos. Pese a ello, sí se observa que la

²⁷⁷ Artículos 51 y 52 de la ley número 19968.

²⁷⁸ Artículo 54 de la ley número 19968.

normativa concerniente al PEP se ajusta a los parámetros generales que estos instrumentos postulan concernientes al ISN, en el sentido que este es una guía fundamental para resolver la procedencia o no de una medida de protección.

Por lo tanto, finalizado el análisis del PEP en sus diferentes fases, y de los medios probatorios que en él pueden ser incorporados, toca la revisión de la resolución que pone término al procedimiento, la sentencia, a través de la cual se decidirá si se aplica o no una medida de protección que dé solución al conflicto.

4. La sentencia en el PEP

Como se adelantó, en este apartado será estudiada la forma y el contenido de la sentencia que poner fin al PEP. Es en ella en donde el/la juez/a de familia debe pronunciarse acerca de la pertinencia (o no) de aplicar una medida de protección y, en su caso, cuál de ellas adoptará. Para ello, se hace necesario detenerse en identificar qué dice la legislación al respecto, pues permitirá reconocer los aspectos constitutivos de la sentencia, sus efectos, y sus formas de ejecución.

4.1. La sentencia: aspectos constitutivos

Como ya fue expuesto a lo largo de este estudio, las medidas de protección son aquellas que aplica el órgano jurisdiccional por medio de una sentencia, al constatar la existencia de una grave amenaza o vulneración de los derechos de cierto/a niño/a, en el marco del PEP. La legislación consagra que la sentencia será “pronunciada oralmente una vez terminada la audiencia que corresponda, según sea el caso”, oportunidad en la que “el juez deberá explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y su duración”²⁷⁹. Así, una vez desarrolladas las audiencias preparatoria y de juicio oral, e incorporada la prueba que fue decretada, a la vez que escuchada la asesoría técnica del/la consejero/a técnico/a (cuando así se estime necesario) y la opinión del/la curador/a *ad litem* designado/a, y en su caso la del sujeto involucrado, el/la juez/a de familia debe ponderar dichos antecedentes y luego comunicar, en ese mismo

²⁷⁹ Artículo 75 de la ley número 19968.

momento, la resolución a la que llegue. De esta manera, se entiende que la norma no establece el cumplimiento de formalidad alguna en la respectiva sentencia, es decir, no contempla rigidez en su forma, estableciendo como única exigencia que el/la juez/a evalúe los elementos incorporados y tome una decisión al respecto en un mismo acto.

No obstante, hay puntos que indefectiblemente deberán hallarse presentes en la sentencia, pues la propia norma exige que la aplicación de una medida de protección obedezca a un estudio razonado del caso, es decir, que responda a parámetros de objetividad. En consecuencia, es posible afirmar que la sentencia cuenta con aspectos constitutivos, que son la decisión de la aplicación (o no) de una (o más) medida de protección y, en su caso, de cuál de ellas; el fin buscado mediante su implementación, en relación a la individualización y forma/s de afectación de los derechos del/la infante; la fundamentación de la medida en cuestión, y; el plazo de su duración²⁸⁰.

4.1.1. La fundamentación, el eje central de la sentencia

A modo de contexto, es necesario plasmar que bajo la Ley de Menores (número 16618), cuando aún no existía la Ley 19968, las sentencias dictadas en estos asuntos eran extremadamente escuetas, pues solo se precisaban los artículos que justificaban la adopción de las medidas de protección en términos generales, sin detenerse en exponer los motivos que lo respaldaban. En definitiva, no se exigía fundamentarlas²⁸¹. En la actualidad, como se ha dicho, la vigencia de la mencionada Ley que estableció el PEP obliga al/la juez/a a fundamentar sus decisiones en la sentencia de forma expresa²⁸². De este modo, la sentencia debe ser fundada respondiendo a un ejercicio argumentativo dirigido al establecimiento de los hechos, a la valoración de la prueba de los hechos de la causa, a la interpretación de las

²⁸⁰ Conforme artículo 75 de la ley número 19968.

²⁸¹ En Chile, en ese entonces, el/la juez/a valoraba la prueba “en conciencia” o “libre convicción”. Este método no hace necesario de fundamentación alguna. Este es aquella manera de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. En este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. De este modo, el juez no se encuentra obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y “no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida (Couture, 1979, p. 77).

²⁸² El artículo 75 de la ley número 19968.

normas jurídicas aplicables al caso concreto, vigentes en la normativa interna como internacional y, a la decisión del asunto sometido al conocimiento del Tribunal de Familia. Estos no son compartimentos estancos, sino que es un camino lógico y razonado que deriva en la decisión final. Sin embargo, la legislación instaura una excepción en cuanto a la fundamentación, para el caso de que, existiendo acuerdo entre las partes respecto de la aceptación de una grave amenaza o vulneración de los derechos del/la niño/a involucrado/a, y los medios necesarios para subsanarlo, se pueda obviar ese ejercicio y se decrete la medida directamente²⁸³. Lo anterior se relaciona con el principio general de solución colaborativa que rige en el ámbito jurisdiccional en materias de familia, por el que se aduce que “durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas”²⁸⁴. De esta forma, se abre la puerta a que las mismas partes manifiesten su conformidad con la decisión adoptada, siendo entonces innecesario plasmar algún tipo de argumentación.

Si analizamos el PEP como mecanismo local de protección de los derechos de la Infancia es preciso contrastarlo con las indicaciones de la CDN. Partiendo de esta base, cabe destacar que para motivar la sentencia que determina la procedencia (o no) de una medida de protección, el/la juez/a de familia primeramente debe determinar los hechos a los cuales se circunscribe el PEP. Así en la legislación en estudio, los hechos aparecen circunscritos ya desde el inicio de la causa protección, al efectuar el examen de admisibilidad de la denuncia o requerimiento al iniciarse el mismo. Estos deben responder a los presupuestos de gravedad de la amenaza o vulneración. De esta manera, ellos se encuentran delimitados desde un comienzo. Sin embargo, en la audiencia preparatoria de juicio oral, estos pueden ser precisados por las declaraciones de las partes intervinientes, o de la declaración que preste el propio niño/a afectado. Por otra parte, consagra la recepción

²⁸³ Es así esta posibilidad se plantea al señalar que: “antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, niña o adolescente. Si ello no fuere posible, en la sentencia fundamentará la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración”.

²⁸⁴ Norma que se ubica en el título III denominado “Del Procedimiento”, que en su párrafo primero establece el artículo 14 el cual dispone: “Colaboración. Durante el procedimiento y en la resolución del conflicto, se buscarán alternativas orientadas a mitigar la confrontación entre las partes, privilegiando las soluciones acordadas por ellas”.

de estos antecedentes de forma escrita u oral, estableciendo que solo en este último caso la denuncia o requerimiento es recogido por un consejero técnico, caso entre los cuales se encuentra cuando un/a niño/a lo interpone por sí mismo²⁸⁵.

La OG número 14 establece que “los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño”. Para ello la normativa en comento consagra entre otras cosas “se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes”. Así plantea que “la información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos” en la evaluación ISN (párrafo 92). De esta manera, la legislación nacional cumple insuficientemente con ese parámetro ya que no necesariamente los hechos del caso serán evaluados por profesionales capacitados, no se contempla la posibilidad de entrevistas, sino que únicamente el desarrollo de la audiencia preparatoria, momento en que son recibidos los antecedentes y las opiniones y preguntas de los intervinientes.

Por otra parte, para motivar la sentencia que resuelve sobre la aplicación (o no) de una medida de protección el/la juez/a debe valorar la prueba incorporada en el PEP y luego aplicar el derecho. En este sentido, el legislador ha sometido las pruebas al régimen de valoración de la sana crítica, con lo que establece que “no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados”, a lo que agrega que “la sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo”. Finalmente, establece que “la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”²⁸⁶.

La sana crítica, en términos de Alsina, es aquella que prescribe la lógica y deriva de la experiencia, siendo la primera de carácter permanente y, la segunda, variable en el

²⁸⁵ Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia número 71, atención al público.

²⁸⁶ Artículo 32 de la ley número 19968.

tiempo y en el espacio (Alsina, 1956, p. 127). Es decir, son las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (Couture, 1979, p. 75). De esta manera, se concluye que esta forma de valorar la prueba se configura en una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, ya que no cuenta con la excesiva rigidez de la primera, ni la enorme discrecionalidad de la última, siendo una fórmula adecuada de regular la actividad intelectual del/la juez/a frente a la prueba. En este sentido, las reglas de la sana crítica son “las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento” (Couture, 1979, p. 76 y siguientes).

Este método de valoración de la prueba, siguiendo a Couture, alude a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Cuando se refiere a las primeras, hace alusión a que la sana crítica en su sentido formal es una operación lógica, dado que existen algunos principios que no podrán ser nunca desoídos, como ser el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma, o el principio del tercero excluido, de acuerdo al cual, si existe una proposición que afirma algo, y otra que lo contradice, una de las dos debe ser verdadera, no siendo una tercera opción posible y, el principio de falta de razón suficiente o de contradicción, según el cual todo lo que ocurre tiene una razón suficiente para ser un modo y no de otro. Pero ello no resulta suficiente para convalidar la sentencia, pues la elaboración puede ser correcta en su sentido lógico formal, pero igualmente errónea desde un punto de vista material. Por otra parte, respecto de las máximas de experiencia, se refiere a la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo ser humano se sirve en la vida, conclusiones que no tienen la

estrictéz de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar (Couture, 1966, p. 270)²⁸⁷.

Hay que decir que este sistema de valoración de prueba se refiere únicamente a la manera en que ésta es ponderada, por lo que se mantienen subsistentes las reglas sustantivas denominadas reglas reguladoras de la prueba, que son aquellas que señalan cuáles son los medios probatorios permitidos en el proceso, que establecen su admisibilidad, determinan la forma de rendirlos, y distribuyen el peso de cada una de esas piezas.

Ahora bien, como se desprende de lo antedicho, este método de valoración de la prueba se relaciona con la noción de racionalidad. En este sentido, González (2006, p. 93) estima que los razonamientos que haga el/la juez/a deben encadenarse de tal manera que conduzcan "sin salto brusco" a la conclusión establecida, a la vez que dichas ideas deben poder contrastarse "con las normas de la razón". Este sistema de valoración hace necesario exteriorizar un juicio razonado que indique "por qué motivos se acepta o rechaza, en todo o en parte, una opinión expuesta, más sin que oscile de la sumisión ciega a la desconfianza infundada" (Alcalá-Zamora y Castillo, 1934, p. 165).

De esta manera, la legislación impone al/la juez/a de familia la obligación de explicitar en la sentencia de qué forma construye los presupuestos fácticos que le permiten concluir en tal o cual sentido. Ello garantiza que no se incurra en decisiones arbitrarias y antojadizas²⁸⁸, que se limiten las posibles impugnaciones que las partes puedan presentar ante sedes superiores de justicia que revoquen la resolución por falta de motivación, y,

²⁸⁷ Plantea Oberg (1985, p. 54) que los elementos que les son comunes a las máximas de la experiencia son las siguientes: 1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico; 2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica; 3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos; 4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar; 5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

²⁸⁸ De esta manera, Lessona (1928, p. 355) expone que, la verdad jurídica pende en este sistema, no de la impresión, sino de la conciencia del juez, que no puede juzgar simplemente, según su criterio individual, sino según las reglas de la verdad histórica, que debe fundamentar. El convencimiento del juez debe responder a su conciencia, pero, no a una conciencia que juzga por impresión, sino que juzga a razón vista y por motivos lógicos.

finalmente, conduce a comunicar a la sociedad las acciones u omisiones que se configuran como posibles graves vulneraciones o amenazas en los derechos de la infancia. En ese sentido, Paillás (1991, p. 24) expone que, en el régimen de la sana crítica o persuasión racional, “el juez debe dar los motivos por los que adquiere su convicción, lo que es una importante garantía para asegurar que resolverá la litis según *allegata et probata* (alegado y probado), pues, al tener que ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento, necesariamente tiene que apreciar en mejor forma los datos probatorios”. Y continúa: “no le es permitido (al juez) obrar *prima facie*, sin formarse una entera convicción, sino que, por el contrario, debe llegar a un pleno conocimiento del *facta probandi* a través de un estudio razonado de la prueba, pues la sentencia no puede apoyarse en un juicio dubitable, sino en hechos realmente demostrados en el juicio (Paillás, 1991, p. 28).

Por último, es necesario evidenciar que el nivel de convicción que debe alcanzar el/la juez/a de familia al momento de valorar la prueba, a los fines de la aplicación (o no) de una medida de protección, no debe ser *de lato conocimiento*. Así, el legislador consagra que basta la grave amenaza de un derecho -es decir, la posibilidad efectiva de su afectación-, para que se decida favorablemente en el sentido expuesto, lo que responde a la naturaleza preventiva del procedimiento.

Ahora bien, se advierte que la OG número 14 consagra respecto de la argumentación de la valoración de la prueba que “la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con del interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros” (párrafo 80). Es decir, da cuenta de la necesidad de conjugar cada uno de los aspectos del ISN en búsqueda del “desarrollo holístico del niño” (párrafo 82). Estos elementos no concurren necesariamente para cada situación y pueden ser usados de formas diferentes dependiendo el caso concreto. De esta manera, da cuenta que el/la juez/a tiene libertad para determinar la aplicación de un elemento u otro, como una forma de garantizar que la solución a la problemática esta ideada para ese niño/a, pudiendo adaptarse a sus características, entorno y situación particular. Sin embargo, siempre deberá justificar su decisión, siendo necesario hacer alusión a parámetros objetivos, como lo son los aportados por la OG número 14.

Ahora bien, cuando los elementos que se tienen en cuenta en la evaluación del ISN entran en conflicto, la OG 14 establece que “se tendrán que ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que atienda mejor” al ISN (párrafo 81). Es decir, hace alusión nuevamente a la relevancia de dar una solución adaptada a la solución concreta y a sus circunstancias, posibilitando dar una respuesta a la medida de ese niño/a. Pero para ello deberá explicitar motivadamente porque opta por uno o desecha otro. En este sentido, estimo que la legislación chilena no cumple suficientemente con esta exigencia de la OG 14, dado que no explicita cuáles son elementos que lo conforman, posibilitando que el/la juez/a determine libremente aquellos que lo integran. De esta manera, se corre el riesgo que su elección sea arbitraria y antojadiza.

En cuanto a la motivación sobre el derecho aplicable, la legislación en estudio no hace alusión en forma expresa a la necesidad de argüir entorno a cuáles son las normas jurídicas que se deben utilizar para resolver el caso concreto. Sin embargo, ello se puede intuir del término “fundamentos” que utiliza el artículo 75 de la Ley número 19968, ya que es evidente que al ser los Tribunales de Familia fueros de derecho, es menester que en el ejercicio de la subsunción de los hechos acreditados lo sean en normativa legal tanto nacional como internacional. Lo anterior, adquiere aun mayor relevancia en el caso del PEP, dado que como ya se ha expuesto, la normativa sustantiva existente es pobre en contenido y el país se encuentra en vías de dictar una ley que proteja integralmente los derechos de la niñez. Lo expuesto, demuestra que en estos casos el derecho que se aplica es esencialmente el contenido en normativa internacional.

Finalmente, bien es sabido, que para motivar la sentencia que determina la aplicación (o no) de una medida de protección el/la juez/a debe fundamentar la decisión concreta que toma. Contrastada la legislación en estudio en este aspecto con la CDN y las OG números 12 y 14, se concluye que la legislación chilena no se ajusta suficientemente a los delineamientos allí consagrados, especialmente en lo que dice a la argumentación jurídica de la sentencia y a la evaluación del/la niño/a en orden a determinar si se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio.

En concreto, en cuanto a la argumentación jurídica, la legislación chilena establece que el/la juez/a de familia debe explicar “la naturaleza y objetivos de la medida, su

fundamento y su duración”²⁸⁹, lo que de modo superficial puede llevar a concluir que se ajusta a la obligación consagrada en los instrumentos internacionales, esto es, que la sentencia debe ser motivada, justificada y explicada. Sin embargo, la OG número 14 va más allá al ofrecer elementos que precisan qué es lo que implica esta motivación. En especial, se indica que se deben explicitar “todas las circunstancias de hecho referentes al niño; los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su ISN; el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el ISN”²⁹⁰. Es decir, el/la juez/a debería identificar cuáles son las condiciones circunstanciales de ese/a niño/a, luego recoger esos parámetros que consagra la OG número 14²⁹¹, con ello verificar cuáles son relevantes y desarrollarlos para, finalmente, ponderarlos con miras a establecer el ISN en el caso concreto.

No obstante, dicho recorrido no aparece consagrado con tal detalle en la normativa nacional, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad a los/as jueces/zas que deciden en las situaciones vinculadas a la niñez, y pueden dar lugar a decisiones injustas, erróneamente motivadas, o incluso estandarizadas. Esta referencia genérica a la motivación de la decisión judicial también puede afectar a la posibilidad de individualizar correctamente los elementos que permitieron evaluar y determinar la configuración del ISN para el caso concreto, derivando en decisiones que en realidad no lo contemplan, sino que se limiten a esbozarlo, sin precisar a qué se hace referencia cuando se hace alusión al mismo.

Lo mismo ocurre con el lenguaje que debe emplearse en la motivación de la decisión, pues la inclusión del término “explicar” o la exigencia de un “lenguaje que sea comprensible” -ambos conceptos utilizados en distintas partes de la norma en trato-, no necesariamente se extiende a la utilización de fórmulas claras en la sentencia. Vale recordar al respecto que dicho parámetro, establecido a nivel internacional, tiene por fin que se les puede explicar a las partes, y especialmente a los/as niños/as involucrados/as, cada decisión

²⁸⁹ Inciso segundo del artículo 75 de la ley número 19968.

²⁹⁰ OG número 14, párrafo 92 y 97.

²⁹¹ Recordemos que ellos son consagrados desde el párrafo 52 de la mentada OG número 14, siendo ellos: la opinión del niño; su identidad; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; cuidado y protección; situación de vulnerabilidad; derecho a la salud y a la educación. Estos no son taxativos y tampoco deben concurrir todos a la vez, dependiendo del caso concreto

que se tome y que les repercute, por lo que puede afirmarse que la legislación en este sentido resulta limitada. En concreto, la OG número 12 imprime un estándar que no es recogido por el ordenamiento chileno, en orden a que “el encargado de adoptar decisiones” debe informar al/la niño/a del resultado del proceso y explicar “cómo se tuvieron en consideración” sus opiniones²⁹².

La legislación chilena, como ya fue expuesto, establece en su artículo 72 inciso 2 de la Ley 19968 que los/as niños/as “serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible”, sin precisar qué debe comprenderse por tal término, pudiendo este ejecutarse del modo que determine el juez, sin concretarlo en una manifestación que se traduzca de forma efectiva en la transmisión de la decisión de modo amigable y accesible. Además, no se puede perder de vista que este ejercicio de comunicación demanda indudablemente la existencia de tiempo y capacitación en el operador jurídico, que no están previstos en la legislación en estudio, y que la práctica judicial hace inviable, por el escaso tiempo que se concede para desarrollar las audiencias en los Tribunales de Familia.

Asimismo, se concluye que la legislación no considera la opinión del/la niño/a como un elemento que deba considerarse de forma expresa el/la juez/a en la sentencia, al no ser exigido en ningún momento del proceso como medida insoslayable, ni siquiera como punto que incondicionalmente deba tomarse en consideración (de haberse producido la medida), aun cuando no se tenga finalmente en cuenta o se decida en su contra. Se trata de un elemento importante si tenemos en cuenta que la OG número 12 realza y refuerza que la opinión del/la infante debe constituir un factor destacado o relevante en la resolución del asunto²⁹³.

Tampoco la legislación en estudio otorga un expreso valor a la condición de la edad en forma específica, ni precisa consecuencias que este factor genere en la toma de decisiones. Solo hace alusión a la edad en términos genéricos en el artículo 69 inciso 1 de la Ley número 19968 al establecer “el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez”. Lo anterior difiere del contenido de la OG número 14, dado que establece con mayor detalle, detenimiento y

²⁹² OG número 12, párrafo 45.

²⁹³ OG número 12, párrafo 44.

expresamente que ante “situaciones en las que factores de ‘protección’ que afectan al niño hayan de valorarse en relación con medidas de ‘empoderamiento’”, casos en los cuales “la edad y madurez del niño deben guiar la ponderación de los elementos” agregando a este respecto que “debe tenerse en cuenta el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez” (párrafo 83). De esta forma, en estos casos la opinión del niño/a debe adquirir un “peso específico” diferente, correspondiendo al juez dotarle de mayor importancia a medida que se acerca a la adultez. Lo anterior, es una manifestación de la adquisición de mayores condiciones a medida que pasa el tiempo, con lo cual el/la niño/a adquiere mayor autonomía, lo que afecta la evaluación del ISN dado que sus “capacidades evolucionan” (párrafo 84). Asimismo, la legislación no contempla dentro de la decisión, la necesidad de incorporar un ejercicio de proyección de los resultados de la medida de protección en el tiempo contraviniendo en ese aspecto la directriz en comento, que esta establece la necesidad de contemplar “las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo” (párrafo 83, parte final).

Finalmente, y en la misma línea, cabe recordar que la OG número 14 exige que las legislaciones nacionales ordenen que si “la solución elegida no atiende al ISN, se deba indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el ISN fue una consideración primordial, a pesar del resultado”. Para ello se tendrán que detallar “de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular”²⁹⁴.

Por lo tanto, dado el panorama planteado, se concluye razonablemente que la normativa relativa a la fundamentación de la sentencia que se dicta en el PEP se ajusta de modo insuficiente a los estándares contenidos en la CDN y en las OG números 12 y 14. Y ello, resumidamente, porque, en primer lugar, no se encuentra instituido para todos los casos que, en la determinación de los hechos intervengan profesionales capacitados. En segundo lugar, si bien la técnica de valoración probatoria escogida resulta adecuada, ya que permite determinar la gravedad de la vulneración, por otra parte, el juez debe recurrir directamente a normativa internacional para constar la afectación del derecho, tarea que se dificulta en atención que la sentencia se dicta en forma oral e inmediatamente, debiendo ser

²⁹⁴ OG número 14, párrafo 97.

ella comunicada en un lenguaje comprensible. Lo anterior, exige de la existencia de espacios de tiempo que en la práctica no existen. Por último, existe una falta de precisión respecto de elementos que debe contener la sentencia. Además, la legislación admite que el/la niño/a involucrado/a no participe en el ejercicio de la toma de decisión, sin considerar la voz del niño/a. Y también dado que no existen dentro de la legislación en estudio elementos que permitan evaluar y determinar al ISN.

4.1.2. La decisión de la aplicación (o no) de medidas de protección, y el objetivo -en su caso- de su implementación

La legislación configura como presupuesto de procedencia del PEP la existencia de la grave amenaza o vulneración de alguno o varios derechos de un/a niño/a. De ello se desprende que es requisito necesario una suerte de graduación en la afectación en los derechos de la infancia.

No obstante, la legislación en estudio, ni en la normativa sustantiva ni en la adjetiva -Leyes números 16618 y 19968, respectivamente- precisa de modo alguno qué debe entenderse por las nociones de gravedad, amenaza y vulneración, por lo que su alcance debe estimarse de acuerdo al sentido natural y obvio de su uso cotidiano. Para estos fines, se comprende que el término grave alude a las nociones de importancia y relevancia. Por otro lado, la amenaza se presume de actos o palabras que tengan por cometido hacer algún mal a alguien (en este caso a un/a niño/a), representando, por lo tanto, un proyecto de actuación o de una ideación. Por último, la palabra vulneración hace referencia a una acción que daña o perjudica en forma concreta²⁹⁵.

Así las cosas, se comprende que la definición de los elementos de la sentencia por parte del/la juez/a de familia es esencial, dado que de esta forma logra justificar porque es grave y, cual es la medida de protección necesaria para subsanar el hecho constitutivo de la violación, y con ello restaurar el derecho afectado. Es que en definitiva, el término “grave” alude a una forma especial de graduación que legitima que el Estado intervenga en la vida privada de las personas y familias, siendo éste un derecho de las personas. Así, éste se

²⁹⁵ Definiciones de los términos extraídos del diccionario de la Real Academia Española (2001).

constituye en un límite infranqueable que solo se puede traspasar, si se acredita la gravedad de la vulneración o amenaza en los derechos de los/as niños/as.

Por otra parte, los términos de amenaza y vulneración se refieren a aquellas conductas que el legislador entendió como potencialmente perjudiciales para los derechos de los/as niños/as. En otras palabras, se diseñó un sistema jurisdiccional basado en una concepción amplia de protección, que posibilita actuar al Tribunal de Familia cuando exista una acción u omisión que afecte en concreto esos derechos, permitiendo actuar también cuando solo exista el temor a un riesgo futuro e incierto de que sean atacados.

De esta manera, la legislación admite una concepción de la tutela de los derechos de los/as niños/as que no obliga a esperar una vulneración grave, sino que la habilita a actuar incluso en la hipótesis de que se produzca una amenaza. En ese sentido, Taruffo expone que “la consecuencia de una tutela articulada solo *ex post* exigiría esperar a que un derecho resulte vulnerado para que pueda hacerse valer en vía jurisdiccional, aunque después sea factible comprobar que la tutela jurisdiccional es ineficaz para remover la vulneración, lo que conduciría a la conclusión de que no es posible obtener una tutela efectiva de derechos de contenido no patrimonial o no solo patrimonial” (Taruffo, 1996, p. 143). Así, una lógica que entienda de la función jurisdiccional que actúa solo después de la verificación de la vulneración del derecho, no está de acuerdo con la naturaleza del PEP, ya que como expone Pedraz (1999, p. 17) es imposible la reparación de los derechos de los/as niños/as *in natura* una vez que ellos ya fueron afectados. Tal situación la previó el legislador, toda vez que entendió que las medidas de protección apuntan, en la mayoría de las veces, a intervenciones psicosociales para apoyar, reparar u orientar a los/as niños/as, a sus padres/madres o a las personas que los/as tengan bajo su cuidado, con el objetivo de superar la crisis en que pudieran encontrarse²⁹⁶.

Por otro lado, en relación a los derechos que afectados que merezcan una intervención judicial, y la adopción de medidas de protección respecto de los/as niños/as, la legislación mantiene la misma técnica legislativa, esto es, no pronunciarse sobre qué derechos niños/as son los que pueden ser afectados con el fin de activar el PEP. La

²⁹⁶ Artículo 30 de la ley número 16618

normativa sustantiva no contempla la existencia de una Ley que los consagre, existiendo una de carácter procedimental que nada hace alusión al respecto, y que enuncia tan solo el término derechos. Para superar dicha laguna, se comprende que tales derechos son los consagrados en la CDN porque el artículo 5 de la CPR, que como ya se indicó, incorpora al ordenamiento chileno todos los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes; entre los cuales se encuentra la citada Convención, que sí consagra un catálogo pormenorizado de los derechos de los/as niños/as. De esta manera, la norma en mención hace un reenvío directo a los derechos contenidos en aquel instrumento.

En la CDN y las OG no se hace mención directa a las nociones de gravedad, amenaza o vulneración, por lo que no aportan elementos determinados que sirvan para contrastarlos y/o completarlos. Así, se hacen alusiones más bien genéricas, que justamente por su indeterminación, conducen a la construcción de una regla en relación a la fundamentación con la que debe contar la sentencia que se dicte en el PEP. Esta regla nos lleva nuevamente a la necesidad de motivar la decisión del/la juez/a, que en ese contexto deberá dotar dichos conceptos de contenido específico, pero siempre configurándolos a partir de los elementos que consideró relevantes para construir el ISN en el caso concreto. Sin embargo, como se indicó en el subapartado anterior, la legislación local no es lo suficientemente precisa y detallada en relación al estándar de fundamentación de las sentencias que se dictan en el PEP, lo que podrá afectar la calidad de la resolución del conflicto.

Ahora bien, zanjadas las cuestiones relacionadas con la indefinición de los conceptos “grave”, “vulneración” y “amenaza” en relación a los derechos de la infancia y evidenciada la tarea que compete a los/las jueces/zas encargados/as del PEP al momento de sentenciar, de dotarlos de contenido, es preciso dejar claro que en la resolución deberá identificarse debidamente cada uno de los derechos que se encuentran en juego y si deben ser reparados. Y como resulta ya evidente, la forma de reparación es la aplicación de medidas de protección.

Para la determinación de las medidas que pueden ser adoptadas si se constata la existencia de una grave amenaza o vulneración en los derechos de cierto/a niño/a, es necesario nuevamente recurrir al examen de las Leyes número 16618 y 19968. El legislador chileno estableció en forma genérica dos tipos de medidas. El primero implica la derivación

del/la niño/a y madres/padres a un centro de apoyo que trabajará la situación de crisis por la que atraviesa la familia. El segundo se traduce en derivar solo al/la niño/a a un centro -en donde vivirá por cierto periodo de tiempo-, dado que es en el seno de su familia donde existe el factor de grave vulneración o amenaza de sus derechos, y, los/as adultos/as responsables de sus cuidados no son capaces de removerlo o superarlo de un modo que garantice el bienestar del sujeto de protección²⁹⁷.

Como puede verse, estas medidas son genéricas, ya que solo atienden al hecho de que el factor de riesgo se encuentre o no dentro de la familia, sin distinguir si los centros en cuestión deben aportar un acompañamiento dirigido en una línea de intervención en particular, como lo sería ante un caso de maltrato, afectación en la indemnidad sexual, problemas de salud mental, violencia intrafamiliar, entre otros. Parece evidente que no puede intervenir todas las situaciones de vulneración o amenaza de los derechos de los/as niños/as del mismo modo, sino que debe asegurarse que exista cierta especialización al momento buscar soluciones, que permita dar cobertura a las necesidades particulares de cada infante. De esta manera, se advierte que es preferible que exista un catálogo de medidas de protección específico para superar las situaciones de grave vulneración o amenaza en los derechos de los/as niños/as, dado que así se logra enfrentar las situaciones concretas a las que se ven expuestos y brindarles una atención personalizada y específica. La generación de un elenco de medidas particulares, demanda la existencia de una oferta programática dotada de recursos humanos, económicos, logísticos, entre otras cosas, con conformados por profesionales especializados, todo lo cual permitirá cumplir con el objetivo de la medida y evitar que la condición de vulnerados en sus derechos se perpetúe en el tiempo.

En consecuencia, es pertinente tratar de identificar el tipo de medidas disponibles para el juez de familia para delimitar el alcance de sus términos en el contexto de esta investigación. En concreto, como indicábamos, es posible imponer (i) medidas ambulatorias, y (ii) medidas residenciales.

²⁹⁷ Así se desprende del artículo 30 letras a) y b) de la ley número 16618, las que será tratadas a continuación en este mismo apartado.

De acuerdo al artículo 30 de la Ley número 16618, son medidas ambulatorias aquellas que se adoptan por el órgano jurisdiccional cuando un/a niño/a está expuesto a una grave amenaza o vulneración en sus derechos y tienen por objetivo intervenir y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse impartiendo las instrucciones pertinentes, sin alterar los cuidados de sus padres/madres o de las personas que lo/a tengan bajo su cuidado.

Una medida de este tipo consiste en obligar a las partes involucradas a asistir a instituciones especializadas, supervisadas y ejecutadas por el Servicio Nacional de Menores, que ofrecen asistencia, apoyan, reparan u orientan a los/as niños/as y a sus grupos familiares. El objetivo es salir de la situación de crisis que generó la necesidad de adoptar la medida de protección. De acuerdo al tenor literal de la norma, la medida de protección, cualquiera que sea (sea para apoyar, reparar u orientar), recaerá indistintamente en los/as niños/as, como también en aquellas personas que los tienen bajo su cuidado. Asimismo, se reconoce la necesidad de establecer medidas diferenciadas para los/as infantes y para quienes los/as tengan bajo su cuidado personal²⁹⁸.

En la aplicación práctica, las medidas de protección de carácter ambulatorio requieren inevitablemente un alto compromiso por parte de los/as obligados/as con la medida, como también de la existencia de voluntad para su ejecución. De hecho, es difícil imponer cualquier forma de apoyo, reparación u orientación si no se admite la existencia de una crisis o si no se acepta la medida que se propone. De hecho, la legislación no establece un mecanismo que permita exigir la medida contra la voluntad de los/as obligados/as²⁹⁹.

²⁹⁸ Las medidas de protección de carácter ambulatoria son ejecutadas por el Servicio Nacional Menores, quien licita programas a lo largo del país de acuerdo a diferentes directrices de oferta programática, las cuales depende de la caracterización de la afectación de los derechos de los sujetos de protección. Se establecen el Programas Especializados Reparación de Maltrato Grave; el Programa de Prevención Focalizada; el Programa de Intervención Integral Especializada; los Programas de Intervención Integral Especializada; el Programa de Intervención Breve; el Programa Especializado en Explotación Sexual Comercial Infantil, el Programa de Reinserción Educativa; los Programa Drogas; el Programa Especializado para Agresores Sexuales; los proyectos de Protección Ambulatoria Discapacidad y, el Programa Especializado Calle. Para consultar los objetivos de cada uno de estos programas y cuáles los sujetos de atención consultar oferta programática del servicio en cuestión (SENAME 2020, oferta programática).

²⁹⁹ Se critica la eficacia de esta oferta programática dado que, sin perjuicio que ella es diversa, dada las características geográficas de Chile, estos programas no se encuentran en cada una de las localidades, existiendo grandes carencias en su implementación y cupo, como en su desconcentración en el territorio del país. En este sentido, López Signorelli María José y Rojas Marambio Natalia (2017, p.61 y ss.)

Por otra parte, el mencionado artículo también consagra las medidas residenciales, que son las que se adoptan por el órgano jurisdiccional de modo temporal, al verse un/a niño/a expuesto a una grave amenaza o vulneración en sus derechos, que exige separarlo/a de su entorno regular de resguardo³⁰⁰. Dadas las implicaciones que significan en la vida del/la infante una medida de este tenor, el legislador chileno ha optado por señalar que debe ser adoptada de forma subsidiaria, si las otras medidas no dieron resultado. En concreto, el artículo 74 de la Ley número 19968 indica que será adoptada sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos y siempre que no exista otra más adecuada³⁰¹.

Se establece que el juez de familia, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. En particular podrá disponer: “el ingreso del niño a un Centro de Tránsito o Distribución³⁰², en un hogar sustituto o en un establecimiento residencial”³⁰³

³⁰⁰ Las medidas protección residenciales también dependen del Servicio Nacional de Menores. Su objetivo es asegurar la reinserción familiar de los niños, niñas y adolescentes atendidos, contribuyendo a restituir su derecho a vivir en familia a través de una atención residencial transitoria. Las diferentes modalidades consideran a sujetos entre los 0 y 18 años de edad, que han sido gravemente vulnerados en sus derechos, privados de cuidados parentales por negligencia o violencia.

Entre las cuales encontramos a: Residencia Familiar; la Residencia de Alta Especialidad; los Centro de Reparación Especializada de Administración Directa; las Familias de Acogida Especializada de Administración Directa; las Familias de Acogida Especializada con Programa de Protección Especializado; las Residencia de Protección Lactantes y Preescolares con Programa Adosado; las Residencias para Niños/as Vulnerados, con Discapacidad Discreta; las Residencias para Niños/as Vulnerados, con Discapacidad Grave; las Residencias de Alta Dependencia con programa adosado; la Residencia de protección para niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos, con discapacidades severas o profundas y situación de alta dependencia; las Residencias de Vida Familiar para Adolescentes; las Residencias de Protección para Mayores; las Residencias de Protección para Mayores con programa adosado; las Residencias Especializadas con programa adosado; las Residencias para Madres Adolescentes, y las Residencias para Madres Adolescentes con programa adosado. Para consultar los objetivos de cada uno de estos programas y cuáles los sujetos de atención consultar oferta programática del servicio en cuestión (SENAME 2020, oferta programática).

Igualmente, que las medidas proteccionales ambulatorias, se critica a las residenciales en cuanto a su eficacia, dado que se reconoce que la oferta programática es amplia y diversa, pero por las características geográficas de Chile todos estos programas no se encuentran en cada una de las localidades, existiendo grandes carencias en su implementación y cupo, como en su desconcentración en el territorio del país. En este sentido, López Signorelli María José y Rojas Marambio Natalia (2017, p.61 y ss.)

³⁰¹ En este sentido la ley número 19968 consagra lo expuesto de la siguiente manera: “artículo 74.- Medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres. Sólo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza y, sólo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada.”

³⁰² El Decreto ley número 2465 es aquel que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica.

y, luego dispone en el inciso cuarto del artículo 30 de la Ley en comento que “si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza”. Así pues, del tenor de la norma descrita se advierte que existen tres modalidades de medidas de protección residenciales, que son: (i) los Centros de Tránsito o Distribución; (ii) los hogares sustitutos, y (iii) los establecimientos residenciales.

Los Centros de Tránsito o Distribución son aquellos hogares de protección transitorio, que evalúan al/la niño/a y a su grupo familiar desde una perspectiva psicosocial, para determinar las causas de la vulneración, y sugieren al/la juez/a de familia la medida de protección más acorde con las necesidades particulares del caso. Es posible reconocer que estos hogares son temporales y buscan determinar o precisar cuáles son los motivos que provocan la grave amenaza o vulneración de derechos para identificar la medida más idónea para adoptar una vez terminada la evaluación. Este es, en definitiva, un hogar de transición, una etapa previa, que busca determinar cuál será el hogar definitivo o final para ese/a niño/a, lo que viene a constituirse como la tercera modalidad de medida de protección residencial (que más adelante será explicitada).

Por otra parte, el hogar sustituto, segunda modalidad de medida de protección residencial, no es definido por la legislación interna³⁰⁴. Sin embargo, es posible comprender su sentido o alcance por el tenor de la normativa antes señalada. Es aquella medida que implica alterar provisoriamente los cuidados personales de quién los detenta al momento de concurrir la existencia de una grave amenaza o vulneración a los derechos de los/as infantes afectados. En efecto, ante la concurrencia de esta hipótesis, el legislador establece dos posibilidades: pariente consanguíneo o persona de confianza. El legislador parece indicarlos como términos excluyentes, esto es, caso de que existan ambas, es el/la juez/a

³⁰³ Su definición se desprende del tenor de la definición que da el Decreto ley número 2465 de los Centros de Tránsito y Distribución.

³⁰⁴ Dentro de esta figura la legislación consagra la posibilidad que los cuidados personales del/la niño/a sean entregados provisoriamente a familias de acogida. Estas son personas que por medio de un sistema de selección que administra el Servicio Nacional de Menores, son capacitadas y monitoreadas con miras a que puedan ejecutar la medida de protección que sea decretada por Tribunales de Familia. Estas personas reciben una remuneración y un acompañamiento del referido servicio. Entre estas se distinguen las familias de acogida especializadas y las simples, de acuerdo al grado de complejidad de la medida de protección.

quien decide la persona más adecuada. El concepto de persona de confianza tampoco es definido por el legislador.

Por último, los establecimientos residenciales, tercera modalidad de este tipo de medida de protección, en la práctica son denominados como hogares de término. Estos son aquellos que buscan preparar a los/as niños/as para la vida independiente o para generar acercamientos familiares con la intención de poder reincorporarlos/as a su familia una vez superada la situación de grave amenaza o vulneración de sus derechos, y, de esta forma, proyectar su egreso. Son medidas de proyección temporal de más largo tiempo, donde se constata que la situación de crisis es de difícil superación y que requerirá de la intervención o supervisión del Estado de manera más intensa.

Se considera que como la medida de protección residencial consistente en el ingreso a un Centro de Tránsito o Distribución es la antesala al establecimiento residencial, esta puede comprenderse como la misma medida de protección, ya que la primera conduce a la segunda, diferenciándose tan solo en que están establecidas atendiendo distintos momentos temporales.

En definitiva, respecto a las medidas de protección se puede observar que: estas apuntan específicamente a superar las situaciones de grave amenaza o vulneración; el legislador no las define y su noción se desprende de su propia caracterización (ambulatorio o residencial) siendo ella de carácter genérico, quedando entregada la configuración de sus objetivos al Servicio Nacional de Menores, que se encarga de su ejecución; se instaura para su distinción una suerte de calificación basada en la gravedad de la amenaza o vulneración de los derechos de los/as niños/as para determinar cuál será aplicable, concurriendo la residencial en el caso que la ambulatoria se frustre o no sea posible adoptarla.

Por otra parte, vale destacar que, respecto de la aplicación de una medida en uno u otro sentido, la norma establece que “en particular, el juez podrá”. Esto es, consagra una facultad para el juez de familia, ya que la adopción de la medida en cuestión resultará de la consideración de dicho/a juez/a que, valorando la situación, podrá aplicar la que estime necesaria, o ninguna.

A ello se suma que el artículo 30 de la Ley número 16618, al referirse a las medidas de protección, las separa o distingue por la conjunción “y”, lo que significa que el órgano jurisdiccional puede aplicar más de una a la vez, esto es, una de índole ambulatoria y otra residencial, de manera conjunta y complementaria para alcanzar el objetivo propuesto. Lo anterior pretende, dentro de las posibilidades que establece el sistema, personalizar la medida en orden a generar una que aborde de modo global las problemáticas que enfrenta el/la niño/a, lo que es positivo. Sin embargo, lo expuesto puede llegar a traducirse en una sobre intervención, ya que ese sujeto de protección se encontrará expuesto a diversos profesionales, los cuales, sino no logran articularse de adecuada, lo someterán al/la niño/a un desgaste.

Además, se prevé un orden de preferencia en la determinación de las medidas. De hecho, debe existir una proporcionalidad entre la grave amenaza o vulneración de los derechos y la medida de protección que se adopte. Esa preferencia se produce entre las medidas de protección en sí mismas -ambulatoria y residencial- y también dentro de las medidas de protección residenciales -Centro de Tránsito y Distribución; hogar sustituto y establecimiento residencial-. Así, el artículo 30, inciso 2, de la Ley número 16618, señala que en el caso de aplicar esta medida (medida de protección residencial), el/la juez/a preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del/la infante, “a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza”. Ante la opción de entregarlos a unos u otros, se deberá priorizar los primeros y, si no existieran o existiendo, no reúnan las condiciones necesarias para garantizar un efectivo bienestar a ese/a niño/a, podrá elegir a los segundos. Es decir, el legislador busca cautelar y asegurar la pertenencia de ese niño/a en su grupo o entorno de resguardo más significativo, que en principio debiese encontrarse dentro de su familia, pero también abre la puerta al juez, para el caso que el protagonista del PEP cuente con una vinculación relevante con otros adultos, buscando de esta manera evitar adoptar una medida de tipo residencial. Así, esta posibilidad debe ser dispuesta solo en casos extremos y con esa motivación, ya que la “internación” en un centro de carácter residencial debe necesariamente ser la última de las opciones.

Así pues, solo frustrada la aplicación de la medida de protección ambulatoria, se optará por la medida de protección residencial. Y, entre las medidas de protección residencial, se preferirá el hogar sustituto -prefiriendo a los parientes consanguíneos- y por último, se adoptará el ingreso a un Centro de Tránsito o de Distribución, para determinar qué establecimiento residencial es el más idóneo en el caso particular.

Por último, del tenor de la norma descrita se evidencia que las medidas de protección son obligatorias una vez decretadas, tanto para los infantes, como para aquellos/as adultos/as que los/as tengan bajo su cuidado, ya que las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales son exigibles contra la voluntad de los obligados a ellas, no quedando a disposición de las partes su ejecución³⁰⁵.

4.1.3. Fijación del plazo de duración de la medida de protección

La legislación consagra el plazo de duración como uno de los elementos constitutivos que conforman la sentencia que se dicta en el PEP. Contempla ciertos aspectos relacionados como la determinación de un plazo preciso de duración de la medida de protección, la obligación de que sea revisada, la posibilidad de renovarla o prorrogarla, y la existencia de la instancia que permita su modificación, sustituyéndola o dejándola sin efecto, a la vista de los antecedentes.

En cuanto al plazo de duración de la medida de protección, es la Ley número 16618 la que lo contempla, solo con respecto a las medidas de protección de carácter residencial, omitiendo todo pronunciamiento en relación a las ambulatorias. Así, el plazo que se consagra legalmente es definido con un máximo, que puede llegar hasta un año de duración³⁰⁶. Sin embargo, la práctica forense también les ha hecho extensivo ese plazo a estas últimas. En todo caso, lo anterior debe ser interpretado en consonancia con lo dispuesto en la Ley 19968, que desde su enfoque procedimental, señala que las medidas de

³⁰⁵ Se advierte que la práctica forense ha transformado a las medidas de protección en fundamento para iniciar procedimientos para alterar los cuidados personales y para iniciar causas por adopciones, siendo antecedentes trascendentes respecto de las circunstancias de los/as niños/as. De esta manera, muchas veces, decretadas las medidas de protección son iniciados procedimiento que buscan alterar los cuidados personales de las personas que los detentan, e inclusive, dependiendo de cuan grave es la vulneración iniciar tramites que busquen declarar a esos niños/as adoptables.

³⁰⁶ En este sentido establece en el inciso final del artículo 30 de la ley número 16618: “no se decretará por un plazo superior a un año”.

protección (sin distinguir) cesan a los dieciocho años de edad del/la niño/a³⁰⁷. De esta forma, se advierte el establecimiento de dos límites temporales, uno de gran espectro condicionado a la mayoría de edad del sujeto de protección, y otro puntual, referido a las medidas de protección más severas.

Por otra parte, respecto de la revisión de las medidas de protección que sean decretadas en el PEP, sean de naturaleza ambulatoria o residencial, deberán ser evaluadas por el Tribunal de Familia con una periodicidad de seis meses³⁰⁸. Para proceder a la revisión, la normativa establece que se deben recabar los antecedentes que existan en poder de aquellas personas o centros que ejecutan la medida de protección decretada. Asimismo, con una periodicidad trimestral (salvo que se señale un periodo de seis meses), aquéllos se encuentran obligados a informar acerca del desarrollo de la misma, de la situación en la que se encuentra el/la niño/a, y de la evolución en el logro de los objetivos establecidos en la sentencia. Para concretar el objetivo de revisar la medida de protección y sus avances, además, el/la juez/a deberá asesorarse por uno o más miembros del consejo técnico³⁰⁹.

En relación a la posibilidad de renovación o prórroga, se consagra que las medidas de protección podrán extender su duración -bajo la debida argumentación- hasta que se supere la situación de crisis que hace necesaria su aplicación, con lo que el plazo de duración será renovado³¹⁰. El objetivo es asegurar que se pueda superar la situación de crisis que enfrenta el/la niño/a y su familia que hizo necesaria la aplicación de una medida de protección. En otras palabras, el legislador contempla la posibilidad de extender en el tiempo la duración de la medida de protección porque los contextos que atraviesan las familias son esencialmente dinámicos y cambiantes, muchas veces los propósitos proyectados en un inicio para trabajar con un/a niño/a cambian, lo que hace necesario reformular los diseños de intervención y trabajo.

³⁰⁷ El artículo 80 inciso final de la normativa en comento establece que: “Con todo, la medida cesará una vez que el niño, niña o adolescente alcance la mayoría de edad, sea adoptado o transcurra el plazo por el que se decretó sin que haya sido modificada o renovada.”

³⁰⁸ Señala el legislador chileno, en el inciso final del artículo 30 de la ley número 16618, que la medida de protección “deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo.”

³⁰⁹ Artículo 76 de la ley 19968.

³¹⁰ De esta forma el artículo 30 de la ley número 16618 establece en su inciso final que la medida: “Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar”.

Finalmente, también en atención a la naturaleza mutable de las condiciones de los niños/as y su entorno, la Ley 19968 dispone la posibilidad de modificar la medida aplicada, suspenderla o dejarla sin efecto, siempre y cuando las circunstancias lo justifiquen y que sea solicitado por alguna de las partes. En este punto, el legislador previó también que el/la juez/a podrá solicitar los antecedentes actualizados de la situación del sujeto de protección, y también fijar una audiencia especial para escucharlo, lo que igualmente queda a su criterio³¹¹.

Del análisis de la normativa expuesta se puede constatar que ambas medidas de protección, tanto las ambulatorias como las residenciales, son conceptuadas por la legislación como esencialmente temporales, principalmente porque su adopción afecta la vida privada de los/as niños/as, de las personas involucradas y en sí, de la institución de la familia. De esta forma, lo expuesto se encuentra en consonancia con lo establecido por la Constitución Política de la República, al establecer que todas las personas tienen derecho a que se les respete y proteja en su vida privada. En otras palabras, se permite que el Estado se inmiscuya en la vida de una persona (adulto responsable de un/a niño/a) para señalarle o indicarle cómo debe actuar, pero sólo por un tiempo determinado. De lo contrario, se puede transformar en un atentado contra la dignidad de las personas, en una suerte de monitoreo desproporcionado considerando la evidente desigualdad que existe entre el Estado, la persona y su familia³¹².

Esta reflexión adquiere mayor fuerza, especialmente, en el caso de las medidas de carácter residencial, dado que las consecuencias que provocan en el/la niño/a y su entorno, hacen necesario de forma urgente, sea modificada la situación de grave vulneración o amenaza constatada en el PEP. Ello con el objetivo de permitir a ese niño/a reincorporarse a

³¹¹ El artículo 80 de la ley número 19968 señala a este respecto que. “Suspensión, modificación y cesación de medidas. En cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen, el juez podrá suspender, modificar o dejar sin efecto la medida adoptada, de oficio, a solicitud del niño, niña o adolescente, de uno o de ambos padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se cumple la medida.

Si el tribunal lo considera necesario para resolver, podrá solicitar un informe psicosocial actualizado del niño, niña o adolescente. Asimismo, podrá citar a una única audiencia destinada a escuchar a las partes, recibir los antecedentes y, si corresponde, la declaración del perito que haya elaborado el informe respectivo, el que deberá ser entregado con la anticipación a que se refiere el artículo 46.”

³¹² De esta forma, la Constitución Política de la República de Chile consagra en su artículo 19 número 4 que asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada...”

su grupo familiar cuanto antes. Y, por último, relacionado también a las medidas de protección residenciales, se hace especialmente complejo que el sujeto de protección, su entorno y la sociedad, logren comprender que esta medida, que implica mudar su condición de vida y aislarse de su medio, resulta una medida que busca “protegerlo/a”. Así, en la práctica, se percibe como una privación de libertad con un carácter más bien penal, más que una forma de cuidado o amparo por parte del Estado.

La afeción a derechos fundamentales reclama una motivación minuciosa de la decisión en la que se analicen los factores que permiten determinar y evaluar al ISN para ese caso en concreto, única vía que garantiza que la decisión que tome el juez de familia, sea una razonada por medio de un ejercicio objetivo, que considere la voz de ese niño/a. Ello permite evitar que la decisión obedezca a motivaciones arbitrarias, como también, a razones superficiales que respondan únicamente a prejuicios o a estereotipos. También demuestra la necesidad que el juez explique su decisión tanto al niño/a como a su familia, de modo de garantizar que comprendan por medio de un lenguaje claro y comprensible porque se adopta una medida de protección y las ventajas y beneficios que ella podrá significar para los mismos. Es decir, explicitarles como esa medida en concreto, permitirá protegerlos y mejorar las condiciones en que se encuentran.

En cuanto al factor “tiempo” de las medidas de protección, hay que apuntar que los instrumentos internacionales vinculados a la materia no hacen alusión alguna en sus disposiciones, por lo que nada cabe decir a este respecto.

De esta manera, han sido esclarecidos cada uno de los componentes de la sentencia que se dictan en el PEP, que permiten entenderla como una resolución que demanda un alto estándar en la labor que desempeñan de los/as jueces/zas de familia, en especial en relación a la fundamentación. No podemos soslayar, que el PEP es un procedimiento oral, que se traduce en que la sentencia se dicta oralmente, de forma inmediata, una vez terminada la audiencia de juicio, en presencia de todos los intervinientes y sin contar con tiempo para redactarla. Ello exige al juez de familia contar con aptitudes especiales, por lado, para dar cumplimiento a la normativa legal y, por otro lado, para transmitir la decisión de manera comprensible para todos los que participaron en el, y especialmente, para el/la niño/a involucrado. Además, debe efectuarse en un limitado espacio de tiempo, e implica una

cierta premura en su ejecución, lo que puede llevar al juez de familia a expresarse en un lenguaje solo jurídico, que resulte incomprensible o ajeno para los partícipes, o un lenguaje tan simple que se traduzca solo en una comunicación formal. Además, el juez de familia debe lidiar con los comportamientos de las personas que participan en la audiencia y que llegan al tribunal con desbordes emocionales, presionados y con temor por el desconocimiento de la materia legal, lo que transforma a las audiencias en espacios hostiles para transmitir de manera amigable la decisión del juez³¹³. Asimismo, estos breves espacios temporales merman el ejercicio que debe efectuar el juez de familia en la valoración de la prueba de los hechos, la interpretación de las normas jurídicas y de la comunicación de la decisión.

Pese a las dificultades expuestas, que condicionan la práctica judicial, se estima que los elementos que componen la sentencia que se dicta en el PEP deberían servir para limitar la discrecionalidad que permiten los conceptos jurídicos indeterminados, como el ISN, mientras se garantiza la obtención de una sentencia razonada y motivada, susceptible de contrastación. De este modo, debiese contemplarse la reevaluación de los tiempos asignados para el desarrollo de la labor que deben desempeñar los jueces de familia con miras a permitir ejecutarla de acuerdo a los parámetros que se les exigen.

En el próximo apartado, se analizarán los efectos de la sentencia que se dicta en el PEP, sus alcances y maneras en que la legislación proyecta su cumplimiento dentro del sistema jurisdiccional. A este respecto, la legislación nacional hace eco nuevamente en la CDN y en las OG número 12 y 14, en lo relativo a los tipos de medida de protección que pueden ser adoptadas, dado que recoge los parámetros conceptualizados en las directrices en lo concerniente a los elementos que deben ser evaluados respecto del sujeto de protección; todo lo cual debe quedar plasmado en la sentencia que se dicte, pese a las dificultades que ello presenta.

La legislación toma lo allí determinado en lo relativo a la situación de vulnerabilidad, de la preservación del entorno familiar, y que las medidas que impliquen la separación

³¹³ Es importante considerar, que las agendas de los Tribunales de Familia se estructuran en “bloques de audiencias” contando cada una de ellas con una duración de 30 minutos. Por regla general, las audiencias preparatorias de juicio oral son verificadas en uno solo de estos bloques. Las audiencias de juicio oral le son asignados dos, es decir, 1 hora.

del/la niño/a deberá ser el último recurso. Lo anterior se concluye, dado que del tenor del artículo 74 de la Ley 19968 se deduce la existencia de una graduación al momento de constarla, lo que hace aplicable una medida en pos de otra, tal como manda la OG. número 14³¹⁴. Lo anterior, se refuerza al dejar como última posibilidad la aplicación de una medida que implique alterar el entorno familiar, dejando la separación familiar como un recurso alejado y de *ultima ratio*, también de acuerdo a la citada OG³¹⁵. Por otra parte, recoge el concepto de protección y cuidado en términos amplios, como lo hace dicha OG³¹⁶, al propender con todas estas medidas que se debe procurar superar la situación de crisis existente, definiéndola también de modo amplio.

4.2. Los efectos de la sentencia y sus formas de ejecución

Finalmente, es necesario determinar cuáles son los efectos que producen las sentencias que se dictan en el PEP y las formas de ejecución que contempla la legislación en estudio para verificar si se resuelve (o no) de forma definitiva la cuestión sometida a decisión del Tribunal de Familia y el modo en que la legislación preceptúa el aseguramiento de su cumplimiento por aquellas personas que deben acatarlas.

Pues bien, la legislación chilena no hace referencia alguna a los efectos específicos que dichas resoluciones pueden producir, por lo que, para determinarlo, es necesario establecer dentro de qué categoría de procesos podemos ubicar al PEP. Ello indicará qué tipo de cosa juzgada genera y sus efectos.

El proceso es comprendido, según Calamandrei (1962, p. 156), como "una serie de actos coordinados y regulados por el Derecho Procesal, a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción". Para Couture (1966, p. 198), es una garantía individual que "ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores". Dentro del ordenamiento en estudio, el legislador consagra, a modo general, que los procesos existentes son los declarativos,

³¹⁴ OG número 14, párrafo 76.

³¹⁵ OG número 14, párrafos 58 a 61.

³¹⁶ OG número 14, párrafo 70.

ejecutivos y cautelares³¹⁷, que, como expone Bordalí (2002, p. 136), dependen de la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas de las personas. De esta forma, se constata que el legislador, más allá de denominar al PEP como un procedimiento especial, no esclarece expresamente dentro de cuál de las categorías referidas se enmarca.

No obstante, de acuerdo a lo visto hasta el momento, se concluye que el PEP se encuadra dentro del proceso cautelar, ya que no busca determinar de modo definitivo la situación de vulneración en la que se halla un/a niño/a, sino que, de acuerdo a los términos que ha empleado el legislador, su propósito es “enfrentar y superar la situación de crisis en que pudiere encontrarse” en el momento concreto³¹⁸. Así, su objetivo es evitar que se sigan afectando los derechos de los niños y niñas, por medio de un mecanismo rápido, provisorio, preventivo y autónomo, que ciertamente responden a la noción del proceso cautelar³¹⁹. En este sentido, precisa Monroy que el proceso cautelar “trata de prevenir los daños que el litigio pueda ocasionar o puedan derivarse de una situación anormal”. Y continúa afirmando que en estos procesos “la providencia cautelar aplica el derecho declarando cierta, en vía sumaria y superficial, la existencia de una situación de hecho o jurídica incierta y la existencia de un peligro, emitiendo órdenes capaces de eliminar el peligro y conservando el estado de hecho o de derecho incierto y controvertido” (Monroy, 2014, p. 55).

Ahora bien, enmarcado el PEP dentro del proceso cautelar, es necesario precisar a cuál de las dos grandes concepciones existentes en la actualidad relativas a ese proceso se ajusta, es decir, si a la versión restringida o a la extensiva³²⁰. La versión restringida se refiere a que la demora en el pronunciamiento definitivo, posibilita un peligro de daño jurídico urgente para el/la actor/a, pudiendo ser mitigado mediante otro proceso, que es el cautelar. Así las cosas, el proceso cautelar no busca tutelar directamente los derechos e intereses de los justiciables, sino que los tutela de una manera lejana o indirecta, a través de la tutela del proceso principal. Se concluye, por ello, de acuerdo a lo expuesto por Marinoni

³¹⁷ El Código de Procedimiento Civil chileno lo consagra las normas que regulan lo declarativo desde los artículos 253 y siguientes, lo ejecutivo desde los artículos 434 y siguientes y, lo cautelar desde los artículos 273 y siguientes.

³¹⁸ Términos empleados por el artículo 30 .1 de la ley número 16618.

³¹⁹ En estos términos, Monroy (2014, p. 50 y siguientes)

³²⁰ Idea desarrollada por Núñez, (2010, p. 259).

(2007, p. 97), que esta concepción del proceso cautelar se caracteriza por su instrumentalidad, es decir, como lo plantea Bordalí (2002, p. 143), que las providencias cautelares más que el fin de ejecutar directamente el derecho objetivo, lo que harán, es asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva pronunciada en el proceso sobre el mérito. Y ésta será la que servirá para ejecutar el derecho objetivo y dar tutela a los derechos e intereses de los justiciables. De esta forma, así comprendido, el proceso cautelar es inconcebible por sí, solo tiene en sentido en relación a uno principal, suponiendo siempre e indispensablemente un proceso en curso o por iniciarse.

Por otro lado, el proceso cautelar en su versión extensiva, entiende la tutela cautelar dinámicamente; es decir, capaz de satisfacer directamente la situación jurídica sustancial necesitada de tutela jurisdiccional. En este caso, la instrumentalidad, según expone Bordalí (2002, p. 150), es comprendida como una situación apta para tutelar directamente la normativa dispuesta por el ordenamiento sustantivo. Esta versión se basa en la exigencia de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional con referencia a determinadas situaciones subjetivas que podrían verse perjudicadas o insatisfechas, si se espera el resultado del proceso de cognición completa y exhaustivamente dispuesto. De este modo, se entiende el proceso cautelar como autónomo respecto de otro.

Por lo expuesto, se concluye que la naturaleza jurídica del PEP se asemeja al de un proceso de tipo cautelar en su versión dinámica, ya que no depende de otro para lograr su propio cometido. Basta con la determinación de la existencia, inclusive, de una amenaza en el derecho del que es titular un/a niño/a, para que proceda la adopción de una medida de protección. Es suficiente esta resolución por sí misma sin otra declaración.

Ahora bien, estudiados los componentes de la sentencia que se dicta en el PEP, se concluye que la resolución no impide que en un proceso posterior, *de lato conocimiento*, pueda ser modificada, a la luz de su carácter esencialmente temporal y modificable. Por ejemplo, podrá dictaminarse por medio de una sentencia dictada en el PEP la adopción de una medida de protección que signifique modificar temporalmente los cuidados personales de un/a niños/a. Sin embargo, esto no será obstáculo para que, de forma posterior, sea esta sustituido o regulado de modo definitivo en un proceso declarativo.

De lo anterior se concluye entonces que la sentencia que se dicta en el PEP produce el efecto de cosa juzgada formal³²¹. En este sentido, Bordalí (2002, p. 191) comprende que este tipo de efecto expresa la idea de que, no obstante haberse hecho inimpugnable la sentencia recaída en un determinado proceso, porque no proceden más recursos contra ella o se han cumplido los plazos sin que se hayan deducido los que contemplaba la Ley, ello no obsta a que tal pronunciamiento pueda verse modificado por lo resuelto en un proceso posterior de más lato conocimiento.

Como se dijo, el PEP exige que el/la juez/a de familia adquiera una valoración de la prueba de carácter probabilística, ya que se dirige tan solo a verificar la existencia de alguna grave amenaza o vulneración de los derechos de los/as niños/as, bastando este nivel de convicción para lograr resolver el asunto. Lo que busca el legislador es obtener una resolución esencialmente preventiva para evitar que continúe la afectación que vienen padeciendo.

En cuanto a la ejecución de las sentencias pronunciadas en los PEP, el ordenamiento en estudio instituye que solo un tribunal puede ordenar la ejecución de lo juzgado, por ello, la ejecución de las sentencias constituye una actividad estrictamente jurisdiccional³²². En esta materia, la obligación que contenga la sentencia que resuelve el asunto -en el caso que sea aplicada una medida de protección- recaerá sobre la persona que ha incurrido en la grave amenaza o vulneración, como también en la figura del/la niño/a involucrado/a³²³.

Ahora bien, en la legislación se establece que, en el caso de incumplimiento de las medidas adoptadas, sea por los padres/madres, personas responsables o cualquier otra persona que impida la ejecución de la medida acordada, “el organismo responsable de su

³²¹ En este sentido, explícita Guasp. (2006, p. 571 y siguientes) que se comprende por cosa juzgada la fuerza que el derecho atribuye a los resultados procesales. Se entiende por cosa juzgada formal el hecho de que en el mismo proceso la resolución definitiva no puede discutirse por medio de recursos. Cosa juzgada material es la fuerza de una sentencia firme que impide que en un proceso diverso pueda hacerse valer una pretensión procesal idéntica que permita a su vez, al favorecido con ella, solicitar su cumplimiento.

³²² Así lo establece nuestra Constitución Política de la República al señalar en su artículo 73°, inciso primero, que: "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley".

³²³ En cuanto a las obligaciones de dar en el contexto de las más medidas de protección de los derechos de las niñas y los niños, éstas no son procedentes, ya que como fue analizado en la presente investigación la procedencia de acciones indemnizatorias no se advierten como mecanismos que protejan adecuadamente los derechos de estos sujetos.

ejecución o seguimiento comunicará al tribunal la situación para que éste adopte las medidas que estime conducentes y propondrá, si fuera el caso, la sustitución por otra medida que permita alcanzar los objetivos fijados³²⁴. Y agrega que el/la juez/a de familia “determinará la sustitución de la medida u ordenará los apremios pertinentes para su cumplimiento forzado”³²⁵. De esta forma, la legislación consagra que en dicha hipótesis, el Tribunal podrá sustituir la medida elegida por una diferente, que permita concretar el propósito que se tuvo en mente al momento de decretarla, o si ello no resulta pertinente para el caso, se arbitren los medios necesarios para obligar a quien corresponda a hacer efectiva su ejecución. Ahora bien, se resalta que la legislación no hace alusión a qué medidas pueden adoptarse, como tampoco a qué se debe entender como apremios.

Ahora bien, dicha legislación también establece que en lo no regulado, serán aplicables “las disposiciones comunes a todo procedimiento contenidas en el Código de Procedimiento Civil, siempre que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos, especialmente en lo concerniente a la oralidad” 326. De ello resulta que la aplicación de las reglas de ejecución de las sentencias que ese cuerpo normativo contiene, deben ser supletorias en el PEP. Así, esa normativa establece que “corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta por dos meses, determinados prudencialmente por el Tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio”³²⁷.

Por otra parte, y con el mismo propósito de resguardar el cumplimiento de lo resuelto, también puede recurrirse al Código de Procedimiento Civil que consagra la posibilidad de “intimar” al cumplimiento de la resolución dictada³²⁸. Ello haría necesario que el/la juez/a

³²⁴ Términos empleados por el artículo 77 de la ley número 19968.

³²⁵ Parte final del artículo 77 de la ley número 19968.

³²⁶ El artículo 27 de la ley 19968 establece que: “Normas supletorias. En todo lo no regulado por esta ley, serán aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Código de Procedimiento Civil, a menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos que esta ley establece, particularmente en lo relativo a la exigencia de oralidad. En dicho caso, el juez dispondrá la forma en que se practicará la actuación.”.

³²⁷ Artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

³²⁸ El artículo 240 del Código de Procedimiento Civil chileno establece la figura del delito de desacato, señalando que: “Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado.

El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.”.

de familia, al momento de pronunciar la sentencia en la que aplica una medida de protección, explique que ésta debe ser ejecutada por las partes de forma obligatoria y que de lo contrario, podrán incurrir en un delito, habilitando otro mecanismo para forzar el cumplimiento de lo resuelto.

Pues bien, se advierte que los derechos de los/as niños/as también requieren que dentro del sistema jurisdiccional sean ideados instrumentos procesales tendentes a que, en esta etapa de la ejecución de la sentencia, se protejan sus derechos. Y en sí, que en todo momento se resguarde la dignidad humana del/la niño/a de forma rápida y eficiente, para evitar que permanezca la grave amenaza, o favorecer que cese la grave vulneración de los derechos ya constatada por intermedio de la sentencia dictada en el PEP. En este sentido, Taruffo (1996, p. 143) expone que, no es suficiente el formal reconocimiento del derecho, también deben existir eficaces instrumentos para obtener la ejecución de una resolución. A este respecto, se advierte que las normas legales existentes relativas a la ejecución de las sentencias en Chile permiten la aplicación de reglas que se encuentran contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, éstas no son aplicables a los asuntos que son conocidos en el PEP, por la naturaleza del conflicto y el objetivo que la resolución pretende resolverse. Así, Marinoni (2007, p. 208) expone que esas reglas deben responder ante situaciones donde la obligación incumplida no permite sino su tutela en forma específica. Al respecto, los derechos de la infancia no pueden resolver su incumplimiento en una obligación de indemnizar perjuicios, porque carecen de contenido patrimonial, siendo la ejecución en forma específica esencial. Así, expone Taruffo (1996, p. 144), es manera de ejecución representa la única modalidad idónea para su satisfacción.

Así las cosas, la ejecución de las sentencias que se dictan mediante el PEP hacen indispensable regular otras maneras, otras modalidades de coerción, para que la persona obligada cumpla con lo ordenado, considerando que en general será el/la niño/a quién se verá afectado/a como protagonista y destinatario de la medida de protección que se adopte. Por tal motivo, resulta evidente que la multa o la configuración de un delito constituyen instrumentos insuficientes de coerción para el caso de afectación de los derechos de los

cuales son titulares los/as niños/as³²⁹. A mayor abundamiento, se concluye que las medidas de coerción establecidas son improcedentes atendido el principio de proporcionalidad, dado que con su ejecución se distancian de lo que se busca proteger, resultando excesivas e inoperantes.

Contrastada la legislación con la normativa contenida en los instrumentos internacionales, se advierte que estos no cuentan con reglas específicas relativas a los efectos que producen las sentencias y la ejecución de las mismas, más allá de las nociones generales conceptualizadas relativas a que el ISN debe ser una consideración primordial que obligue a todas las personas.

De los parámetros que contienen, en especial que el cuidado y protección debe ser comprendidos en términos amplios -el cual es uno de los elementos que permite evaluar al ISN- se concluye que en el caso que se aplique una medida de protección, el efecto de esa sentencia permanecerá por el tiempo que esta establezca. Lo anterior, facilita la existencia de las revisiones que sean necesarias, hasta que se agote el propósito de la medida. La legislación en estudio, contempla la posibilidad de que sean revisadas las medidas de protección cuantas veces sean necesario con miras a obtener tal objetivo.

Finalmente, en cuanto a la ejecución de las sentencias, se reconoce que los instrumentos que subsisten de modo supletorio dentro del ordenamiento para garantizar la ejecución son inadecuados para estas materias. Es necesario reformularlos bajo otras ópticas, con el objetivo de que se ajusten a las necesidades de estos sujetos de derecho, respetándolos como partes de un proceso de ejecución y que su “cumplimiento forzado” se traduzca en un mecanismo que garantice la obtención de la tutela efectiva de los derechos afectados.

³²⁹ El artículo 242 del Código de Procedimiento Civil señala que todas las multas que fija dicho cuerpo legal se impondrán a beneficio fiscal, y deberán pagarse dentro de los quince días siguientes a la fecha de la notificación de la respectiva resolución. El incumplimiento se comunicará a la Tesorería General de la República y a la Contraloría General de la República para los efectos de su cobranza y de su inclusión en la lista de deudores fiscales. Una reforma que podría disponer el legislador chileno, es que las multas a beneficio fiscal que se apliquen por concepto de tutela jurisdiccional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sean incorporadas al Servicio Nacional de Menores u otra institución que ejecute las medidas tendientes a resguardar los derechos de los niños.

CONCLUSIONES

Intentar realizar el mapa que abarca cada uno de los aspectos que se refieren al ISN y a su incidencia en el PEP hizo necesario incluir ciertos contenidos básicos para poder determinar si el citado procedimiento cumple o no con el propósito de proteger los derechos de la niñez. Así, se hizo hincapié especialmente en el ISN como principio y parámetro rector, y se lo analizó desde el plano dogmático y a la luz de la normativa internacional; sobre todo teniendo presente cuanto establece la CDN y las Observaciones Generales de Comité de los Derechos del Niños, números 12 y 14. Al respecto, cabe recordar una vez más la relevancia de dicha normativa en el marco del presente trabajo, que se debe especialmente a que Chile es Estado parte de la Convención, y su Constitución exige la incorporación de los Tratados internacionales en la normativa nacional y, en consecuencia, en la práctica jurisdiccional. Además del análisis del ISN, dado el vínculo indisoluble con éste del derecho de todo niño/a a ser escuchado/a (consagrado en el art. 12 de la CDN), también se le dedicó a este último un espacio dentro de la investigación. La segunda parte se dedicó a diseccionar el Procedimiento Especial de Protección para indagar si éste sigue respondiendo a un modelo tutelar o si se ha adaptado a las exigencias de la CDN y el modelo de protección integral de los derechos.

El sistema de protección de la infancia en Chile se mueve en una tensión entre un modelo sustantivo de protección a la niñez que responde a los estándares del “sistema tutelar”, y un Procedimiento Especial de Protección que resuelve situaciones graves de vulneración de derechos y que, procedimentalmente, intenta situarse en el opuesto “sistema de protección integral”. Esta tensión no resuelta por la legislación nacional ha hecho que la adecuación a la CDN y a la normativa internacional (especialmente, las Observaciones Generales 12 y 14 del Comité de los derechos del niño) solo ello se haya logrado de manera superficial. En este sentido, aunque la legislación chilena destaca que el ISN debe ser un principio rector, podría decirse que ello ha quedado en una faz enunciativa, pues no han precisado por la normativa las herramientas para concretarlo, ni se han implementado

mecanismos adecuados que aseguren su realización efectiva. Los márgenes de discrecionalidad en manos de jueces y juezas de Familia hacen que las intervenciones puedan resultar contrarias finalmente el ISN.

A la vista de los resultados de la investigación realizada para esta tesis doctoral, entiendo que las presentes conclusiones deben estructurarse en tres ejes temáticos que ya fueron desarrollados en las partes anteriores y que hacen referencia a distintos aspectos del ISN que entendemos esenciales en su materialización. Estos aspectos son la escucha de niños y niñas en los Tribunales de Familia, la importancia de la formación y capacitación de sus integrantes, y la relevancia de la discrecionalidad del/la juez/a y su control mediante la motivación de las decisiones y el recurso al lenguaje claro. Definir estas tres cuestiones e integrarlas en un PEP que por el momento resulta deficiente permitiría mejorar la concreción del principio en el plano jurisdiccional y redundaría en una mejora sustancial del compromiso asumido por Chile en cuanto al deber de protección de los derechos de los/as niños/as exigido por la CDN.

El ISN es considerado por la CDN como un concepto jurídico indeterminado, una especie de concepto vasija que debe llenarse de acuerdo a varios otros principios, derechos, garantías, y cuestiones exógenas al derecho en sí mismo. De ahí que este principio pueda entenderse como el espíritu de la Convención. Ahora bien, las dificultades que presentó y presenta la concreción del ISN en la práctica y en las legislaciones nacionales, exigió que el Comité de los Derechos del Niño publicara la OG número 14, como directriz orientadora de referencia directa en la implementación clara de dicho parámetro. Hay que indicar que aunque las Observaciones forman parte del *soft law* han sido asumidas por los estados a la hora de adaptar sus legislaciones a la CDN.

Chile no escapa de esa situación de difícil integración del ISN en la normativa y en la práctica de los Tribunales de Familia. Hay que indicar que la cronología de la legislación chilena en materia de infancia puede explicar, en parte, esta desconsideración parcial del ISN. Así, si la CDN entró en vigor en el año 1990, la ley 16618 que regula sustantivamente la protección de la infancia es de 1965 y la 19968 que creó los Tribunales de Familia y regula el PEP de 2004. Por su parte, las OG que concretan el sentido del ISN y el derecho a ser escuchado salieron a la luz en los años 2009 y 2013 respectivamente. De ello se

desprenden varias consideraciones. La primera, que Chile efectivamente modificó parte de su legislación (procesal) en materia de niñez después de ratificada la mencionada Convención e intentó incluir todo lo allí establecido. Podría pensarse que se trató de hacer “lo mejor posible” para dar cumplimiento a lo allí indicado, pero que no existían aún las OG para concretar los aspectos relacionados con el ISN o el derecho a ser escuchado. Sin embargo, también se puede concluir que una vez publicadas las referidas OG no se realizaron modificaciones a la ley 19968, y en consecuencia la normativa jurisdiccional se muestra defectuosa, tal como se afirma en las Observaciones Finales referidas a este país, formuladas por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2015. De más está decir que nada se hizo tampoco luego de dicho informe especial.

Otro de los principios esenciales de la CDN, relacionado íntimamente con el ISN, es el derecho del/la niño/a a ser escuchado/a, también consagrado en la CDN y desarrollado por el Comité de los derechos del niño mediante la OG número 12. No obstante, se ha observado que su realización efectiva es una de las problemáticas más evidentes que aparecen en la ley referida al PEP y en su desarrollo efectivo. En este sentido, si bien el artículo 69 de la ley 19968 consagra el deber del/la juez/a a escuchar y tener en cuenta la opinión del niño durante el proceso, inmediatamente después se establece que “Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto...”. Ello indica que la forma de escuchar a niños y niñas no debe ser necesariamente en forma directa y personal, la escucha en una audiencia es facultativa conforme lo estime el/la titular del Tribunal y, además, si así lo considera, el legislador entendió que dentro del proceso habría dos momentos específicos adecuados para ello, lo que implica a su vez que no debe ser en todos y cada uno de los momentos que lo conforman. O se establece que todo niño será escuchado por el juez, pero se refiere únicamente a aquellos/as infantes sobre los/as que recaiga una medida de protección judicial vigente, lo que implica que se prevé para la etapa de ejecución de la sentencia del PEP.

En consecuencia, podemos encontrarnos con casos en que se haya implementado el PEP pero que el/la juez/a nunca haya escuchado la opinión de los/as niños/as involucrados/as en forma directa, de acuerdo a sus edades y madurez, por lo que la

apreciación de sus intereses podría resultar insuficiente o incluso errada. Si la CDN hace referencia a la escucha del niño y la niña y lo pone en relación con el ISN es porque entiende que solo se podrá responder conforme a su interés cuando se ha escuchado y, en su caso, integrado su parecer en la toma de decisiones. Además, solo cuando el niño es escuchado podremos decir que ha participado en el proceso y solo entonces entenderá el niño que la decisión es más justa. Algo que fomentará un acatamiento más espontáneo de las medidas judiciales, que resulta esencial para evitar acudir a medidas de ejecución forzosa de las medidas.

Este derecho a ser escuchado se vincula necesariamente con el estudio del sistema judicial de familia en sí mismo, pues da la pauta de cómo se encara la comprensión de la niñez y de sus derechos por sus operadores judiciales y sociales. La CDN entiende que lo que debería procurarse es que el/la infante tenga un rol mucho más protagónico en el proceso judicial en que se resuelvan asuntos de incumbencia, con una participación completamente activa, atendiendo también a su grado de desarrollo y madurez. A mi entender, en estricto apego a lo que la CDN y las OG establecen, un proceso que deje de lado al/la niño/a, o que le dé escasa participación, en gran medida resultará defectuoso o alejado de sus propios deseos y pretensiones, y siempre se resolverán según lo que los/as adultos/as estiman que es mejor para cada uno de ellos/as, lo dista sin duda de lo que se debe entender como el ISN en el caso concreto. Una de las principales barreras a la escucha del menor en el ámbito judicial tiene que ver con las distancias (etarias, sociales,...) que median entre los niños que llegan ante la justicia y los operadores de los Juzgados de Familia. En relación con esa barrera están otras dos cuestiones relacionadas: el lenguaje que se emplea en sede judicial y que puede fomentar o impedir la comunicación y la participación, y a la formación y capacitación de los/as operadores/as judiciales.

Es evidente que para que el niño y niña participen en el procedimiento deben ser escuchados. Pero previamente tienen que estar adecuadamente informados para que su escucha sea consistente, para que se sienta cómodo y quiera hablar y participar en el procedimiento. La comunicación y el lenguaje claro hace que las instituciones sean menos hostiles y éstas se entiendan como más justas. También es justicia la justicia informacional. En este sentido, si bien la ley destaca que cuando haya contacto con el/la niño/a se debe

hacer en un lenguaje acorde a su edad, lo cierto es que no existe norma alguna de carácter vinculante que explicita qué es lo que ello debe implicar, al menos en cuanto a formas mínimas. Hay que indicar que el Auto Acordado 237-2014 de la Corte Suprema chilena muestra una preocupación de poder judicial por el tema. Sin embargo, sus lineamientos resultan una “guía” no obligatoria, por lo que no todos los Tribunales se atienen a ella. Ahora bien, hacer que la comunicación funcione en el ámbito judicial y con una población específica como la infantil exige una formación y una capacitación de todos aquellos que deban comunicar con niños y niñas. Se trata de una formación que no debe limitarse al derecho de infancia, sino que debe abarcar conocimientos de psicología infanto juvenil y nociones de comunicación con niños y adolescentes.

Sobre el tema de las capacitaciones y la formación de los/as operadores/as judiciales, tal como se dijo, si bien existen capacitaciones ofrecidas por el Estado, lo cierto es que no son obligatorias ni referidas en su totalidad a puntos relevantes de la CDN, como el ISN, la necesidad de escucha de los/as niños/as para conocer sus opiniones respecto de los temas que les atañen, y la consecuente misión de utilizar un lenguaje que se acomode a sus realidades de comprensión. A ello se suma la falta de control que existe en cuanto al estado o evolución de los/as miembros de los Tribunales de Familia, y de los/as jueces/zas en particular, pues el sistema no prevé instancias de evaluación periódicas, sino un único examen o prueba que se debe realizar para ingresar a la órbita laboral.

Todas esas carencias formativas en competencias comunicacionales y en psicología infanto juvenil pueden alentar un trato incorrecto o indigno hacia el/la niño que no puede comprender el proceso en que está inserto, ni la trascendencia de las decisiones que tome, o que percibe como hostil, o revictimizador -entre un universo de otros posibles desenlaces que pueden darse en cada una de las situaciones concretas. Además, es importante que los propios operadores encargados de implementar las normas y de conocer las situaciones de vulneración de los derechos de los niños conozcan con precisión el contenido de los derechos y sean conscientes de la importancia de los derechos en el desarrollo de la persona y en su sentimiento de justicia para poder realizar un correcto análisis de la situación y dictar una sentencia acorde a la gravedad de los hechos.

Otra de las limitaciones que presenta el sistema jurisdiccional es que no se prevé legalmente una posición de garante respecto de la protección de los derechos de un/a niño/a. Así, si se lee la norma cuidadosamente, cuando se establece la legitimación activa en el artículo 70, se indica: “El procedimiento *podrá* iniciarse de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello” (la cursiva me pertenece). Si bien se prevé un amplio abanico de personas habilitadas para dar curso al PEP, y ello se encuentra en línea con el objetivo buscado por la CDN, se utiliza el verbo conjugado de “poder”, lo que da la pauta de que no es una obligación para ninguno/a de ellos/as. Consecuentemente, tampoco se establece una consecuencia legal para aquél/la que, conociendo una situación de vulneración de derechos de un/a infante, no realice la denuncia. Aunque pueda resultar obvio, quiero remarcar que eso podría dejar muchas situaciones en desamparo judicial absoluto. Sería preciso realizar un análisis empírico sobre la respuesta de las instituciones ante situaciones de vulneración de los derechos de la infancia y el apoyo con que cuentan si se deciden a denunciar.

También hay que hacer referencia aquí a cuanto ocurre ante la falta de cumplimiento de la medida de protección que se decida aplicar. En este sentido, la normativa prevé soluciones que podrían estimarse insuficientes, puesto que determina la posibilidad de que el/la juez/a la sustituya, o bien que ordene los “apremios pertinentes para su cumplimiento forzado” (artículo 77). Y esto último no es más ni menos que el pago de multas, pues al no incluir ningún otro tipo de indicación, se aplica de forma supletoria lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. Hay que indicar que esta solución no beneficia al ISN ni resuelve las situaciones de vulneración de sus derechos que, cuando llegan al PEP, son graves.

El último punto del análisis al que queremos volver con las conclusiones, y que en cierta medida se vincula con la estrategia de protección ideada para el PEP, es el que tiene que ver con la discrecionalidad del/la juez/a que se proyecta en las distintas decisiones que debe tomar a lo largo del procedimiento.

A este respecto, en primer lugar hay que decir que la legislación no explicita ni indica de modo alguno qué debe entenderse por los términos “grave”, “amenaza” o “vulneración”. Algo que resulta esencial porque sólo situaciones que se encuadren dentro de esas categorías serán las que se admitan en el PEP. Por lo tanto, suponiendo que el legislador regulara conscientemente la situación de forma indeterminada para permitir que sea el/la propio/a juez/a quien lo configure atendiendo a la situación y circunstancias del niño y la niña, es preciso establecer cauces que eviten que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad y de lugar a situaciones de inseguridad jurídica y de indefensión, o de desigualdad.

Una de las vías para limitar la discrecionalidad judicial sería el establecimiento de directrices claras de intervención. Dado que ello puede *rigidificar* la función judicial dada la diversidad de situaciones que se pueden producir (y que cambian constantemente), parece más oportuna la exigencia de motivar las distintas decisiones que se tomen en el ámbito judicial. Si bien el artículo 75 de la ley exige la motivación de las decisiones judiciales, lo cierto es que al no estar claramente determinado lo que se debe entender por el ISN, no existen factores precisos que deban evaluarse ni en la determinación de los hechos, ni respecto al derecho aplicable, ni mucho menos de la medida que se habrá de instrumentar, la motivación resulta muy genérica. También es cierto que las Observaciones Generales han concretado el sentido del ISN y ayudan a llevarlo a la práctica. No obstante, al no existir una exigencia legal de motivar conforme al ISN todo dependerá de que el juez o jueza estén convencidos de la importancia del principio y del respeto de los derechos de la infancia en la orientación de sus decisiones. A esa dificultad se le suma otra esencial que tiene que ver con que el proceso es oral y los tiempos para resolver son muy cortos y perentorios. No obstante, ello no debería llevar a excluir la necesidad de motivación. Más bien, exige al juez buscar un registro de lenguaje adecuado a los destinatarios (niños y familias) y concentrarse en aquellos aspectos esenciales para el buen cumplimiento de la medida (descripción clara de la medida, tiempos y objetivos). A ello hay que sumar que los casos de grave vulneración o amenaza de los derechos de la infancia que merecen amparo bajo el PEP, representan un gran porcentaje de las cuestiones que atienden los Tribunales de Familia, pero no son los únicos casos de los que se hacen cargo. De manera que la sobrecarga de trabajo pueden alentar resoluciones con escasa o nula fundamentación, o con

una motivación estandarizada. Algo que genera inseguridad jurídica y sensación de injusticia.

Ahora bien, la tensión y la confrontación de la normativa chilena con la normativa internacional ha favorecido que se haya hecho un esfuerzo para que algunos aspectos del procedimiento estén en línea con la CDN y se ajusten a cuanto indican las Observaciones Generales.

Una de las cuestiones esenciales en los Juzgados de Familia es la conciencia de que las decisiones deben ser interdisciplinarias. La naturaleza de las decisiones que tienen que ver con infancia hace que la perspectiva jurídica no sea la única a tener en cuenta si se aspira a que las medidas sean eficaces, individualizadas y atiendan a la situación específica de cada niño/a y de su familia. En ese sentido, hay que indicar que, efectivamente, los Tribunales de Familia se encuentran compuestos no sólo por jueces/zas concedores del derecho, sino también por los/as consejeros/as técnicas, profesionales de otros ámbitos del conocimiento que aportan el conocimiento psico social necesario para poder tomar decisiones que puedan tener un impacto positivo en la vida del niño y la niña. En todo caso, parece interesante señalar que si hubiera de resolverse mediante audiencia, será el/la propio/a juez/a quien lo lleve a cabo, cumpliendo con el principio de inmediación. Además, se establecen una serie de audiencias obligatorias, en especial la de juicio y comunicación de sentencia, conducidas por dicho/a magistrado/a en presencia de todas las partes del caso.

Asimismo, la normativa internacional apuesta por la desformalización y la desjudicialización en la solución de conflictos. En esa línea, el PEP se instrumenta como proceso oral, previéndose para todo evento la fijación de audiencias. Se entiende que la oralidad aporta mayor cercanía a las partes. Sin embargo, habría que reflexionar sobre la necesidad de que la sentencia, además de comunicada oralmente, también se plasme por escrito, que se pueda comunicar a las partes. La comunicación por escrito de la decisión y su fundamentación en un lenguaje accesible puede aportar seguridad jurídica a niños y familias. En esa línea de fomentar la desformalización, no se exige ningún tipo de formalidad en el PEP, lo que expresamente se señala para dar inicio en el proceso, cuando en el artículo 70 instaura que no es necesario cumplir con ninguna formalidad, siendo suficiente “la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento”. A ello se

suma que la norma faculta al/la propio/a niño/a a dar inicio al proceso por sí mismo/a, lo que supera el paradigma de incapacidad civil habitualmente concebido, otorgándole la posibilidad -en este ámbito- de velar por sus intereses y solicitar el auxilio estatal, siendo parte y obrando (participando), aunque sea sólo para activar el PEP.

En cuanto a la desjudicialización, el artículo 75 de la ley destaca que “antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, niña o adolescente”. Habrá en todo caso que verificar que ninguna de las partes queda en una situación de inferioridad y que realmente se ha llegado a un acuerdo libre y consentido.

También la premura en la respuesta a las cuestiones relacionadas con infancia y adolescencia parecen encontrar cabida en el PEP que además cuenta con el añadido de que deben resolver con urgencia dado que se resuelven amenazas o vulneraciones graves de derechos. De hecho, los plazos previstos para la tramitación del PEP son breves y la ley permite que la sentencia se modifique en el proceso mismo. Es que al instaurar un mecanismo rápido, preventivo y cautelar para tutelar los derechos de la infancia gravemente vulnerados, e incluso amenazados, se entiende que este tipo de herramienta de protección no puede ser igual que cualquier otra, pues el transcurso del tiempo para los/as sujetos en trato adquiere otra connotación, y requiere de una pronta decisión para superar la situación de crisis que enfrentan. De igual forma, se reconoce que la fase de admisibilidad efectuada directamente por el/la juez/a, ideada con medios de impugnación para el caso en que sea rechazado el requerimiento, funciona como filtro calificado para evitar la “sobrejudicialización” de casos, dando lugar a los verdaderamente necesarios. Responde también a esa urgencia en la respuesta la posibilidad de adoptar “medidas cautelares especiales” (artículo 71 de la ley 19968), como respuesta urgente y de más pronta aplicación aún, para los casos en que el/la niño/a se encuentre en especial situación de riesgo.

También la normativa internacional apuesta por proteger la familia y la intimidad de la misma evitando que se tomen medidas intrusivas. En esa línea, la legislación chilena defiende una especie de prelación de las medidas de protección que pueden ser adoptadas por medio de la sentencia que se dicta en el PEP -previstas en la ley 16618-, que garantiza

la observancia del principio de proporcionalidad, puesto que se presentan como recursos de *ultima ratio*, y de menos a más gravosas o penetrantes en el seno familiar, indicándose la necesidad de atravesar previamente otras instancias de intervención.

En síntesis, aunque el modelo de protección integral de los derechos empieza a ganar terreno en la legislación chilena y en el PEP y sus medidas lo cierto es que es preciso seguir trabajando para pulir los flecos tutelares que quedan en las rutinas judiciales y profesionales. Es preciso seguir avanzando para que el ISN sea una guía y una llamada de atención que oriente la decisión que tomen los operadores jurídicos y sociales que intervienen con niños y adolescentes y que esa decisión en pos del ISN debe ser interdisciplinar en la que cada uno aporta de su conocimiento para lograr una medida individualizada y eficaz. Hay que superar un planteamiento adultocéntrico que considera que los adultos son los únicos que pueden decidir en el ISN. Para la CDN los niños son personas con un criterio que debe ser escuchado y tenido en cuenta cuando se tomen decisiones que les afectan. Eso supone una adaptación institucional pero también una conciencia de que la infancia tiene algo que decir en su presente y su futuro. Una de las formas más concretas que tienen los profesionales de considerar a los niños y niñas como personas es tomándose en serio sus derechos y motivando adecuadamente y de forma clara las decisiones que tomen.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA VARGAS, Gladys (2009): “Derechos de las mujeres, derecho de la infancia: Renovando la Ciudadanía”, en: Revista de derecho penal (número 86), pp. 157-187.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en: Revista chilena de derecho (Santiago, Universidad Católica de Chile, número 33), pp. 69-91.

- (2010): “La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: Régimen en la ley chilena de Protección del Consumidor”, en: Ius et Praxis (Talca, Universidad de Talca, número 16), pp. 99-124.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): Derechos Fundamentales (Santiago, Legal Publishing).

-(2003): “El efecto irradiación de los derechos fundamentales”, en: A.A.V.V., La constitucionalización del derecho chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 13-38.

-(2001), “La desconstitucionalización de la Constitución”, en: Revista de derecho (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso de Chile, XXII), pp. 17-36.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno (Santiago, Ediar).

ALEXY, Robert (1988): “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en: Cuadernos de Filosofía del derecho (España, Doxa, número 5), pp. 139-151.

- (1994): El concepto y la validez del derecho (Barcelona, Gedisa).

- (2008): Teoría de los derechos fundamentales, Segunda edición (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

ALSINA, Hugo (1956): Tratado Teórico Práctico de derecho Procesal Civil y Comercial (Buenos Aires, Ediar S. A. Editores), volumen número I.

ALSTON, Philip y GILMOUR-WALSH, Bridget (1996): El interés superior del niño: hacía una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales (Floencia, UNICEF-Centro Innocenti).

AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José (2002): Lecciones de derechos sociales (Valencia, Tirant lo Blanch).

ARA PINILLA, Ignacio (1990): “Las transformaciones de los derechos humanos”, en: Anuario de filosofía del derecho (Madrid, Tecnos, número 21) pp. 107-124.

ARCHARD, David (1993): Children. Rights and childhood, second edition (London, Routledge).

ARIÈS, Philippe (1987): El niño y la vida familiar en el antiguo régimen (Madrid, Taurus).

ARMIJO SANCHO, Gilbert (2003): “La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica”, en: Ius et Praxis (Talca, Universidad de Talca, número 9), pp. 39-62.

ARRIAGADA, Irma (2002): “Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas”, en: Revista Cepal (Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, de las Naciones Unidas, número 77), pp. 143-161.

BARATTA, Alessandro (1995): “La niñez como arqueología del futuro”, en: A.A.V.V., En Justicia y derecho del niño (Buenos Aires, Unicef, número 9), pp. 7-17.

- (1999): “Infancia y Democracia”, en: A.A.V.V., Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina (Montevideo, Unicef, volumen IV), pp. 207-236.

BARROS BOURE, Enrique (1999): “Notas históricas y comparadas sobre el nuevo

ordenamiento legal de la filiación”, en: El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chileno (Santiago, LOM), pp. 39-59.

BAVESTRELLO BONTÁ, Irma (2003): Derecho de menores, 2a. edición (Santiago, Lexis Nexis).

BELOFF, Mary (1998): “Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (1990-1998)”, (Buenos Aires, Bogotá, Temis, Desalma).

- (1999): “Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en: En Justicia y derechos del niño (Santiago, Unicef, número 1), pp. 9-22.

- (2000): Derecho, Infancia y Familia, (Barcelona, Gedisa).

- (2001): “Los derechos del niño en el Sistema Interamericano cuando un caso no es un caso, comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros”, en: En Justicia y derechos del niño (Buenos Aires, Unicef, número 3), pp. 37-48.

- (2004): “Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1989-2006)”, en: En Justicia y derechos del niño (Buenos Aires, Unicef, número 9), pp. 177-218.

- (2004): “Luces y Sombras de la Opinión Consultiva 17 de La Corte Interamericana de derechos Humanos: “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, en: En Justicia y derechos del niño (Buenos Aires, Unicef, número 9), pp. 49-124.

- (2005): “Constitución y derechos Del Niño”, en: Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, ed. por David Baigun (Buenos Aires, Editores del Puerto).

- (2005): “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, en: Revista jurídica de la Universidad de Palermo (volumen 1), pp. 97-122.

BERNUZ BENEITEZ, María José (2000): “El derecho del niño a ser oído”, en: Calvo, Manuel y Fernández Sola, Natividad (coords.), Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primera Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Madrid, Mira Editores), pp. 293-312.

- (2015): “El derecho a ser escuchado: El caso de la infancia en conflicto con la norma”, en: Derechos y Libertades (Revista número 33, Época II), (Madrid. Dykinson) pp. 67-98.

BIDART CAMPOS, Germán (1993): “Convención de derechos del Niño, Aportes para la adecuación de la legislación Argentina”, en: Convención sobre los derechos del Niño en Argentina (Buenos Aires, La ley), pp. 7-78.

- (1993): Teoría General de los derechos Humanos (México, Universidad Autónoma de México).

Bobbio, Norberto (1981): “Presente y Porvenir de Los derechos Humanos”, en: Revista de la Universidad Complutense de Madrid, Instituto de derechos Humanos (Madrid, Anuario de derechos Humanos, N°1), pp. 7-28.

- (1991): El tiempo de los derechos, (Madrid, Madrid Sistema).

- (1994): El Problema del Positivismo Jurídico, (México, D.F.: Distribuciones Fontamara).

BORDALI, Andrés (1999): “El Proceso de Protección”, en: Revista de derecho (Valdivia, Universidad Austral, volumen 10), pp. 43-58.

- (2001): “Diversos significados de la tutela cautelar en el proceso civil”, en: Revista de derecho (Valdivia, Universidad Austral, volumen 12), pp. 51-66.

- (2002): Temas de derecho procesal constitucional (Valdivia, Editorial Fallos del Mes).

BOSISIO, Roberta (2012): “Children's right to be heard: What Children Think”, en:

International Journal children s rights (número 20), pp. 141-154.

BUJOSA VADELL, Lorenzo (1995): La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (Barcelona, José María Bosch).

CABRA APALATEGUI, José Manuel (2000): “Racionalidad y argumentación jurídica”, en: Derechos y libertades (Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, número 9). pp. 151-187.

CALAMANDREI, Piero (2005): Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares (Buenos Aires, Ara Editores).

- (2006): Los estudios de derecho procesal en Italia (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América).

CALDERÓN CUADRADO, María Pía (1995): “Tutela Anticipatoria, Procesos Sumarios y Medidas Cautelares”, en: Revista Jurídica La Ley, (volumen 2), pp. 1086-1097.

CALVO GARCÍA, Manuel (1993): “La protección del menor y sus derechos”, en: Revista Instituto Bartolomé de las Casas (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid), pp. 177-200.

- (2000): Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras Jornadas sobre derechos humanos y libertades fundamentales (España, Mira Editores).

CAMPOY CERVERA, Ignacio (2006): La fundamentación de los derechos de los niños: Modelos de Reconocimiento y Protección (Madrid, Editorial Dykinson).

- (2006): La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles (Madrid, Editorial Dykinson).

- (2007): Los derechos de los niños: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas (Madrid, Editorial Dykinson).

CAPPELLETTI, Mauro (1976): Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi (Padova, Cedam).

- (1994): Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato (Bologna, Il Mulino).

CAPPELLETTI, Mauro y GARTH Bryant (1996): El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica).

CARMONA, María del Rosario (2003): “La no discriminación como principio rector de la Convención sobre los derechos del niño”, en: A.A.V.V., J. Soroeta (ed.) Cursos de Derechos Humanos de Donosita-San Sebastián (España, Universidad del País Vasco, vol. IV), pp. 173-219.

CARMONA CUENCA, Encarnación (2000): El Estado social de derecho en la Constitución (Madrid, Consejo Económico y Social).

CASARINO, Mario (2000): Manual de derecho Procesal Civil (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CASCAJO CASTRO, José Luis (1998): La tutela constitucional de los derechos sociales, (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

CASTILLO MUÑOZ, Patricio (1979): Proceso Tutelar de Menores, (Santiago, Universidad de Chile, 1979).

CEA EGAÑA, José Luis (1988): Tratado de la Constitución de 1980 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- (2008): Derecho Constitucional Chileno, 2a. ed. act. (Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

CHIOVENDA, Giuseppe (1930): Saggi di diritto processuale civile (1900-1930) (Roma, Foro Italiano).

CILLERO BRUÑOL, Miguel (1994): “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile”, en: Infancia en riesgo social y políticas

sociales de Chile (Montevideo, Instituto Interamericano del Niño), pp. 71-138.

- (1996): “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos”, en: Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de análisis jurídico, ed. por Cecilia Medina y Jorge Mera (Santiago, Universidad Diego Portales, VI), pp. 477-544.

- (1999): “El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en: Justicia y derechos del niño (Santiago, UNICEF, número 1), pp. 119-134.

- (1999): “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en: Derecho a tener derecho. Infancia, derecho y políticas sociales en América Latina, UNICEF (Montevideo, UNICEF), pp. 207-236.

- (2003): “Garantías, dogmática jurídica y minoría de edad penal: Actualidad del pensamiento penal ilustrado”, en: En Justicia y derechos del niño (Santiago, UNICEF, número 5), pp. 9-33.

- (2004): “Defensorías de la infancia. experiencia internacional”, en: En Justicia y derechos del niño (Santiago, UNICEF, número 6), pp. 177-188.

Comisión Interamericana de derechos Humanos (2008): “La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos Humanos” (segunda edición), disponible en: OEA/Ser.L/V/II.133, Doc. 34, [visitado el 10 de marzo de 2020].

CONTRERAS PELÁEZ, José Francisco (1994): Derechos sociales: teoría e ideología, (Madrid, Tecnos).

CORDÓN MORENO, Faustino (1998): “Sobre la legitimación en derecho procesal”, en: Revista chilena de derecho (Santiago, Universidad Católica de Chile, número 25), pp. 357-385.

CORDERO ARCE, Matías (20015): Hacia un discurso emancipador de los derechos de las niñas y niños (Lima, Ediciones Instituto de Formación para educadores de jóvenes,

adolescentes y niños trabajadores de América Latina y el Caribe. “Mons. Germán Scmitz”).

CORTES MORALES, Julio (2001): “Algunas reflexiones sobre el problema de la respuesta estatal frente a los menores de edad acusados de cometer hechos punibles, su historia y perspectivas”, en: Infancia y derechos humanos. Discurso realidad y perspectivas, (Santiago, Corporación Opción por los derechos Humanos de la Infancia), pp. 139-182.

COSTA SARAIVA, Joao Batista (2000): “El perfil del Juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia”, en: Justicia y derechos del niño (Santiago, Unicef, número 2), pp. 39-47.

COUSO, Jaime (1999): “Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas”, en: Justicia y derechos del niño (Santiago, UNICEF, número 1), pp. 119-134.

- (2000): “Los niños en los tiempos de los derechos”, en: Por los caminos de la esperanza (Santiago, Servicio Nacional de Menores), pp. 45-64.

- (2004): “Más acá del Interés Superior del Niño”, en: Infancia y democracia en la Argentina, ed. por Emilio García Méndez (Buenos Aires, Editores del Puerto), pp. 42-48.

- (2006): “El Niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia: interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, en: Justicia y derechos del niño (Santiago, UNICEF, número 3 y 4), pp. 145-166.

COUTURE, Eduardo, (1966): Fundamentos del derecho Procesal Civil (Buenos Aires, Ediciones Depalma).

- (1979): Estudios de derecho Procesal Civil, Tomo II (Buenos Aires, Ediciones Depalma).

CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA (2015): Política nacional de niñez y adolescencia sistema integral de garantías de derechos de la niñez y adolescencia. Chile: Ministerio Secretaria General de la Presidencia.

CROXATTO VARAS, Alejandra (1994): Manual de derecho de Menores visión crítica y práctica (Santiago, Universidad Central).

DAUDET, Hugo (1964): Estudio histórico y crítico de la legislación de menores en Chile y en el derecho Comparado (Santiago, Editorial Universitaria).

DE LA FUENTE MORENO, Alonso Antonio (1958): El Procedimiento en nuestra legislación de menores (Santiago, Universidad de Chile).

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra (1987): “Precisiones en torno a los conceptos de parte, Capacidad Procesal, Representación y Legitimación”, en: Justicia, revista de derecho procesal (Barcelona, Universidad de Barcelona) pp. 289-314.

DONOVAN, Patrick, OÑATE, Ximena BRAVO, Gonzalo y RIVERA María Teresa (2008): “Niñez y Juventud en situación de riesgo: la gestión social del riesgo. Una revisión Bibliográfica”, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-22362008000100004> [visitado el 10/03/2019].

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio (1983): “Normas procesales tutelares de menores en Chile Indiano”, en: Revista chilena de historia del derecho, (Santiago, Universidad de Chile, número 9), pp. 77-110.

- (2003): Esquema del derecho de Familia Indiano (Santiago, Ediciones del Instituto de Historia del derecho Juan Solórzano y Pereyra.

DUCCI CLARO, Carlos (2000): Derecho Civil - Parte General (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

DUCE, Mauricio (2009): “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, en: Ius et Praxis (Talca, Universidad de Talca, número 15), pp. 73-120.

DWORKIN, Ronald (1972): “Paternalism”, en: Wasserstrom R.(editor), Morality and the Law (California, Wadsworth) pp. 181-188.

- (1984): Los derechos en serio (Barcelona, Editorial Ariel).

ERRÁZURIZ GATICA, Juan Manuel (1989): Aspectos procesales del recurso de protección, 1a. ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ESCOBAR ROCA, Guillermo (2005): Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos (Madrid, CICODE-Trama).

FANLO, Isabel (2011): “Viejos” y “nuevos” de los derechos del niño. Enfoque teórico”, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2888> [visitado el 06/06/2019].

FAROPPA, Juan (2003): “Las funciones policiales y la protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia”, en: Justicia y derechos del Niño (Santiago, UNICEF, número 5) pp. 156-187.

FELD, Barry (2013): Juvenile Justice Administration. In a Nutshell, Tercera edición (Minnesota, West Academic Publishing).

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel (2007): “El Ministerio Fiscal Español y su relación con el poder legislativo”, en: Revista de derecho (Valdivia, Universidad Austral, número), pp. 107-122.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther (2007): Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores (Valencia, Tirant lo Blanch).

FERRAJOLI, Luigi (1998): “Prefacio”, en: Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño (1990-1998), ed. por Mary Beloff, (Buenos Aires, Bogotá, Temis, Desalma), pp. 8-17.

- (2001): Derechos y Garantías: La ley del más débil. 2a. ed, (Madrid, Trotta).

- (2001): “Derechos Fundamentales”, en: Los fundamentos de los derechos

fundamentales, ed. por Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello (Madrid, Trotta), pp. 19-56.

- (2006): Garantismo: Debate sobre el derecho y la democracia (España, Trotta).

FIX ZAMUDIO, Héctor (1991): Protección jurídica de los derechos humanos: estudios comparativos, Colección Manuales (México, D.F.: Comisión Nacional de derechos Humanos).

- (2009): Los derechos humanos y su protección internacional, 1a. edición (Lima, Griley).

FLUKE, John, y WULCZYN, Fred (2010): “A concept note on child protection systems monitoring and evaluation” disponible en: https://www.unicef.org/protection/Concept_Note_on_Child_Protection_revised_160710_final2.pdf [visitado el 15/03/2018].

FORSELLEDO, Gustavo (2002): “La planificación de políticas de infancia en América Latina. Hacia un sistema de protección Integral y una perspectiva de derechos”, disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/Lectura%20UT3.pdf [visitado el 15/03/2018].

FREEMAN, Michael (2006): “Tomando más en serio los derechos de los niños”, en: Justicia y derechos del Niño (Santiago, UNICEF, número 3 y 4) pp. 251-279.

- (2007): “Why it remains important to take children’s rights seriously”, en: International Journal of Children’s Rights (número 15) pp. 5-23.

FREEDMAN, Diego (2007): “Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el “Caballo de Troya” de la Convención”, disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf> [visitado, 20/05/2018].

FUCHSLOCHER Petersen, Edmundo (1983): Derecho de Menores (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GAITAN MUÑOZ, Lourdes (2010) “La participación infantil como condición de posibilidad” X Congreso Estatal de Infancia Maltratada disponible en :https://www.congresofapmi.es/imagenes/auxiliar/Actas_MR_8_1_Participacion_LGaitan.pdf [visitado 20/05/2020].

GAJARDO, Samuel (1945): Texto de las leyes n° 4.447 sobre protección de menores y n° 5.750 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias (Santiago, Editorial Cultura).

- (1955): Protección de Menores, 1a. ed, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2006): “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en: Isegoría (número 35, julio-diciembre), pp. 151-172

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962): "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo", en: Revista de Administración Pública (N° 38) pp. 159-208.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1997): “La Convención Internacional de los Derechos del Niño: Del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derecho”, en: Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral, 2a. ed. (Santafé de Bogotá: Fórum Pacis), pp. 6-45.

- (2004): “Entre el autoritarismo y la banalidad: Infancia y derechos en América Latina”, en: Revista Justicia y derechos del Niño (Santiago, UNICEF, número 6), pp. 79-96.

GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz (2004): Los derechos de los niños: una fundamentación (Madrid, España: Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso (2000): “El Ministerio Público y los derechos del Niño y del Adolescente en el Brasil”, en: Revista Justicia y derechos del Niño (Santiago, UNICEF, número 2), pp. 49-76.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1994): “Desde la Modesta propuesta de J. Swift hasta las Casas de engorde. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños”, en: Cuadernos de Filosofía del derecho (España, Doxa, número 15-16, volumen II), pp. 731-743.

- (1998): “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en: Cuadernos de Filosofía del derecho (Alicante, Doxa, número 5), pp. 155-173.

GUILLÓ JIMÉNEZ, Juan (2007): “La convención sobre los derechos del Niño. derechos y necesidades de la Infancia”, en: Los derechos de los niños, responsabilidad de todos, 1º edición (Murcia, Universidad de Murcia), pp. 83-94.

GOLDEN, Mark (1993): *Children and Childhood in Classic Athens* (Baltimore, Johns Hopkins University Press).

GÓMEZ, Esteban y HAZ Ana María (2008): “Intervención familiar preventiva en programas colaboradores del SENAME: La perspectiva del profesional”, en: *Psykhe* (Santiago, Universidad Católica de Chile, número 17), pp. 53-65.

GÓMEZ, Esteban, MUÑOZ María Magdalena, y HAZ Ana María (2007): “Familias multiproblemáticas y en riesgo social: características e intervención”, en: *Psykhe* (Santiago, Universidad Católica de Chile, número 16), pp. 43-54.

GONZÁLEZ CONTRO, Mónica (2006): “Paternalismo jurídico y derechos del niño”, en: *Isonomía*, (México, número 25), pp. 101-135.

GONZÁLEZ VERGARA, Paulina Victoria (1998): “Codificación y técnica legislativa”, en *Revista chilena de derecho* (Santiago, Universidad Católica de Chile, volumen 25, número 4), pp. 867-895.

GONZÁLEZ, Alberto (1945): *De la legislación de menores, como derecho social* (Santiago, Universidad de Chile).

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2006): “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en: *Revista chilena de derecho* (Santiago, Universidad Católica de Chile,

volumen 33, número 1), pp. 93-107.

GOTTLIEB, David (1977): “Children as Victims”, en: *The Children’s rights movement: overcoming the oppression of young people*, ed. by Beatrice Gross and Ronald Gross (Nueva York, Anchor Press & Doubleday), pp. 178-212.

GROSSI, Paolo y ÁLVAREZ ALONSO Clara (2006): *La primera lección de derecho* (Madrid, Marcial Pons).

GUASP, Jaime (2006): *Derecho Procesal Civil* (Madrid, Editorial Aranzadi).

HART, Herbert (1968): *El concepto del derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot).

HERRERA, Marissa (2009): “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho Argentino”, en: *Revista Justicia y derechos del Niño* (Santiago, UNICEF, número 11), pp. 107-144.

HENOCH, Paulina, ZAROR, Yasmin, y LINCOPI, Emilio (2017): “SENAME: Qué hace, cómo lo hace y hacia dónde debiera ir”, en: *Serie Informe Social* (165).

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio (1991): “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los derechos del Niño”, en: *Revista de Educación* (España, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, número 294), p. 221-233.

HUNTER AMPUERO, Iván (2007): “Poderes del Juez Civil: Algunas consideraciones a propósito del Juez de Familia”, en: *Revista de Derecho* (Valdivia, Universidad Austral, número 20), pp. 205-229.

KOHLER, Mary (1977): “To What Are Children Entitled?”, en: *The Children’s rights movement: overcoming the oppression of young people*, ed. por Beatrice Gross y Ronald Gross (Nueva York, Anchor Press & Doubleday), pp. 213-231.

KRONMAN, Anthony (2007): “El problema de la discrecionalidad judicial”, en: *Academia, Revista sobre Enseñanza del derecho* (Buenos Aires, Universidad de Buenos

Aires, año 5, número 10), pp. 95-99.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola (2005): Cuidado personal de los hijos (Santiago, Editorial Puntotext).

- (2008): “Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos”, en Revista Chilena de Derecho Privado (Santiago, Universidad Diego Portales, número 10), pp. 9-37.

- (2010): “Constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del código civil chileno”, en: Ius et Praxis (Talca, Universidad de Talca, volumen 16, número 2), pp.147-184.

- (2010): “Custodia compartida, acuerdo de los padres y establecimiento de oficio: un fallo en ausencia de ley (Corte de Apelaciones de Santiago)”, en: Revista de derecho (Valdivia, Universidad Austral, volumen 23, número 2) pp. 237-245.

LEPIN MOLINA, Cristián (2013): “Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley 20.680”, en: Revista de derecho (Valdivia, Universidad Austral, número 3) pp. 285-308.

LESSONA, Carlos (1928): Teoría general de la prueba en derecho Civil, traducción Enrique Aguilera de Paz, volumen I (Madrid, Editorial Reus S.A.).

LIEBEL, Manfred, y SAADI, Iven (2012): “La participación infantil ante el desafío de la diversidad cultural” en: Desacatos (Tlalpan, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, volumen 39), pp. 123-140.

LIEFAARD, Ton (2019): “Access to Justice for Children: Towards a Specific Research and Implementation Agenda”, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/333113855_Access_to_Justice_for_Children_Towards_a_Specific_Research_and_Implementation_Agenda [visitado 05/05/2020].

- (2020): “El derecho procesal familiar y los derechos de la infancia en Europa y los Países Bajos”, en: La constitucionalización del derecho de familia: Perspectivas

comparadas (Nicolás Espejo & Ana María Ibarra) Capítulo 9, disponible en: <http://hdl.handle.net/1887/82990> [visitado 05/05/2020].

LIFANTE VIDAL, Isabel (1989): “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en: Cuadernos de filosofía del derecho, número 25 (Alicante, Departamento de Filosofía del derecho, Universidad de Alicante).

LÓPEZ AZCONA, Aurora (2016): “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, en Boletín del Ministerio de Justicia, (año LXX, número 2185, enero 2016) (España, Ministerio de Justicia).

-(2018): “El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales”, en Derecho Privado y Constitución, 32, 133-186. Disponible en: doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.32.04> [Visitado el 2 de julio 2020].

LÓPEZ DÍAZ, Carlos (2005): Manual de derecho de Familia y Tribunales de Familia (Santiago, Editorial Librotecnia).

LÓPEZ SIGNORELLI María José y ROJAS MARAMBIO Natalia (2017): La Protección de la Infancia en Chile: Una Mirada Regional al Servicio Nacional de Menores (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de Sociología). Disponible en: http://www.pleyades.cl/wp-content/uploads/2018/07/2018-PLYADES-Lo%CC%81pez-y-Rojas-Tesis_-La-proteccion-de-la-Infancia-en-Chile_-una-mirada-regional-al-SENAME.pdf [consultado el 30 de julio de 2020].

LOO GUTIÉRREZ, Martín (2009): “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, en: Revista de derecho (Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso), pp. 391-426.

LOZANO, Godofredo (1944): Régimen jurídico-social de la menor edad: historia, doctrinas, asistencia social, en la legislación argentina y comparada (Buenos Aires, El

Ateneo).

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo (2002): “Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso”, en: VV.AA., Derechos humanos y nuevas tecnologías (México, Ararteko-UPV).

MAIER, Julio (2000): “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, en: Revista Justicia y derechos del Niño (Santiago, UNICEF, número 2), pp. 9-18.

MANDRIOLI, Crisanto, y CARRATA Antonio (2013): Corso Di Diritto Processuale Civile (Turin, Giappichelli).

MARABOTTO, Jorge (2000): “Consideraciones sobre la incidencia de la Convención sobre los derechos del niño en el Uruguay”, en: Revista Justicia y derechos del Niño (Santiago, UNICEF, número 2), pp. 19-26.

MARINONI, Luiz (2007): Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva: del proceso civil clásico a la noción de derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Lima, Palestra Editores).

- (2008): Tutela específica de los derechos: necesidades del derecho material, tutela de los derechos y técnica procesal (Lima, Palestra Editores).

MARTIN, Claudia, RODRIGUEZ-PINZON, Diego y GUEVARA, José (2004): Derecho internacional de los derechos humanos (México, D.F.: Universidad Iberoamericana).

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, en: Estudios constitucionales (Talca, Universidad de Talca, número 8), pp. 125-166.

MARZAL, Antonio, (Ed.) (1999): Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto (Barcelona, Bosch).

MCCORMICK, Neil (1988): “Los derechos de los niños: una prueba de fuego para

las teorías de los derechos”, en: Anuario de Filosofía del derecho (Valencia, Universidad de Valencia, volumen V), pp. 293-305.

MEDINA, Cecilia (1994): Constitución, Tratados y derechos esenciales (Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación).

- (1996): “El derecho internacional de los derechos humanos”, en: Derecho internacional de los derechos humanos. Manual de Enseñanza, ed. por Cecilia Medina y Jorge Mera, Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 59-81.

MEZA BARROS, Ramón (1995): Manual de derecho de la familia, 3a. ed. Actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

MILANICH, Nora (2006): “¿A la sombra de la ley? Los niños en la historia y sociedad de América Latina”, en: Revista Justicia y de Derechos del niño (Santiago, UNICEF, número, 3 y 4), pp. 235-250.

MORELLO, Augusto, y STIGLITZ Gabriel (1986): Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos (Buenos Aires, Librería Editora Platense).

MORALCHETTI, Alejandro (2013): Sistemas Nacionales de Protección integral de la infancia. Fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe (Santiago, UNICEF).

NINO, Carlos (1987): “Los titulares de los derechos humanos: El concepto de persona moral”, en: Filosofía del lenguaje, de la ciencia, de los derechos humanos y problemas de su enseñanza (México, Sociedad Filosófica Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México), pp. 127-146.

NOGUEIRA Alcalá, Humberto (1997): Dogmática Constitucional (Talca, Editorial Universitaria de Talca).

- (2003): “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional”, en: Doctrina y

Jurisprudencia, *Ius et Praxis* (Talca, Universidad de Talca, volumen 9), pp. 403-466.

- (2004): “Informe sobre proyecto de reforma constitucional sobre defensoría de las personas”, en: *Ius et Praxis* (Talca, Universidad de Talca, número 14), pp. 337-344.

- (2005): “Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales”, en: *Ius et Praxis* (Talca, Universidad de Talca), pp. 15-64.

- (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en: *Estudios constitucionales* (Talca, Universidad de Talca, número 7), pp. 143-205.

- (2017): “La protección convencional de los derechos de los niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los derechos de los Niños y Adolescentes”, en: *Ius et Praxis* (Talca, Universidad de Talca, número 23 (2)), pp. 415-462.

NÚÑEZ ROMERO, Germán (2010): “¿La tutela efectiva de los menores? Las medidas de protección en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho de Familia* (Santiago, Universidad Central, número 3), pp. 245-280.

OBERG YÁNEZ, Héctor (1985): “Las máximas de experiencia”, en: *Revista de Derecho* (Concepción, Universidad de Concepción, número 178), pp. 53-58.

OCHAITA ALDERETE, Esperanza y ESPINOSA BAYAL, María de los Ángeles (2004): “Las teorías contextualistas”, en E. Ochaíta y M.A. Espinosa, *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes: Necesidades y derechos en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (Madrid, Mc-Graw Hill-UNICEF), pp. 195-221.

- (2012): “Los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades”, en: *Educatio Siglo XXI*, (Murcia, Universidad de Murcia, Volumen 30, número 2), pp. 25-46.

O'DONNELL, Daniel (1990): "La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido", en: *Infancia* (Montevideo, Boletín IIN, número 230, tomo 63), pp. 11-25.

ORTIZ AHLF, Loretta (2011): "El derecho de acceso a la Justicia", en: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, disponible en: www.juridicas.unam.mx, [consultado 05/05/2017].

OYARZÚN, Astrid, ÁVILA, Oscar., GUIARDO, Felipe (2009): "Sistemas locales de protección de derechos de infancia y adolescencia: tensiones y perspectivas" en: Centro de Estudios Sociales CIDPA, Valparaíso.

PAILLÁS PEÑA, Enrique (1991): *Estudios de derecho Probatorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PALOMO VÉLEZ, Diego (200): "Aportación de la Convención Americana de derechos Humanos a la perspectiva chilena de la dogmática procesal del derecho a la tutela judicial. Un apoyo en dos fallos: Casos Barrios Altos y Castillo Petruzzi", en: *Ius et Praxis* (Talca, Universidad de Talca, número 2), pp. 261-298.

PANCERA, Carlos (1993): *Estudios de Historia de la infancia*, (Barcelona, PPU).

PÁRAMO, María de los Ángeles (2011): "Factores de riesgo y factores de protección en la adolescencia: Análisis de contenido a través de grupos de discusión", en: *Terapia psicológica* (Santiago, Sociedad chilena de la psicología clínica, número 29), pp. 85-95.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1994): "La universalidad de los derechos humanos", en: *Cuadernos de Filosofía de Derecho* (España, Doxa, número 15 y 16), pp. 613-633.

- (1999): *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, (Madrid, BOE-Universidad Carlos III).

- (2000): *Curso de Teoría del derecho, Manuales Universitarios* (Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales).

- (2004): Lecciones de derechos fundamentales (Madrid, Dykinson).

PEDRAZ, Ernesto (1996): “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en: *Revista del Poder Judicial*, (España, Poder Judicial), pp. 225-250.

- (1999): Objeto del proceso y objeto litigios. puntualizaciones sobre la legitimación (Madrid, Poder Judicial Español).

PELÁEZ MEJÍA, José María (2019): “Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy”, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300167> [visitado 03/03/2020].

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1996): “El derecho Civil en su relación con el derecho Internacional de Los derechos Humanos”, en: *Sistema jurídico y derechos humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico*, ed. por Cecilia Medina y Jorge Mera (Santiago, Universidad Diego Portales, volumen VI), pp. 626-630.

- (1996): “La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno”, en: *Sistema jurídico y derechos humanos*, ed. por Cecilia Medina y Jorge Mera (Santiago, Universidad Diego Portales, volumen VI), pp. 661-687.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1991): “Las generaciones de derechos humanos”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 10), pp. 203-217.

PICONTÓ NOVALES, Teresa (2000): *En las fronteras del derecho: Estudio de casos y reflexiones generales* (España, Editorial Dykinson).

- (2016): “Fisuras en la protección de los derechos de la Infancia”, en: *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, N° 33, pp. 133-166, disponible en: https://zaguan.unizar.es/record/64536/files/texto_completo.pdf [visitado 03/03/2019].

PRADO, Maximiliano. (2007): “Limitación de los derechos humanos: Algunas consideraciones teóricas”, en: *Revista chilena de derecho*, 34(1), 61-90, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100005> [visitado 05/06/2018].

PRIETO SANCHÍS, Luis (1990): Estudios sobre derechos fundamentales (Madrid, Debate).

- (2005): Apuntes de teoría del derecho (Madrid, Taurus).

PINTO, Mónica (2000): “Sistemas de protección internacional de los derechos humanos, todos en justicia y derechos del niño”, en: Revista Justicia y derechos del Niño (Santiago, UNICEF, Número 2), pp. 27-38.

PORRAS NADALES, Antonio (1991): “Derechos e intereses. Problemas de tercera generación”, en: Revista del Centro de Estudios Constitucionales (España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 10).

PURDY, Laura (1994): “Why children shouldn’t have equal rights”, en: International Journal of Children’s Rights, (Netherlands, Brill, number 2), pp. 223-245.

QUEZADA MELÉNDEZ, José (1997): Las Medidas prejudiciales y precautorias, 2a. edición (Santiago, Digesto).

RAMOS MÉNDEZ, Francisco (1992) Derecho Procesal Civil (Barcelona, Bosch, Tomo I).

RAMOS PAZOS, René (2010): Derecho de Familia, 7a. edición actualizada (Santiago: Jurídica de Chile).

RAVETLLAT, Isaac (2012): “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en: Educatio Siglo XXI (Murcia, Universidad de Murcia, volumen 30, número 2), pp. 89-108.

- (2017): “El defensor de los derechos de la niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, en: Estudios constitucionales (Talca, Universidad de Talca, 15 (1), pp. 255-306.

RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional.”, en: Revista Chilena de derecho (Santiago,

Universidad Católica de Chile, volumen 42, número 3), pp. 903-934.

RACZYNSKI, Dagmar y SERRANO Claudia (2001): Descentralización. Nudos Críticos. CIEPLAN, Santiago de Chile.

REA-GRANADOS, Sergio Alejandro (2016): “Evolución del derecho internacional sobre la infancia”, en: Revista Colombiana de Derecho Internacional (Bogotá, número 29) pp. 147-192

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1997): El derecho de visita (Barcelona, Bosch).

- (2017): El interés del menor (Madrid, Dykinson).

ROCCATTI, Mireille (1999): “El Ombudsman mexicano; reflexiones acerca de la función, retos y perspectivas de la Comisión Nacional de derechos Humanos”, en: Revista Mexicana de Política Exterior: El 50 aniversario de la Declaración Universal de derechos Humanos (México, Secretaria de Relaciones Exteriores, número 55-56), pp. 11-32.

RODA y RODA, Dionisio (2013): El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. el derecho del menor a ser oído (España, Aranzadi).

RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia (2002): La nueva generación de derechos humanos (Madrid, Dykinson).

RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2009): “El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia”, en: Revista Chilena de derecho (Santiago, Universidad Católica de Chile, volumen 36, número 3), pp. 545-586.

- (2010): El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho Chileno de Familia (Santiago, Abeledo Perrot, Legalpublishing).

RODRÍGUEZ VEGA, Manuel, y PINO REYES, Octavio (2015): “Análisis de la (in)eficacia del principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en la etapa preliminar del proceso penal chileno” en: Revista de derecho (Coquimbo, número 22 (1),

pp. 351-399, disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000100009> [visitado 03/03/2018].

ROJAS INFANTE, Marcial (1965): Los Tribunales de Menores en el derecho Chileno (Santiago, Universidad de Chile).

RUIZ RESA, Josefa Dolores (2000): “El Concepto de interés en Ihering”, en: Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Granada (Granada, Universidad de Granada), pp. 435-453.

RUIZ RUIZ, Ramón (2010): “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”, en: Cuadernos Electrónicos de Filosofía de derecho, disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/193> [Visitado 05/08/2018].

SALAS VIVALDI, Julio (1981): “Algunas consideraciones sobre la administración de justicia en la nueva Constitución Política de La República”, en: Revista de derecho, Universidad de Concepción, (Concepción, Universidad de Concepción), pp. 9-38.

SALINAS MORAN, Patricia (1980): Normas legales vigentes en nuestro derecho positivo en materia de menores (Santiago, Universidad de Chile).

SAINZ MORENO, Fernando (1976): Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa (Madrid, Civitas).

SÁNCHEZ REDONDO, JM (2001): “Toma de decisiones, el plan del caso”, en: Manual de Protección Infantil, ed. por Joaquín De Paul Ochotorena y María Ignacia Arruabarrena, 2º edición, (Bilbao, Editorial Masson), pp. 233-239.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1987): “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación”, en: Justicia 87 (España, Bosch, número I), pp. 289-314.

SENAME (2017): Misión y Objetivos. En: <http://www.SENAME.cl/web/mision-objetivos/> [visitado 15/08/2020].

SENAME. (2016). “Catastro de la Oferta Programática de la red SENAME”. Diciembre de 2016, Gobierno de Chile.

SILVA, Raúl, VILLALOBOS, Cristibal, y SARACOSTTI, Mahía (2011: “Evaluando el Nivel de Implementación de las Políticas de Infancia y Adolescencia en la Regiones Metropolitana y de Valparaíso: Una mirada a la calidad desde la complejidad municipal”, en: Revista Iberoamericana de Estudios Municipales, Año II N°4, 133 - 161.

SIMON CAMPAÑA, Farith (2013): Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva (Salamanca, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Salamanca).

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1963): Derecho de Familia (Santiago, Editorial Nascimento).

SCHMIDT HOTT, Claudia (2001): La filiación en el nuevo derecho de familia”, ed. por Paulina Veloso (Santiago, Chile: ConoSur).

SCHOFIELD, Gillian y THOBURN, June (1996): Child protection. The voice of the child in decision making (London, IPPR).

SUARES, Marínés (1996): “La mediación ¿Qué es?”, en: Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas (Buenos Aires, Paidós), pp. 41-58.

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2013): “Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (ley número 20.680)”, en: Revista chilena de derecho privado (Santiago, Universidad Diego Portales, número 21).

TANZI, Silvia y PAPILLÚ Juan (2011): “Daños y perjuicios derivados del divorcio: (doctrina y jurisprudencia en Argentina”, en: Revista chilena de derecho privado, (Santiago, Universidad Diego Portales, número 21), pp- 135-161.

TARUFFO, Michele (1996): “La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?”, en: Corrupción y Estado de derecho. El papel de la Jurisdicción Madrid (España, Trotta), pp. 135-150.

TELLO, Cristóbal (2006): “El Defensor del niño: ¿una institución eficaz para la promoción y protección de los derechos de niños y niñas”, en: Revista de Justicia y derechos del niño (Santiago, UNICEF, número 3 y 4), pp. 83-144.

TIRONI BARRIOS, Eugenio (2003): “Cuánto y cómo cambiamos los chilenos: balance de una década: Censos 1992-2002,” 1a. edición (Santiago, Instituto Nacional de Estadísticas: Presidencia de la República, Comisión Bicentenario).

TORRES ZÁRATE, Fermín, y GARCÍA MARTÍNEZ Francisco (2007): “El Interés Superior del niño en la perspectiva el garantismo jurídico en México”, en: Alegatos (México, Universidad Autónoma Metropolitana), pp. 97-112.

TRAUTMANN Alberto (2008): “Maltrato entre pares o "bullying": Una visión actual”, en: Revista chilena de pediatría (Santiago, Sociedad de Pediatría, número 79 (1), pp. 13-20.

TUCKER, Richard, y DEMAUSE Lloyd (1991): “El niño como principio y fin: la infancia en Inglaterra de los siglos XV y XVI”, en: Historia de la infancia (Madrid, Alianza Universidad), pp. 15-93.

UNICEF (2005): Situación de los niños y niñas en Chile: a 15 años de la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño 1990-2005 (Santiago, UNICEF).

VARGAS PAVEZ, Macarena (2001): “Mediación familiar: sistematización de una experiencia. Programa de resolución de conflictos anexos a tribunales”, en: Familia, Mediación y Políticas Públicas, (Santiago, Ministerio de Justicia), pp. 21-35.

- (2006): “Diagnostico de los mecanismos de protección de los derechos a la educación y salud de niños, niñas y adolescentes”, en: Revista de Justicia y derechos del niño (Santiago, UNICEF, número 3 y 4), pp. 9-82.

- (2008): “Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación”, en: Revista de derecho (Valdivia, Universidad Austral, número 21), pp. 183-202.

- (2011): “La voz de los niños en la justicia de familia de Chile”, en: Ius et Praxis

(Talca, Universidad de Talca, número 17), pp. 177-204.

VEERMAN, Philip (1992): *The rights of the child and the changing image of childhood*, (Martinus Nijhoff Publishers).

VELOSO, Paulina (1998): “Nuevos principios del derecho de familia en función, principalmente, de la normativa internacional que emana de los tratados de derechos humanos”, en: *Revista de derecho* (Santiago, Universidad Católica de Valparaíso, XIX), pp. 35-56.

- (1999): “Principios fundamentales que inspiran el nuevo estatuto de filiación”, en: *El nuevo estatuto de filiación en el Código Civil chilena* (Santiago, LOM), pp. 6-124.

- (2000): “Igualdad y Relaciones Familiares”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (Buenos Aires, Universidad de Palermo, número 4), pp. 231-247.

VILLÁN DURÁN, Carlos (2001): *Curso de derecho Internacional de los derechos Humanos* (Madrid, Trotta).

VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis (2008): “¿Derechos humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas”, en: *Revista de derecho* (Valdivia, Universidad Austral, número 21), pp. 33-51.

VILLAVICENCIO MIRANDA, Luis y MILLÁN Patricio (2002): “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”, en *Revista de Justicia y derechos del niño* (Santiago, UNICEF), pp. 41-92.

WULCZYN, Fred, FLUKE John, y DARO Deborah (2010): *Adapting a systems approach to child protection: key concepts and considerations* (New York, UNICEF).

NORMATIVA UTILIZADA

Normativa nacional chilena.

Código Civil, fecha de promulgación el 14 de diciembre de 1855, publicado en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 1855.

Código Penal, fecha de promulgación el 14 de noviembre de 1874, publicado en el Diario Oficial el 14 de noviembre de 1874.

Código de Procedimiento Civil, fecha de promulgación el 28 de agosto de 1902, publicado en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1902.

Ley número 2675, fecha de promulgación el 26 de agosto 1912, publicado en el Diario Oficial el 4 de septiembre de 1912.

Ley número 4447, fecha de promulgación el 18 de octubre de 1928, publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1928.

Código Orgánico de Tribunales, fecha de promulgación el 15 de junio de 1943, publicado en el Diario Oficial el 9 de julio de 1943.

Ley número 16618, Ley de Menores, fecha de promulgación el 03 de febrero de 1967, publicado en el Diario Oficial el 08 de marzo de 1967.

Decreto ley número 2465, Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley Orgánica Chile, fecha de promulgación el 10 de enero de 1979, publicado en el Diario Oficial el 16 de enero de 1979.

Constitución Política de la República de Chile, fecha de promulgación el 21 de octubre de 1980, publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 1980.

Ley número 19620, dicta normas sobre adopción de menores, fecha de promulgación el 26 de julio de febrero de 1999, publicado en el Diario Oficial el 05 de agosto de 1999.

Ley número 19968, que crea Tribunales de Familia, fecha de promulgación el 25 de julio de febrero de 2004, publicado en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004.

Ley número 20084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, fecha de promulgación el 29 de noviembre de 2005, publicado en el Diario Oficial el 07 de diciembre de 2005.

Ley número 20.680, introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, fecha de promulgación el 16 de junio 2013, publicado en el Diario Oficial el 21 de junio de 2013.

Proyectos de Ley en Chile

Proyecto de Ley de Protección de derechos de la Infancia y Adolescencia, boletín número 3.792-07, presentado el 18 de enero del año 2005 ante el Honorable Congreso Nacional. Mensaje de D.E. El Presidente de la República, número 309-352.

Proyecto de Ley de Protección de derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, boletín número 8.911-18, presentado el 24 de abril del año 2013 ante el Honorable Congreso Nacional. Mensaje de D.E. El Presidente de la República, número 066-361.

Proyecto de Ley crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, boletín número 10.315-18, presentado el 24 de septiembre de 2015 ante el Honorable Congreso Nacional. Mensaje D.E. El Presidente de la República, número 950-363.

Proyecto de Ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez y modifica normas legales que indica, presentado el 05 de agosto de 2018 ante el Honorable Congreso Nacional. Mensaje D.E. El Presidente de la República, número 090-366.

Normativa internacional

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que entró en vigencia el 02 de septiembre de 1990. Incorporado a la legislación interna mediante decreto número 830, fecha de promulgación 14 de agosto de 1990, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

Observación General número 12, “El derecho del niño a ser escuchado”, Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 51 período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Observación General número 14, “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, Comité de los Derechos del Niño, Naciones Unidas, 62 período de sesiones, Ginebra, 14 de enero a 1 de febrero de 2013, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Pactos Internacional de las Naciones Unidas sobre derechos Civiles y Políticos adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Incorporado a la legislación interna mediante decreto número 778, fecha de promulgación 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

Pactos Internacional de Derechos Económicos y Sociales adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigencia el 03 de enero de 1976. Incorporado a la legislación interna mediante decreto número 3260, fecha de promulgación 28 de abril de 1989, publicado en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1989.

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores creado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 25 de octubre de 1980. Incorporado a la legislación interna mediante decreto número 386, fecha de promulgación 30 de marzo de 1994, publicado en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994.

Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Organización de Naciones Unidas, aprobada el 20 de noviembre de 1959.

Convención Americana de Derechos Humanos adoptada tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Incorporado a la legislación interna mediante decreto número 873, fecha de promulgación 23 de agosto de 1990, publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991.

Normativa nacional de otros países

Ley número 26061, de Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes de Argentina, sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada el 21 de octubre de 2005.

Decreto 415/2006, Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de Argentina, de fecha 17 de abril de 2006, publicado el 18 de abril de 2006.

Ley número 1098, Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, de fecha 8 de noviembre de 2006.

Ley número 8069, por la que se establece el estatuto del niño y del adolescente, y se dictan otras disposiciones de Brasil, del 13 de julio de 1990.