

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO,
NIÑA Y ADOLESCENTE Y EL
DERECHO A SER OÍDO**

**Aplicabilidad y eficacia en los Tribunales
de Justicia en Chile**

Tesis presentada para la obtención del Grado de Doctor por

Yasna Yaniretz Godoy Henríquez

Director:

Dr. Juan Manuel Velázquez Gardeta

Donostia-San Sebastian, 2018

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| ABREVIATURAS UTILIZADAS | 6 |
| CAPÍTULO INTRODUCTORIO..... | 8 |
| 0.1 Apreciaciones preliminares | 16 |
| 0.1.1 Objetivo general | 21 |
| 0.1.2 Objetivos específicos | 22 |
| 0.1.3 Justificación del Tema de la Investigación | 23 |
| 0.1.4 Metodología de la Investigación | 30 |
| | |
| CAPÍTULO 1: | |
| Marco referencial e interpretativo de la Investigación | 32 |
| 1.1 Niños, niñas y adolescentes | 32 |
| 1.1.1 Niño, niña, niñez, infancia y adolescencia ¿conceptos iguales o diferentes?..... | 33 |
| 1.2 La familia: unidad básica de protección | 41 |
| 1.2.1 La Familia en la sociedad actual ¿Transformación, desaparición o profundización de las funciones? | 43 |
| 1.2.2 Establecimiento de la Familia en el orden legal | 52 |
| 1.3 Hacia una aproximación sociojurídica del principio del interés superior del niño, niña y adolescente..... | 56 |
| 1.3.1 Evolución histórica conceptual del principio del interés superior del niño, niña y adolescente | 57 |
| 1.3.2 Aproximación al concepto de Interés Superior del niño, niña y adolescente desde la concepción social | 61 |

| | |
|--|------------|
| 1.3.3 El interés superior del niño, niña y adolescente desde una concepción normativa ¿Concepto jurídico indeterminado o determinable? | 63 |
| 1.4 ¿Derecho a ser oído o escuchado? La voz de los niños judicializados | 80 |
| 1.4.1 Formas de escuchar a los niños en los Tribunales de Familia en Chile | 87 |
| 1.4.2 Uso de la sala Gesell en los Tribunales | 87 |
| 1.4.3 Peritajes y la voz de los niños | 88 |
| 1.4.4 La figura del Curador ad litem y el derecho a ser oído... | 89 |
| 1.4.5 La voz de los niños y niñas a través de terceros | 90 |
| 1.5 Aplicabilidad y eficacia de la norma jurídica | 91 |
| 1.6 Materias que serán tratadas a la luz de los principios analizados | 94 |
| Conclusiones preliminares | 101 |

CAPÍTULO 2:

Aproximación al entorno social y a las conductas

| | |
|--|------------|
| relacionales que influyen en el proceder legal respecto de los niños, niñas y adolescentes en el sistema jurídico en Chile.. | 103 |
| 2.1 Factores protectores de la infancia, niñez y adolescencia | 104 |
| 2.2 Los factores de riesgo en niños, niñas y adolescentes | 113 |
| 2.3 Las familias multiproblemáticas como factor de riesgo en niños, niñas y adolescentes | 116 |
| 2.4 Factores de Riesgo: Trabajo infantil, deserción escolar, pares, pobreza y migración | 118 |
| 2.5 Conductas de riesgo | 125 |
| 2.5.1 Uso y abuso del tabaco | 125 |
| 2.5.2 Uso y abuso del alcohol | 126 |
| 2.5.3 Hábitos alimenticios extremos | 129 |
| 2.5.4 La violencia en los niños, niñas y adolescentes | 130 |
| 2.5.5 Los operadores de la justicia de familia que intervienen en los procesos judiciales que forman parte los niños, niñas y adolescentes | 131 |

| | |
|--|------------|
| 2.5.6 Las condiciones socioculturales de los usuarios del sistema judicial familiar y como estos influyen en los niños, niñas y adolescentes | 140 |
| 2.5.7 Variables de contexto en el Derecho Familiar | 143 |
| 2.5.8 Descripción de las características sociofamiliar de los usuarios a los que se les aplica los principios en estudio..... | 147 |
| Conclusiones preliminares | 151 |

CAPÍTULO 3:

| | |
|---|------------|
| Análisis a la normativa nacional e internacional en materia de infancia y adolescencia | 153 |
| 3.1 Del llamado Derecho de Menores al Derecho de Familia en Chile | 153 |
| 3.2 Materias de Competencia de los Tribunales de Menores ... | 165 |
| 3.3 Trámite del Discernimiento | 168 |
| 3.4 Del llamado Derecho de Menores al Derecho de Familia | 171 |
| 3.4.1 Adecuación de la Legislación Nacional a propósito de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño | 182 |
| 3.5 De la protección del menor al Interés superior del niño, niña y adolescente | 217 |
| 3.6 Los Tratados Internacionales ratificados por Chile en la materia | 221 |
| Conclusiones preliminares | 238 |

CAPÍTULO 4:

| | |
|--|------------|
| Determinación del grado de aplicabilidad y eficacia del principio del interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a ser oído en los Tribunales de Familia en Chile | 240 |
| 4.1.- Análisis de Sentencias | 243 |
| A) Fallos en los cuales se advierte preliminarmente una inadecuada aplicación de los principios en estudio..... | 243 |
| Sentencia N° 1.- Impugnación de paternidad | 243 |

| | |
|--|------------|
| Sentencia N° 2.- Solicitud de susceptibilidad de adopción | 248 |
| Sentencia N° 3.- Recurso de Amparo | 252 |
| Sentencia N° 4.- Excepción de prescripción de la acción ejecutiva destinada a obtener el pago de las pensiones alimenticias devengadas | 258 |
| Sentencia N° 5.- Recurso de Protección | 268 |
| B) Sentencias que aplican los principios del Interés superior del niño y el Derecho a ser oído de manera concordante al espíritu de la Convención..... | 275 |
| Sentencia N° 1.- Impugnación y reclamación de maternidad ... | 275 |
| Sentencia N° 2.- Transacción respecto de cuidado personal del menor | 280 |
| Sentencia N° 3.- Cuidado personal de la niña de autos | 285 |
| Sentencia N° 4.- Cuidado Personal de los niños de autos | 296 |
| Sentencia N° 5.- Restitución Internacional | 301 |
| Sentencia N° 6.- Solicitud de susceptibilidad de adopción | 304 |
| Sentencia N° 7.- Demanda de relación directa y regular | 309 |
| Sentencia N° 8.- Modificación de régimen comunicacional | 314 |
| Sentencia N° 9.- Designación de Curador ad litem | 319 |
| Sentencia N° 10.- Recurso de protección | 323 |
| Sentencia N° 11.- Cuidado Personal | 334 |
| Análisis de fallos..... | 338 |
| I. En cuanto a la poca observancia y rigurosidad de los Tribunales de primera instancia..... | 338 |
| II. En cuanto al principio de Interés Superior del niño y el derecho a ser oído como garantía del debido proceso..... | 339 |
| III. En cuanto a los elementos del Principio de Interés superior del niño establecidos en la jurisprudencia nacional..... | 341 |
| CONCLUSIONES GENERALES | 345 |

| | |
|--|------------|
| a).- Tratados Internacionales de derechos humanos en el derecho interno chileno y la aplicación de los principios analizados ... | 348 |
| b).- Confusión teórico-conceptual | 348 |
| c).- Desacertado tratamiento legal y judicial de la temática | 349 |
| d).- Ausencia de comprensión en cuanto a la importancia de las decisiones adoptadas | 349 |
| e).- Ausencia de seguimiento en las medidas que se adoptan en razón de la aplicación del principio del interés superior | 349 |
| f).- Falta de procedimiento en la aplicación del derecho a ser oído | 350 |
| g).- Erróneo enfoque en las políticas públicas asociadas a los principios | 351 |
| BIBLIOGRAFÍA CITADA | 353 |
| ÍNDICE LEGISLATIVO | 372 |
| I. Ministerio de Justicia | 372 |
| II. Ministerio de Relaciones Exteriores..... | 376 |
| III. Ministerio del Interior y Seguridad Pública..... | 377 |
| IV. Ministerio de Planificación y Cooperación..... | 378 |
| V. Ministerio del Trabajo y Previsión Social..... | 378 |
| VI. Ministerio de Hacienda..... | 379 |
| VII. Ministerio de Educación..... | 379 |
| VIII. Superintendencia de Educación..... | 380 |
| IX. Ministerio Secretaría General de Gobierno..... | 380 |
| X. Ministerio Secretaria General de la Presidencia..... | 380 |
| SENTENCIAS ANALIZADAS | 381 |
| Excelentísima Corte Suprema de Chile | 381 |
| Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Chile | 382 |
| Tribunal de Primera Instancia..... | 384 |
| Corte Interamericana de Derechos Humanos..... | 384 |
| Tribunal Constitucional Español | 384 |
| Tribunal Europeo de Derechos Humanos | 384 |
| Tribunal Supremo de España..... | 384 |

ABREVIATURAS UTILIZADAS

CA..... Corte de Apelaciones

CDN..... Convención sobre los Derechos del Niño

CONAME..... Consejo Nacional de Menores

CIDH..... Corte Interamericana de Derechos Humanos

CS..... Corte Suprema

CP..... Constitución Política

NNA..... Niños, Niñas y Adolescentes

OIT..... Organización Internacional del Trabajo

ONGs..... Organizaciones no gubernamentales

GAN..... Grupo de Apoyo Nacional a la Convención

SENAME..... Servicio Nacional de Menores

SITFA..... Sistema Informático Tribunal de Familia

TI..... Tratado Internacional

PNI.....Política Nacional de la Infancia

VIF.....Violencia Intrafamiliar

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

Se hace necesario profundizar las razones por las cuáles se requiere explorar, caracterizar y describir respecto a la aplicabilidad y eficacia de los principios rectores del Derecho de Familia, identificando por ellos al interés superior del niño, niña y adolescente, en adelante IS, y el derecho a ser oído, particularmente en sentencias dictadas por los Tribunales de Familia en Chile y los Tribunales de Justicia de manera general.

Ello, basado especialmente en razón de las características especiales de las personas que se ven envueltas en juicios sobre relaciones familiares, principalmente cuando son menores de edad, su entorno más inmediato, las particularidades geográficas, políticas y sociales que presenta el país en la actualidad y cómo éstos factores influyen o se relacionan con la temática planteada.

En cuanto a la geografía, la República de Chile se encuentra en el extremo sudoeste de América del sur, caracterizándose por ser un largo y angosto territorio. Sin embargo, una de las particularidades relevantes del país es que sea considerada una nación tricontinental, esto es, el hecho de ejercer soberanía en tres continentes, Americano, Antártico y Oceanía. Lo que ha representado desventajas y ventajas para el país.

Una de las grandes desventajas se refleja en que la amplitud latitudinal y longitudinal, hace dificultosa la conectividad y la comunicación al interior del territorio, lo cual es posible evidenciar en todo ámbito, político, administrativo, social, cultural y judicial. No quedando excluido de ello los criterios de uniformidad en la aplicación de la normativa vigente en materia de niñez y adolescencia de acuerdo a las características propias de cada zona del país, como se pretende demostrar.

Sin embargo, es evidente que una de las grandes ventajas de la Tricontinentalidad se refleja en la capacidad en cuanto a la capacidad de proyección comercial con los mercados del sudeste Asiático que ocasionó el ingreso de Chile al Foro de Cooperación Económica Asia - Pacífico (APEC)¹

¹ La APEC, Asia, Pacific, Economic Cooperation, en un mecanismo de cooperación Gubernamental que nace en el año 1989 y cuya gran finalidad es consolidar el crecimiento,

generando una importante relación comercial con las distintas naciones que conforman dicho foro económico.

Este hecho ha significado un pujante desarrollo comercial, convirtiéndose en un país atractivo para el asentamiento de familias transnacionales, provenientes de diversas nacionalidades, viéndose incrementado en los últimos treinta años el número de inmigrantes². Ello se refleja en un explosivo aumento en la natalidad de niños y niñas nacidos en Chile de padres extranjeros, los cuales mayoritariamente no mantienen su situación migratoria regularizada en el país o se encuentran en vías de regularizar, convirtiéndose en hijos de padres extranjeros transeúntes, con todas las implicancias sociales y jurídicas que ello conlleva.

De lo expuesto, nace una de las principales motivaciones de esta investigación, esto es, aproximarse a conocer la manera en que el ordenamiento jurídico chileno ha dado respuesta a esta nueva realidad nacional.

Una de las formas de abordar la temática es conocer si Chile ha adecuado su legislación doméstica con la finalidad de dar cumplimiento a los Tratados Internacionales suscritos en materia de infancia y adolescencia vigentes en el territorio nacional. Más aún, explorar si junto con adaptar la legislación, existen mecanismos jurídicos para dar cumplimiento a la normativa de fuente internacional y finalmente si éstos son efectivamente aplicados por los órganos correspondientes.

Este planteamiento, a su vez, presenta varias aristas, una de ellas es analizar si los Tribunales con competencia en cuestiones de Familia incorporan en sus sentencias los principios rectores del Derecho de Familia y de la Convención sobre los Derechos del Niño, revisándose especialmente el grado de aplicación y eficacia de tales principios en las decisiones judiciales.

las relaciones comerciales y las inversiones de los países del pacífico, actualmente cuenta con 21 economías miembros dentro de los cuales se encuentra Chile desde el año 1994.

² En Chile, en el año 1982 existían 83 mil migrantes, aumentándose en el año 2014 a los 411 mil migrantes, cifra que comprende la obtención de la permanencia definitiva y distintos tipos de permisos temporarios. Las cifras hablan de un país que ha visto un incremento importante de su componente migratorio, pasando del 0,7 al 2,3 en términos de porcentaje que significa la población migrante en el total poblacional. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 2016. Migración en Chile 2005-2014. Recuperado de <http://www.extranjeria.gob.cl> (Consultado el día 6 de julio del año 2016). Actualmente en el año, 2018 bajo la administración del segundo Gobierno de Sebastián Piñera se ha iniciado un plan que tiene por objeto regular y modernizar la normativa en materia de migración, ello debido a que el número de migrantes ha seguido en aumento lo que ha generado inconvenientes en los ámbitos judiciales, administrativos y sociales.

La ausencia de estudios de investigación en el desarrollo y análisis de esta línea de exploración en el país, hace que surja la necesidad de indagar sobre esta materia, atendida la importancia que tiene la protección efectiva de niños, niñas y adolescentes en la sociedad como la chilena.

Por otra parte, las diferencias en la interpretación y el riesgo de la indeterminación del concepto de interés superior, las diversas formas de entender y aplicar el derecho a ser oído ante la ausencia de un procedimiento regulado en la norma y, fundamentalmente el razonamiento necesario para dotar de contenido, sustento y aplicación los principios al caso concreto, desde lo meramente jurídico hacia lo sociológico hace de esta una temática muy atractiva de investigar.

En el desarrollo de esta investigación y sus conclusiones se buscará contribuir al debate sobre este tema, especialmente respecto a los ya referidos principios rectores del Derecho de Familia (Ley N° 19.968, 2004)³, la forma en que se han incorporado –o excluido- en decisiones judiciales de primera instancia y las opiniones, criterios y directrices que han adoptado las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones, en adelante CA, y especialmente la Excelentísima Corte Suprema, de Chile, en adelante CS, en cuanto a su interpretación; convirtiéndose en una obligación realizar un ejercicio de reflexión sobre las consecuencias del actuar de los Ministros y Jueces respecto a la infancia y adolescencia en general, lo que debe ser del interés de todos los integrantes de una sociedad en los tiempos actuales⁴.

Sin duda, los que mejor conocen, interpretan, manejan y aplican el idioma de las normas jurídicas, son justamente Ministros, Jueces, Abogados y funcionarios judiciales que han convertido del derecho en su profesión.

No deben ser solamente aquellos los interesados en los resultados judiciales, ya que es observable la ausencia de un verdadero seguimiento respecto de las decisiones tomadas en el campo de lo “normativo-práctico”, considerando relevante la realización de este ejercicio, particularmente

³ Ministerio de Justicia. (01 de octubre de 2005) Crea los Tribunales de Familia (Ley N°19.968 art. 16) Recuperado de: <https://leychile.N?i=229557&f=2015-02-06&p=> (Consultado el día 6 de junio del año 2016).

⁴ Por citar uno de los autores del lustro anterior, ver De Zan, J. en “La Ética, los Derechos y la Justicia”, Uruguay, Fundación Konrad-adenauer, 2004, págs. 100-200 en concreto pág. 170, manifiesta que:

“La reflexión sobre el sentido de la función del juez en la sociedad actual no es una cuestión que interesa solamente a los jueces y juristas sino a todos los miembros de esta sociedad, porque ella habrá de responder a la pregunta por el sentido de la justicia como institución fundamental del Estado de derecho democrático y de todas las instituciones de una República”.

cuando existen niños y niñas involucrados en procesos judiciales. Lo anterior es fundamental para situar la problemática planteada desde lo cotidiano y las consecuencias de cada una de las interpretaciones y decisiones judiciales en cada caso concreto.

Por lo anterior, y como una forma de aproximarse a dicho propósito, debe realizarse un acercamiento de cómo los operadores jurídicos interpretan la definición de niño, niña y adolescente o, más bien, que interpretación se dio en la ley, considerando cuales fueron los elementos de derecho material que estimó el legislador al incorporar dichas definiciones en la norma jurídica.

Este primer desafío invita a reflexionar sobre quiénes integran este segmento de personas compuesto por niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA, los que, por circunstancias directas e indirectas se ven envueltos en procesos judiciales, qué rol cumplen las relaciones de familia en su formación y cómo su entorno influye en su posterior desarrollo conductual, todo lo que contribuirá a un mayor entendimiento y acercamiento a lo que conlleva la correcta aplicación de los principios analizados. En este sentido cobra relevancia su entorno más cercano como es la familia y las relaciones que se generan en su interior⁵.

Es evidente que existe un mayor riesgo a enfrentar problemáticas judiciales en las familias desestructuradas o con dinámicas conflictuadas, no obstante ello no es un factor de riesgo exclusivo. No se puede obviar la existencia de factores en los niños que aumentan o minimizan el riesgo, en razón de ello es imperioso considerar el entorno ambiental que se encuentra fuera de los límites de la familia, por lo que es imprescindible conocer tales factores con que interactúan estos niños y niñas de manera cotidiana⁶. De esta forma existirá un real conocimiento del objeto de estudio y desde esa mirada se podrá construir una visión crítica, no sólo desde lo normativo, sino llegar además a una comprensión desde un análisis sociojurídico.

Para realizar una mirada en lo social, debemos desarrollar previamente un estudio a lo normativo, meditando como los principios del Derecho de

⁵ Por ello cobra relevancia indagar no solo en las relaciones que genera el niño en su medio, sino las que se producen al interior de su familia, entre padre, madre, hermanos y los eventuales conflictos que se producen entre ellos. Véase Rudolph, en "Desarrollo Social", México, Siglo XXI, 2000, pág 20-50. El autor pone énfasis en las relaciones de familia como una forma comprender el actuar de niños y niñas desde su ambiente más inmediato para comprender su actuar externo a él.

⁶ Ver Hernández, M. Coord. Vicente, T & Hernández, M. en "El riesgo social de la infancia. Los derechos de los niños. Responsabilidad de todos", España, Servicio de publicaciones, Universidad de Murcia, 2007, pág. 150-250.

Familia se encuentran incorporados en decisiones judiciales, el grado de eficiencia y eficacia en su aplicación cada vez que se consideran en una sentencia judicial y poder observar de esta forma como tal decisión afecta de manera directa o indirecta a un niño, niña o adolescente en lo jurídico y social.

Entendiendo lo ambicioso del ejercicio anterior, no es suficiente plantearlo solo desde una perspectiva meramente conceptual, ni abocarse exclusivamente al recurso de las normas jurídicas, doctrina o jurisprudencia existente sobre la materia, ya que no se estaría abordando la verdadera esencia del objeto de estudio, por lo que es necesario situarse a un nivel de pragmatismo que lo sitúe en la realidad, por lo que es ineludible integrar otras disciplinas que contribuyan a comprender el objeto de estudio y formular objetivos específicos que colaboren a contestar las interrogantes que se pretenden responder.

A este respecto, surgen primeramente el análisis jurídico que permita describir el estado del ordenamiento normativo en materia de familia, que consientan en indagar respecto a la evolución que ha experimentado la legislación en Chile, desde el Derecho de Menores hasta el Derecho de Familia, desde la utilización del vocablo menor al de niño, niña y adolescente, conociendo los Tratados Internacionales suscritos por el país en esta materia y el grado de coherencia y compromiso en su aplicación por los Tribunales de Justicia.

Para esto se debe identificar objetivos de relevancia desde la perspectiva sociojurídico a fin de reflexionar sobre los comportamientos relacionales y conductuales, explorando si influyen en el actuar considerados de relevancia jurídica y en el proceder legal de niños, niñas y adolescentes, a fin de averiguar la existencia de conductas transversales de los menores de edad judicializados y cómo predominan en su actuar.

En este escenario, se hace necesario identificar situaciones conflictivas que lleven a NNA a comportamientos que impliquen peligro y que pudieran llegar a tener algún tipo de consecuencias jurídicas como la ruptura o separación de su entorno natural, lo cual en más de una ocasión se transforma en desamparo y desprotección. Ello, a fin de resaltar la importancia en la intervención preventiva en situaciones que impliquen peligro y/o riesgo y evitar consecuencias negativas⁷.

⁷ Compartiendo esta mirada, se resalta lo señalado por Florenzano, R & Valdéz, en “El adolescente y sus conductas de riesgo” Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2005, pág.100:

Así, una de las tareas fundamentales consiste en, acercarse a conocer la existencia de políticas públicas en Chile, orientadas a la detección temprana de prevención respecto a factores de riesgos a que se encuentran expuestos la infancia y adolescencia de manera cotidiana, concordando que ésta es la línea de acción adecuada en la protección de niños y niñas, a fin de evitar su judicialización. Esto en contraposición a asumir las consecuencias una vez consumado el riesgo, lo cual trae aparejado un costo económico mayor en lo familiar, social, jurídico y principalmente en el bienestar del NNA.

Finalmente, surgen objetivos destinados a explorar en torno al grado de aplicabilidad y eficacia de los principios analizados en sentencias judiciales, realizando un análisis crítico en el empleo de la ley, considerando la forma de aplicación, que realiza especialmente la Excelentísima Corte Suprema, máximo Tribunal de Justicia en Chile.

La observación en la aplicabilidad y el grado de eficacia de las normas jurídicas a casos judicializados en que se ven vinculados niños, niñas, adolescentes y la identificación de elementos que permiten conocer la existencia de algún grado de sesgo y/o discrecionalidad contribuirá a describir eventuales falencias del sistema, convirtiéndose en una oportunidad para concurrir en la búsqueda de mejoras a las eventuales debilidades que se pudieran detectar.

En consecuencia, y considerando alcanzar tales objetivos, la investigación se estructuró en un apartado preliminar y cuatro capítulos que se afrontarán de la siguiente forma.

En el apartado preliminar, se pretende realizar apreciaciones y consideraciones generales que contribuyan a evidenciar la relevancia del presente estudio, contextualizar la narración y determinar procesos metodológicos los cuales serán matizados de tal forma que colaboren a examinar los elementos centrales de la investigación y las líneas de acción que se intenta abordar. Lo anterior con la finalidad de lograr seducir al

Compartiendo esta mirada, resulta interesante lo que resaltan algunos autores:

“...Con la finalidad de superar una actitud sólo preventiva, se ha prestado progresiva atención a los factores protectores de la salud de los adolescentes, desde este ángulo de promoción de la salud es donde surge el concepto de resciliencia como útil para explorar la posibilidad de proteger las conductas de riesgo y sus consecuencias. Agrega que la analogía con las vacunas resulta interesante; lo que se logra al inmunizar no es eliminar la exposición al agente patógeno, sino obtener una protección que hace improbable que el factor de riesgo provoque daños”.

lector a introducirse en la temática estudiada con un lenguaje sencillo y concreto que sea comprensible a todos los que se interesen en la materia.

El primero de los capítulos se procurará exponer enfoques teóricos que generen los espacios y faciliten la discusión, que favorezcan una aproximación de conceptos los que envuelvan la intencionalidad y mirada que se quiere otorgar en el presente estudio, permitiendo mayor comprensión y entendimiento del objeto a lo largo de la investigación.

En el capítulo segundo, se buscará desarrollar un acercamiento al entorno y las conductas relacionales que influyen en el actuar de relevancia jurídica, de niños, niñas y adolescentes en Chile, a fin de identificar elementos comunes que contribuyan a prevenir tales conductas, como los factores de riesgo y potenciar otras que fortalezcan su mejor interés, como los factores de protección.

Consecuente con lo anterior, en el capítulo tercero, se procurará desarrollar un análisis en la evolución de la normativa chilena en materia de infancia y adolescencia observándola desde la vereda crítica de la misma, detectando eventuales falencias y debilidades en su pretensión de otorgar una efectiva protección y defensa a la infancia y adolescencia en Chile.

Se aspira a profundizar especialmente en aquella normativa que pretende resguardar los principios analizados, para luego dar paso a conocer los Instrumentos Internacionales referentes a la materia y la adecuación del sistema normativo doméstico chileno en el cumplimiento de estas normas de superior jerarquía y fuente internacional en cuanto a la obligatoriedad, respecto a dichos instrumentos y el seguimiento en cuanto a su cumplimiento.

Estos capítulos sientan las bases para que, finalmente en el capítulo cuarto, exista un acercamiento a conocer el grado de aplicabilidad y eficacia del principio del interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a ser oído en sentencias dictadas por los Tribunales chilenos, permitiendo realizar una recogida de datos que contribuyan a triangular información, permitiendo la elaboración de las conclusiones finales.

La forma de enfrentar el análisis respecto a la temática planteada, no puede sino delinear propuestas que confirmen o desvirtúen las tendencias y criterios que irán surgiendo, por lo que la investigación representa el comienzo de un debate que será tramado, por todo aquel que sienta que la materia simboliza un interés esencial en lo personal y profesional, y ser un agente de cambio en lo social y lo jurídico.

La estructura anterior, establece la forma de iniciar la exploración de lo analizado, lo que pretende otorgar una aproximación en cuanto a la aplicabilidad y eficacia de los principios del interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a ser oído en los fallos dictados por los Ministros y Jueces competentes en la materia.

0.1 Apreciaciones Preliminares

A través de la investigación se aspira abordar la forma respecto, cómo el interés superior y el derecho a ser oído, se aplican rutinariamente en los Tribunales de Justicia en Chile.

Los objetivos propuestos revisten características complejas debido a su directa relación con la observación del entorno judicial desde una mirada crítica, lo que como consecuencia de aquel ejercicio, conllevará a realizar un análisis del sistema normativo chileno en general.

Lo anterior, ineludiblemente implica de manera preliminar la tarea de aproximarse a definir o reconceptualizar conceptos referentes, no sólo al objeto de estudio, sino al derecho en general y particularmente en lo concerniente al Derecho de Familia, resultando un debate que, en muchas ocasiones, posiciona al observador en una instancia que lo lleva necesariamente a emitir juicios críticos, propuestas y aportes al mismo.

Realizar una exploración respecto al contexto sociojurídico de los menores de edad, judicializados en Chile, desde la perspectiva de los dos principios en estudio está cubierto de simbolismos, sin duda prejuicios y al mismo tiempo de una gran responsabilidad social y jurídica.

Es imperativo requerir del ordenamiento jurídico de un Estado, que se considera un Estado de Derecho como el chileno, la capacidad de cumplir con un reconocimiento de validez y coherencia entre sus normas orientadas a satisfacer objetivos de seguridad jurídica y protección, fundamentalmente centrado en los más débiles, lo cual es considerado actualmente como categórico.

En tal escenario, no se debe obviar la constante evolución que experimenta la sociedad, lo que hace necesario una identificación de factores sociales presentes en la infancia y adolescencia que influyen en su actuar, desde allí nacen esfuerzos de los Estados orientados a la protección de los grupos vulnerables, más aún, cuando lo que representa la infancia como actor social ha sido invisibilizado por décadas, considerando necesario resignificar la infancia y adolescencia frente a la familia, el Estado y la Sociedad⁸.

⁸ Siguiendo esta tendencia, ya en el año 2006 la Unicef en su informe, “Estado Mundial de la Infancia. Excluidos e Invisibles” 2006, pág. 6, Recuperado de: www.unicef.org/spanish/sowc06/pdfs/sowc06/pdfs/sowc06_fullreport_sp.pdf. (Consultado el día 27 de agosto del año 2016, aseveraba que “Muchos de los niños y niñas son víctimas de una falta de protección que aumenta su riesgo a la exclusión y los hacen, realmente, invisibles”. En este mismo orden de ideas, Alzate, M, en “La Infancia: Concepciones y perspectivas” Colombia Pereira, Risaralda, Papiro, 2003, pág 227 expresa que:

La dirección que se pretende explorar es conocer si NNA, son situados en el centro de las atenciones, otorgándole el protagonismo propio por ser inherente a su condición de personas y de niños, lo que actualmente y de manera incipiente se ha tomado conciencia, comenzando a realizar Chile esfuerzos en ese sentido.

En este contexto, la sociedad del conocimiento, como es caracterizada la sociedad actual, las futuras generaciones representan la perseverante búsqueda del poder en el conocimiento y la utilización de la tecnología con afán liberador y reivindicador⁹.

Se debe significar la necesidad de otorgar el lugar que le corresponde a la infancia y adolescencia en una sociedad, especialmente en la actual, donde niños y niñas se encuentran en una posición de privilegio respecto a los adultos en todos los adelantos tecnológicos que generan conocimiento y que responden a una necesidad evidente de alzar sus voces y concretar su participación de manera activa.

A partir de los años 90, con la vuelta a la democracia en Chile, fue posible observar una orientación constante de los gobiernos de la concertación en la implementación y ejecución de políticas públicas como una de las vías de desarrollo, en beneficio de la mayoría y, especialmente, de la niñez e infancia, esforzándose no sólo en la satisfacción de carencias denominadas básicas, sino centrándose en complacer necesidades de manera íntegra¹⁰.

“...Si bien el viraje hacia una concepción más justa, humanizadora e integral de los niños y jóvenes vulnerables en nuestras sociedades latinoamericanas constituye aún un largo camino por recorrer, es posible percibir una mayor conciencia acerca de la necesidad de visualizarlos como una gran posibilidad que debemos estimular y desarrollar y en quienes reside nuestra esperanza, en lugar de excluirlos y marginarlos como amenazas al orden público o niños de segunda clase”.

De allí nace una de las grandes motivaciones de la presente investigación, el contribuir a visibilizar el lugar que tienen y deben tener los NNA en la sociedad chilena. Como lo ejemplifica Lipovetsky G, en “El crepúsculo del deber”, Barcelona, España Anagrama, 2000, concretamente en la pág. 19 “No tiremos el niño con el agua del baño” como una forma de observar lo relevante que son los NNA en cualquier sociedad, lo cual en muchas ocasiones no es percibido de esa manera.

⁹ Así refiere el último informe de la Unicef, Estado Mundial de la Infancia, “Niños en un mundo digital”, correspondiente al año 2017, en concreto pág. 22, establece que: “Esta generación de jóvenes creció en la era del activismo digital activo y el activismo digital pasivo. Los niños y adolescentes están utilizando las redes sociales y la tecnología digital para amplificar sus voces y buscar soluciones a los problemas que afectan a las comunidades”.

¹⁰ Es la posición de Beck, U en la “La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad” Barcelona España Paidós, 2002, pág. 100-250, quien manifiesta que se debe responder a

Así, encontramos que en el programa del segundo gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018¹¹, se establece que se volverá a situar en el centro de las políticas públicas a la infancia, razón de ello, es que se encuentran en ejecución acciones tendientes a que niños y jóvenes gocen de una protección integral y el reconocimiento pleno de los derechos de la infancia y adolescencia en el país, el tema de discusión es si efectivamente tal intencionalidad es cumplida por los actores encargados de su ejecución donde los Jueces tienen una función primordial y central.

A este respecto, se encuentra en proceso de implementación, una Política Nacional de Niñez y Adolescencia de manera integral¹², lo que da cuenta de la preocupación del Estado por la materia, lo que involucra el cumplimiento de los Tratados Internacionales ratificados por Chile, esperando que en el actual gobierno de Sebastián Piñera se concrete lo declarado¹³.

una demanda de la sociedad actual cada vez más sensible a los riesgos que experimentan los NNA, tanto en lo individual como en lo global, queriendo significar la relevancia de satisfacer todas sus necesidades, no sólo desde lo fisiológico y lo social sino incluyendo lo jurídicosocial, todo ello contribuirá a su bienestar presente y futuro. O como lo planteaba Maslow, A, hace más de dos lustros en “Motivación y personalidad”, Madrid, España, Lavel S.A 1991, pág. 120-200, observando que ya en esa época no es suficiente la complacencia y el bienestar de necesidades fisiológicas, sino hay una exigencia colectiva a la satisfacción de seguridad, caracterizada por la presencia de una estructura social, de un orden y seguridad jurídica, proporcionando una sensación de estabilidad y protección a todo individuo que conforma una comunidad, incluyendo a quienes se encuentran en desarrollo.

¹¹ Gobierno de Chile (2013). Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018. Recuperado de: <http://www.gob.cl/programa-de-gobierno/> (consultado: martes 5 de julio del año 2016).

¹² Mediante mensaje presidencial 994-363 en el año 2014 se presenta proyecto de ley al Congreso Nacional de Chile que crea la Subsecretaría de la niñez con la misión de asesorar al presidente de la República, en la identificación y formulación de políticas, planes, programas, medidas y demás actividades, relativas a garantizar, promover y proteger el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. La implementación del sistema integral de garantías de derechos, basada en un nuevo trato con la niñez contempla el periodo comprendido entre el año 2015 -2025. Dentro de los proyectos de ley más significativos que el poder Ejecutivo a presentado al Congreso Nacional, destacan: Proyecto de ley de Garantías de derechos de la niñez. Proyecto de ley que crea la figura del Defensor de la niñez y adolescencia. Reforma a la Ley de Tribunales de Familia N° 19.968. Reforma a la Ley N° 20032.

Recuperado de: www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/POLITICA-21-3-2016-wep.pdf (Consultado el día jueves 4 de agosto del año 2016).

¹³ Sin embargo, al respecto existen voces disidentes que plantean dudas respecto a la verdadera voluntad del Estado a obligarse en promover, proteger y garantizar todos los derechos de los NNA. Un ejemplo de esto se grafica en lo que establecen D la Maza, C y González, F, en su artículo denominado “Institucionalidad de la Infancia en Chile. Una deuda impaga” Anuario de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2017, pág. 2-21, al indicar que las iniciativas normativas “No crean un dispositivo territorial ni mencionan que órgano del Ministerio de Desarrollo Social tiene a su cargo la ejecución de los derechos y garantías dispuestos en la ley. Asimismo es preocupante la reiteración en el proyecto, respecto a que cada una de las obligaciones que le corresponde al Estado esta sujeta a la disponibilidad presupuestaria. Esta limitación claramente se aleja a lo dispuesto en el artículo N°4 de la CDN, más bien de todos los Tratados Internacionales que han sido

En razón de lo anterior, es necesario diagnosticar efectivamente el avance de la protección y resguardo en materia de infancia y adolescencia que se otorga desde la sociedad, el Estado y la propia familia, actores relevantes en la tutela de sus derechos¹⁴, es justamente, desde esa mirada crítica que radica otra de las razones fundamentales del presente estudio.

Por los fundamentos precedentes es necesario centrar los esfuerzos en la sociedad que se conforma y dispone para una época posterior. Todo lo que se crea, prepara y construye desde la individualidad o colectivamente, se debe realizar desde los cimientos, desde las bases y es precisamente lo que debe representar la infancia en la sociedad, lo cual se transforma en un desafío de todos los actores sociales¹⁵¹⁶. Cabe preguntarse si niños y niñas son simples

ratificados por Chile. De allí cobra relevancia el monitorear el estado de avance de las políticas públicas en el país.

¹⁴ En este sentido, resulta relevante el diagnóstico en razón de los niveles de protección que es otorgado por la sociedad y el Estado y desde allí generar las acciones que le permita a los NNA ser un miembro integral de las futuras sociedades. Destaca en esta línea de pensamiento, innovador para su época, Verdugo, M en “La Convención sobre los derechos del niño. Hacia el siglo XXI”, Salamanca, España, Universidad de Salamanca 1996, en concreto pág. 24 al observar que:

“El Estado y la misma sociedad son los encargados de tutelar los derechos de los niños junto a las propias familias. Se deben ofrecer las mismas condiciones para un desarrollo y maduración como persona que permita al niño llegar a ser miembro activo de la comunidad en que vive”.

¹⁵ En este sentido, seguimos lo expresado por Carli, S, en su artículo denominado “La Infancia como construcción social” 2016, en concreto pág. 6. Recuperado de: blogs.unlp.edu.ar/pec/files/2016/04/Carli-La-infancia-como-construcción-social.pdf (Consultado el día 04 de mayo del año 2017) al manifestar que:

“Un imaginario del cambio cultural y social que favoreció la significación de la infancia a partir de la concepción de la niñez como germen de la sociedad política y civil del futuro, y de su escolarización como garantía de un horizonte de cambio social y de progreso”.

¹⁶ Si se pretende la conformación de una sociedad inclusiva y democrática, la mejora constante y determinación de espacios de real participación y protección de las futuras generaciones aparece como uno de los desafíos más inmediatos. La concreción del debido respeto y ejercicio de los derechos debe ser entendido como un avance significativo en el entendimiento que niños, niñas y adolescentes junto a los adultos son partícipes en la toma de decisiones que le afecten de manera individual y en la vida en comunidad. Ver Hart, A en “La Participación de los Niños: De la participación simbólica a la Participación auténtica”, Florencia, Italia, *Innocenti Ensayo* no. 4, Centro de Desarrollo Infantil Internacional, 1993, pág. 183-240. Por citar otro autor en esta misma línea como es Liebel, M, en “Infancia y trabajo”, Berlín, Alemania, Ifejant, 2003, en concreto pág. 22 señala que:

“No se debe entender a la infancia como una esfera especial en la que se trata de proteger y apoyar a seres indefensos cuyo desarrollo acaba de comenzar, sino como una esfera en la que niños y niñas son considerados seres en igualdad de derechos, que tienen tanto el derecho como la capacidad de ser fomentados, de opinar y de participar en la toma de decisiones que afectan a su futuro”.

destinatarios de políticas de protección o considerados como participantes activos en la conformación de nuestra sociedad¹⁷.

En muchas oportunidades, no se logra tomar conciencia de la importancia que tiene la formación, protección y sobre todo otorgar una real participación de las personas que se encuentran en desarrollo. El abandonar un mundo de niños para formar parte de un mundo de adultos, concebido y reservado por éstos, debe ser un transitar armónico, pero sobre todo con el convencimiento que, en su niñez fueron escuchados y a su vez participes de su propio destino, es decir considerados sujetos de derechos.

De igual manera, dar cuenta de la aplicabilidad de los principios rectores, sus construcciones socio-culturales, consecuencias y eficacia, será fundamental para aproximarnos a conocer cómo la infancia se encuentra sometida a la normativa estatal y su reacción frente a la misma.

Se busca en esta investigación identificar la incorporación en la legislación positiva de los principios en comento, el significado que le es otorgado por los Tribunales de Justicia y lo menos explorado pero por ello no menos relevante el razonamiento jurídico del sentenciador para determinar el mejor interés de NNA.

En este sentido, si bien se estima que el derecho refleja los intereses de una sociedad en un tiempo determinado, debe además revelar las demandas sociales por protección jurídica y exigir mecanismos referidos a la aplicación de recursos considerados más adecuados para generar tal protección¹⁸, siendo justamente lo que se pretende explorar en el presente estudio.

Con dicha finalidad se intenta desarrollar un análisis reflexivo, estimando insuficiente fundamentarlo exclusivamente en la norma positiva. Es necesario la incorporación de vivencias, experiencias y prácticas, involucrando el reconocimiento de lenguajes y simbolismos que ordenan,

¹⁷ Una visión histórica a este respecto lo entrega Corvera, N, en su artículo denominado "Participación ciudadana de los niños como sujetos de derecho", Santiago de Chile, Persona y sociedad, de la Universidad Alberto Hurtado, Vol. XXV N°2, 2011, en concreto pág.74 al aseverar que:

"Si se realiza una evaluación histórica del tratamiento que la sociedad ha dado a la infancia, es posible advertir que desde las políticas públicas e iniciativas de caridad han sido tratados como sujetos de protección, concibiendo la sociedad solo dos tipos de niños: los que están en peligro y los peligrosos, considerando la mirada de la modernidad hacia ellos como sujetos, o bien de protección o bien de corrección".

¹⁸ "El mejor derecho debe ser el que garantice el máximo de los intereses". Ver Luhman, N, en "El derecho de la sociedad", México, Universidad Iberoamericana, 2005, en concreto pág.456.

estructuran y legitiman conceptos fundamentales en la materia. En general, todo lo que alcanza lo metajurídico y que posee una alta significación en la vida de las personas, características todas que se encuentran presentes en el Derecho de Familia.

Por otra parte, es una exigencia comenzar el análisis desde el entorno más cercano donde interactúan los niños y niñas, surgiendo de manera espontánea la relaciones de familia¹⁹.

Las ideas expuestas provocan que el estudio no solo tenga las aristas consideradas de manera previa, sino otras que serán descubiertas, exploradas y tratadas a medida que se realice el avance en la investigación las que al ser desarrolladas se pretenden transformar en un aporte en la materia, produciendo con ello una dinámica y una línea de desarrollo del objeto de estudio que solo se vislumbra en su inicio, pero no en su fin, lo cual la hace más interesante aún.

0.1.1 Objetivo general

La presente investigación tiene por objeto aproximarse al ámbito sociojurídico referente al principio del interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a ser oído ante los órganos jurisdiccionales, aproximándose a conocer el grado de aplicabilidad y eficacia de estos principios y la manera en que son integrados en las sentencias judiciales dictadas por los Tribunales de Justicia en Chile.

¹⁹ La infancia desde muy corta edad participa como agente activo, debiendo considerarse la interrelación que se produce con más de un ambiente, familia, escuela y la relación con la sociedad en su conjunto; cómo estos entornos influyen uno respecto al otro en cuanto moldean su conducta posterior y la significancia de ello en la adultez. Ver Bronfenbrenner, U. en “La Ecología del Desarrollo Humano”, Barcelona, España, Paidós, 1987, pág. 100 - 300. Urie, Bronfenbrenner, desarrolla la teoría de la ecología del desarrollo humano, en donde se establece una nueva concepción en cuanto a la persona en desarrollo, cómo se interrelaciona con el ambiente y cómo influyen uno respecto del otro. Su investigación se basa en los primeros años de vida de niños y niñas incorporando conceptos como microsistema, mesosistema, ecosistema y macrosistema. Lo innovador del citado autor es que es uno de los primeros en explicar la conducta de un individuo de acuerdo al ambiente ecológico en que se desarrolla. Basada en su teoría explicaría la conducta de los niños, niñas y adolescentes judicializados de acuerdo al ambiente en que se desarrollaron y cómo éste influiría en su comportamiento futuro.

0.1.2 Objetivos específicos

- **Objetivos de relevancia jurídica orientados al análisis crítico de la normativa jurídica chilena en materia de infancia y adolescencia.**

Análisis de la evolución histórica referente a la normativa desde la Legislación de Menores al Derecho de Familia.

Identificar la normativa para el resguardo del interés superior del niño, niña y adolescente en los Tribunales de Familia.

Identificar la normativa para el resguardo del derecho a ser oído en los niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia.

Análisis de Instrumentos Internacionales vigentes en Chile referentes a materias de infancia y adolescencia.

Explorar las políticas públicas existentes en Chile referente a la infancia y adolescencia.

- **Objetivos de relevancia desde la perspectiva sociojurídico a fin de evaluar el entorno y los comportamientos relacionales y conductuales que influyen en el proceder legal de los niños, niñas y adolescentes.**

Identificar los factores de riesgo de los sujetos de análisis.

Caracterizar los operadores del sistema jurídico a cargo de diagnosticar los factores de riesgo de los niños, niñas y adolescentes.

Explorar las variables de contexto; los recursos disponibles, las condiciones socioculturales de los usuarios del sistema judicial y como estos influyen en los niños, niñas y adolescentes.

Describir las características sociofamiliar de los usuarios a los que se le aplica el principio en estudio.

- **Objetivos de relevancia en cuanto a determinar el grado de aplicabilidad y eficacia del principio del interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a ser oído en la Región de Tarapacá- Primera Región de Chile.**

Análisis del grado de aplicabilidad y eficacia de los principios en estudio bajo la perspectiva del sistema judicial, desde la opinión de los niños, niñas y adolescentes y un adulto responsable.

Análisis crítico de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia desde la perspectiva del empleo y eficacia de los principios investigados.

0.1.3 Justificación del tema de la Investigación

La constante transformación que ha experimentado la sociedad ha traído aparejado el surgimiento de niveles de análisis en problemáticas sociales y jurídicas que antes no se hacían necesarias o no se consideraban en una doble lectura, ya que por décadas eran estimadas realidades inalterables y sin discusión.

Desde allí nace un nuevo fundamento de la investigación, basado en la responsabilidad social que convoca a reflexionar sobre la idea de sociedad que se ha construido y la que se quiere en el futuro, donde la infancia y adolescencia deberán cumplir un rol fundamental²⁰.

Lo anterior nos obliga a pensar y colaborar en la búsqueda de soluciones a contingencias actuales, más aún, cuando somos espectadores de una comunidad que se ve expuesta, cotidianamente, a situaciones que en muchas ocasiones, amenazan o vulneran derechos humanos garantizados constitucionalmente.

²⁰ Es un imperativo formar parte en la conformación de una sociedad ideal basada en la libertad y en la búsqueda de la felicidad como expresión de la voluntad general, guiados en ocasiones y de manera regulada por el poder Estatal “ya sea como una comunidad de individuos libres o una comunidad libre de individuos asociados” Ver Bobbio, N, en “Igualdad y libertad”, Barcelona, España, Paidós, 1993, en concreto pág. 126. En la misma tendencia, igualmente Bobbio, quien resalta a Kant, manifestando que se debe evitar la polarización de las clases sociales y centrarnos en la búsqueda de instrumentos cuya finalidad este orientada a entregar seguridad social y la búsqueda constante de la felicidad “El género humano se encuentra en constante progreso hacia lo mejor.” Ver en “De la razón del Estado al Gobierno democrático”, México, Instituto electoral y de participación ciudadana, 2014, en concreto pág. 511.

Al respecto, se aprecia que el resguardo de un gran número de derechos establecidos en las últimas décadas están orientados justamente a la protección de los grupos que requieren un reconocimiento especial en cuanto a su protección, menores de edad, mujeres y el adulto mayor se han ido incorporando a un examen jurídico actual, lo cual no significa necesariamente un reconocimiento efectivo de sus derechos.

En los tiempos actuales, conjuntamente a factores sociales, son considerados aquellos factores ambientales, que den cuenta del grado de desarrollo de una sociedad y de la calidad de vida de las personas. Surgiendo un nuevo concepto, el de desarrollo sostenible que se basa, justamente, en un desarrollo ambiental y social.

El explorar si efectivamente en la sociedad chilena tales factores son considerados como signo de desarrollo y que tributen a otorgar una protección especial a grupos conformados especialmente por NNA, mujeres y adulto mayor surge de manera espontánea como una necesidad²¹.

Reflexionar sobre el cumplimiento con dichos compromisos contribuyen a conocer el grado de bienestar social, entendido como valor y la vía para garantizar los derechos humanos, de esta forma fue consensuado en la Declaración denominada del Milenio ²² .

No obstante, no se puede ocupar de la responsabilidad social sin atender a la responsabilidad individual, fundamentalmente como integrantes de la unidad más básica e importante de todos los tiempos como es la familia; esto tiene sustento por la protección constante y trascendente que se ha intentado otorgar a todos los miembros que la componen entendiendo que

²¹ Así lo han considerado algunos autores al señalar que son las personas y el medio ambiente los factores reales que demuestra el desarrollo y salud de una sociedad. Ver Vicente & Navalón, G en “La protección de la infancia y los derechos de los niños y niñas” Murcia, España, Universidad de Murcia, 2014, pág. 210-250.

²² En la Declaración del Milenio se proclama que, “Resulta imperioso reconocer la responsabilidad que todos tenemos respecto de nuestras sociedades, nos incumbe la responsabilidad colectiva de respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial”. Ver en A/RES/55/2 Declaración del Milenio, 2000. Recuperado de: www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf (Consultado el día 17 de noviembre del año 2016). Como una visión comparativa y considerando el bienestar de todo integrante de una sociedad, Max-Neef, M,A en su obra “Desarrollo a escala humana” Barcelona, España: Norman-Comunidad, 1998, en concreto pág. 87 resaltaba que:

“Una sociedad sana debe plantearse como objetivo ineludible, el desarrollo conjunto de todas las personas y de toda persona”.

Debemos ser capaces de formar una “buena sociedad” que es aquella que entrega las posibilidades a sus miembros de alcanzar la autorrealización y la satisfacción de todas sus necesidades. Ver Maslow, Abraham, (b) “Motivación y personalidad”, Madrid, España, 1991. Pág 50-60

al conceder debida protección a la familia de igual forma se entrega dicha protección a los niños y niñas que la componen.

En el desarrollo de este trabajo exploratorio, se pretende analizar el pilar y sostén de toda sociedad, reflejado en aquella familia que se autodenomine actual, civilizada y democrática. Actual, al haber alcanzado un nivel de organización que le otorgue estabilidad a todos sus miembros para seguir desarrollándose plenamente, civilizada, al existir un ordenamiento jurídico que garantice el bien común o el “buen vivir”, como lo denominaba Aristóteles; democrática, en cuanto a asegurar la participación responsable de la totalidad de sus componentes en condiciones de igualdad en la toma de decisiones, incluyendo a los niños como actores sociales activos cumpliendo la responsabilidad sobre el bienestar global de sus integrantes.

Un elemento transversal para lograr que los miembros de una sociedad se sientan satisfechos en sus necesidades, autorrealizados y plenos es, sin duda, que el ordenamiento jurídico deba ser considerado más que un conjunto de normas o principios como el instrumento capaz de otorgar seguridad jurídica a los que más lo requieren y cuando lo requieran.

La sociedad con toda su institucionalidad debe ser titular de una posición de garante frente a los grupos más vulnerables. En este escenario, emana de manera inequívoca la figura de los niños, niñas y adolescentes como objeto de entendimiento constante y debida protección, surgiendo la exigencia de observar a estos niños y niñas que conformarán la sociedad del mañana lo cual, debe considerar una participación activa de los mismos²³.

Sin duda, la infancia de nuestros tiempos ha experimentado una incesante evolución producto de transformaciones y cambios naturales que ha debido soportar la familia en la sociedad, se ha ido transformando en el marco social por donde transitan, en razón de ello, es necesario indagar si el ordenamiento jurídico recoge y se adecua a tales transformaciones en aras de una protección efectiva.

Para abordar lo anterior, es necesario comprender la labor que el Estado ejerce como órgano ejecutor, debiendo conocer el lugar que a la infancia se le asigna en la comunidad. La posición que le es otorgada en una

²³ Como lo declara la sesión especial de la Asamblea General de la Naciones Unidas a favor de la Infancia, “Cambiar el mundo para los niños exige cambiar el mundo con los niños”, 2002, en concreto pág. 1. Recuperado de: <http://www.unicef.org/spanish/specialsession/> (Consultado el día 2 de julio del año 2016).

sociedad moderna debe ser el reflejo de la legislación respecto de ella, lo cual sin duda representa un camino que no se encuentra exento de dificultades.

Como una forma de visibilizar lo anterior los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre ellos Chile, reafirman a través de la Asamblea General de Naciones Unidas su compromiso para brindar un futuro mejor a todos los niños, declarando cambiar el mundo en favor de estos.²⁴, el asunto es si cada Estado, especialmente Chile, se encuentra preparado para realizar efectivamente tales cambios.

La temática en estudio es fundamental en toda aplicación e interpretación de un ordenamiento jurídico que se pretende racional, coherente y garantista; sin embargo, en ciertas ocasiones, el asunto pareciera acabado y agotado en sí mismo; pero los límites tienden a desaparecer al abordarlo desde una mirada más pragmática y no quedar en el intento de dar coherencia y aplicabilidad basado solo en la norma jurídica, lo cual, al parecer, es insuficiente.

Así, se hace exigible y trascendente explorar la relación que existe entre infancia y ordenamiento jurídico, o más bien entre ordenamiento jurídico e infancia, en razón de la aplicabilidad y eficacia de los principios en estudio, apareciendo como nexo causal en esta relación, Ministros y Jueces quienes son los encargados de su incorporación en sentencias judiciales, máxima expresión de la justicia aplicada al caso concreto. En este sentido, la interpretación que se realiza de las normas y del ordenamiento jurídico en general deben responder a los intereses y valores de la sociedad para luego ser aplicados de la manera más favorable a los menores de edad.

Por ello, se hace indispensable conocer cómo los sentenciadores razonan para tal aplicación, lo que es trascendente en el análisis que se intenta comenzar, es por ello que debe existir una aproximación en cada una de las aristas de la aplicación de los principios y del ordenamiento jurídico y desde allí generar críticas respecto al cumplimiento de acuerdo a lo esperado o esperable²⁵.

²⁴ A/RES/S-27/2 “Un Mundo apropiado para los niños”. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de mayo del 2002).

²⁵ Ello, puesto de manifiesto, entre otros, por Riveros, F, en “El interés del menor”. 2ª ed. Madrid, España, Dykinson, 2007, en concreto pág. 54, al resaltar que:

“Porque me fio de leyes malas (sin dejar de lamentarlas) interpretadas y aplicadas por juristas, jueces, sobre todo buenos (en sentido amplio), que de leyes buenas en malas manos”.

La materia en análisis comenzó a cobrar relevancia en Chile con la entrada en vigencia de la reforma del Derecho de Familia a propósito de la implementación de sus Tribunales que comienzan a funcionar en el año 2005 al ser publicada la Ley 19.968 como Ley de la República²⁶.

Constituye otro de los fundamentos de la investigación, indagar el grado de eficacia en la aplicación de los principios, no solo desde la perspectiva de los nuevos Tribunales de Familia sino, además, por parte de la sociedad, Estado, sistema jurídico, al interior de la familia y las consecuencias positivas o negativas en los niños, niñas y adolescentes, orientados a explorar dimensiones que actualmente han sido poco examinadas.

Lo precedente se intensifica al percibir que en muchos casos los operadores jurídicos, en especial los Jueces de la República con competencias en materias de Familia, han ido incorporando en sus fallos tales principios como una forma de justificar, respaldar o legitimar toda decisión judicial que afecte directa o indirectamente a niños, niñas y adolescentes sin conciencia aparente de los resultados en su actuar y en la vida futura de los intervinientes.

De ahí que, resguardados por una eventual falta de concreción y conceptualización de los principios, facilita que en ocasiones, una decisión adoptada en beneficio de los menores genere resultados no esperados o contradictorios como la restricción o menoscabo de alguno de sus derechos garantizados constitucionalmente²⁷.

Esto como una forma de poner de manifiesto lo relevante que resulta el rol y la interpretación de los sentenciadores en la aplicación de la ley, lo que trae como consecuencia una decisión justa al caso en concreto.

²⁶ Ministerio de Justicia (01 de octubre de 2005) Crea los Tribunales de Familia (Ley N°19.968).

²⁷ Un ejemplo de ello, ya era desarrollado por la jurista Borrás, A, en “El Interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, Barcelona, España, Altés, 1993, pág. 270- 320 quien, manifiesta su preocupación al señalar que existen casos en que los mecanismos de protección son alterados como consecuencia de un atentado a situaciones legalmente constituidas, ejemplificándolo en los casos de sustracción internacional de menores. Esto favorecido por una serie de factores que la misma jurista señala cómo la disolución de la familia y del matrimonio, el avance de las comunicaciones, los conflictos de culturas y civilizaciones, el movimiento migratorio, la determinación de la competencia de los Tribunales en el orden Internacional, entre otros.

Son factores que pueden llegar a incidir en la estabilidad de los menores, sobre todo cuando son desplazados de un lugar a otro. Esto ayudado, porque sus progenitores residen en países distintos, donde uno de ellos ejerce el cuidado personal del menor y el otro progenitor ostentaría un régimen de relación directa y regular en su favor. En razón de esto último, y al ejercer el régimen comunicacional el niño es desplazado a otro país, sin que sea retornado al finalizar sus visitas.

En este caso, la aplicación del interés superior implica, según Borrás, un respeto a la situación establecida, es decir, aquella que proporcione mayor estabilidad al menor, por lo

Ello constituye un nuevo fundamento que sustenta la investigación, esto es realizar el ejercicio de conocer cómo las decisiones judiciales pueden afectar la vida de un niño o niña, cómo los jueces se comportan y cómo el ordenamiento jurídico chileno responde a ello.

Lo anterior cobra relevancia en la actualidad por el gran número de infantes y adolescentes que nacen y habitan en el país cuyos padres son inmigrantes, detentando la calidad de extranjeros transeúntes, y que en muchos casos se ven obligados a regresar a sus países de origen, disgregándose la familia, debiendo ser el Estado a través de leyes que regulen y tributen en políticas claras orientadas a la reunificación familiar en materia de inmigración, sobre todo cuando existen al interior de sus miembros menores de edad y de esta forma asegurar el reconocimiento, como consideración primordial, de la aplicación de su interés superior²⁸.

Estas y otras situaciones conflictuadas no se agotan en una determinación conceptual, lo que daría como resultado una primera aproximación a la problemática, la falta de análisis desde diferentes miradas hace que se tenga una cercanía a la temática sólo desde el constructo o la concepción del adulto y no desde la perspectiva de los niños, lo cual ha sido muy poco explorado o estimado en general.

Al respecto, es fundamental escucharlos en condiciones que aseguren su debida defensa, seguridad y protección, lo cual debe ser considerado siempre al adoptar la mejor decisión. Lo contrario los hace vulnerables frente a un aparataje social y jurídico en el cual existen definiciones de pautas, normas y conductas que se encuentran institucionalizadas y legitimadas en un mundo de adultos y para adultos.

que se debe procurar devolver al niño a su residencia habitual en el menor tiempo posible. La autora resalta en estos casos la unificación del derecho internacional privado como una forma de establecer leyes que alcancen al menor donde se encuentre sin límites de fronteras territoriales.

Esto cobra sentido al establecer el sentenciador un régimen comunicacional atendiendo al derecho del niño de mantener una relación directa y regular con aquel progenitor que no vive con él y no ejerce su cuidado personal, sin embargo, su mejor derecho estaría representado por mecanismos que aseguren un equilibrio del niño o niña aunque ello implique desconocer situaciones legalmente establecidas, en este caso el régimen de visitas, sobre todo cuando existen factores de riesgo que dan cuenta que se podrían ver amenazados o menoscabados otros derechos establecidos en favor del niño.

²⁸ El planteamiento anterior, igualmente, ha sido abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a propósito de la dictación de medidas de protección, al señalar que: “Se interpretan premisas por autoridades estatales de manera tal que al dictar medidas especiales de protección a los menores tienen como consecuencia un debilitamiento en las garantías judiciales de éstos. Considerar el entorno familiar como negativo para el menor puede usarse incluso para afectar derechos como su libertad, que más que medida de protección parece una sanción aplicada al menor”. Ver OC – 17/2002 Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se debe indagar si los responsables de crear tales condiciones las generan y aplican, la forma en que se incorpora la voz de los niños en juicio y cómo son analizados y valorados sus relatos en las decisiones adoptadas, cómo se respeta su individualidad y, lo menos explorado, pero no menos importante, conocer si existe un seguimiento en los resultados del mismo.

En este sentido, se resalta el seno donde se desarrollan los niños y su familia, más aún si consideramos que no todas poseen las mismas dinámicas ni las mismas estructuras, no todos los niños, niñas y adolescentes acceden a las mismas oportunidades, no obstante, no parece del todo adecuado que unos y otros sean sometidos al mismo trato y observados bajo el mismo prisma de la ley, esto, sumado al irregular funcionamiento de los Tribunales competentes, lo que se ha observado en la tramitación diaria de causas judiciales donde se encuentran involucrados niños y niñas los hace doblemente indefensos.

La poca experiencia en nuestro ordenamiento jurídico en los asuntos de infancia, hace que la temática pueda ser explorada y abordada desde diversos puntos de vista, surgiendo un dinamismo donde todo se encuentra por explorar y conocer, pudiendo convertirse este ejercicio de investigación el primero de muchos.

De este modo, la investigación va adquiriendo una fuerte tendencia a lo sociojurídico en lo cual se apoya este estudio que pretende conocer cómo los principios rectores en el Derecho de Familia, son empleados en los Tribunales y las implicancias que ello conlleva para cada uno de sus intervinientes; indagando sobre el grado de eficacia de los mismos; sólo de esta manera se podrá obtener un acercamiento real a los objetivos planteados, entregando información útil a los involucrados en este proceso, pudiendo generar y sugerir propuestas de análisis.

Así va surgiendo la necesidad de ir profundizando y reconstruyendo las preguntas sobre el tema y otorgar en cada concepto el significado que se quiere envolver, esto es, en una intención acorde a lo analizado a fin de ir fabricando una línea de investigación. Para tal efecto, se pretende desarrollar un marco referencial, conceptual e interpretativo que permita, a todo aquel que se interese en la temática tratada, aprehender con el lenguaje utilizado y poder generar aportes desde su mirada.

0.1.4 Metodología de la Investigación

El diseño metodológico se basa en una investigación exploratoria con énfasis en el análisis y descripción, lo cual permite el estudio y la exploración de algunos indicadores y, a su vez, una recopilación documental de información ordenada y analizada que permitirá sistematizar casos en donde se aplican los principios estudiados, fundamentalmente, en sentencias dictadas en las distintas instancias, debidamente seleccionadas. Además, de la observación directa sobre la propia práctica en razón de la participación en audiencias preparatorias de juicio oral, como audiencias de juicio oral en calidad de parte o curadora ad litem en procesos donde se ven involucrados niños, niñas y adolescentes.

Para alcanzar lo indicado, se llevará a efecto un estudio bibliográfico de antecedentes a partir de categorías conceptuales y una revisión de la información en cuanto a tramitación de procesos judiciales entregada a través de la página del Poder Judicial de Chile, especialmente del sistema del Tribunal de Familia, (SITFA) lo cual se enmarca en la tramitación digital de los procedimientos judiciales, regulado en la ley N° 20.886 (2015)²⁹, fundamentalmente a través de causas tramitadas en los Tribunales de Justicia entre los años 2012 a 2018.

Lo anterior bajo la mirada de sentencias dictadas, preferentemente en la Excelentísima Corte Suprema y referencialmente en las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones y Tribunales de Familia, como un mecanismo de cotejo o triangulación de la información.

La recolección, análisis documental y sentencias se obtuvo desde diferentes fuentes de información atendido a que en la mayoría de las causas judiciales de primera instancia, las plantillas de actas de audiencias, ya sea de juicio contencioso general o de procedimientos especiales contienen información acotada, por lo que se tendió a realizar un seguimiento de las causas analizadas en las distintas instancias de tramitación.

Lo anterior refleja distintas fuentes de vital importancia para el objeto de estudio, todas especialmente orientadas a la forma cómo los principios intervienen o se encuentran presentes en la tramitación de los procesos judiciales, en sentencias y más aún, en el desarrollo y vida de estos niños. De igual forma, permite categorizar de manera sociodemográfica las familias

²⁹ Ministerio de Justicia. (18 de diciembre de 2015) Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales (Ley N° 20.886, 2015). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1085545> (Consultado: 10 de octubre del año 2016).

a las cuales pertenecen los menores de edad que son o han sido parte de un proceso judicial en el que se ven involucrados.

De las cien causas que se analizarán, se extraerá, a su vez, una muestra de dieciséis casos judicializados de modo de verificar la existencia de similitudes y diferencias en cuanto a la aplicación de los principios en las distintas instancias y realizar un estudio comparativo entre ellas. Esto, posibilita el encontrarse en condiciones de confrontar el desarrollo del procedimiento, los elementos comunes en cada una de las instancias y las tendencias jurisprudenciales adoptadas en el periodo que se pretende abarcar.

Para el análisis de los fallos dictados en procesos judiciales, se basará en el instrumento denominado “Guía Práctica para el Análisis y Síntesis de Fallos” (2010), instrumento confeccionado por los profesores Enrique Barros Bourie, Nicolás Rojas Covarrubias y Francisco González Hoch, docentes pertenecientes al departamento de derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, instrumento que será adaptado en miras de los objetivos para los cuales se considera su aplicación.

Ello nos ubica en la situación de recopilar datos y sistematizarlos en un lenguaje adecuado y comprensible al lector. De acuerdo a dicha forma, se debe ir profundizando y reconstruyendo las interrogantes sobre el tema, otorgando en cada dato recogido la implicancia más adecuada al objeto analizado.

Como una forma de seguir avanzando se debe realizar un acercamiento a la conceptualización de elementos y teorías consideradas fundamentales para el desarrollo de la investigación lo que ayudará a la discusión y a focalizarse desde una mirada crítica, analítica e interpretativa, ello se intentará afrontar en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 1:

Marco referencial e interpretativo de la investigación

Resulta metodológicamente adecuado, considerando los objetivos de la investigación que sea abordada desde un punto de vista conceptual, delimitando la materia de estudio en un ámbito concreto. Desde ya se debe caracterizar los conceptos de niño, niña y adolescente que han sido escogidos para significar en una sola enunciación, una revisión crítica de la idea con la cual se identifican las personas que se encuentran en formación y desarrollo, que no han alcanzado la mayoría de edad de acuerdo a la ley y las diferencias psicosociales y jurídicas que desde allí pueden surgir.

Lo anterior considerando que en las ciencias jurídicas la terminología de algunos conceptos resulta relevante, ya que al utilizar un vocablo u otro no solo se pueden considerar diferencias en el ámbito jurídico-social sino en muchos casos la correcta o incorrecta utilización puede traer interpretaciones y por ende consecuencias jurídicas diversas, por lo que se requiere de una definición precisa, lo que genera seguridad jurídica, fin de todo ordenamiento jurídico.

Es por esto que se tiene como propósito poder acercarse a la idea y caracterización de ciertos conceptos que sean aplicables a la investigación y relacionarlos con el alcance de los principios de interés superior y el derecho a ser oído, y de ésta forma ir construyendo un camino que permita responder a las inquietudes propuestas.

1.1 Niños, niñas y adolescentes

Los conceptos de niño, niña y adolescente se encuentran en constante vinculación. El fundamento de ello radica en que, de esta forma tanto la sociedad, jurisprudencia y doctrina nacional como internacional han

identificado a este grupo de personas en una condición especial de vulneración y al mismo tiempo de protección.

De igual forma serán recogidos, preliminarmente, en el desarrollo del trabajo a fin de explorar los límites y alcances de los mismos e introducir matices necesarios para abordarlos desde los objetivos propuestos.

1.1.1 Niño, niña, niñez, infancia y adolescencia ¿Conceptos iguales o diferentes?

La interrogante resulta pertinente considerando que los conceptos de niño, niña, niñez, infancia y adolescencia son generalmente confundidos y hasta identificados y aplicados como uno sólo, esto refleja la realidad que en materia de familia se ha mantenido a través del tiempo en la sociedad chilena. Esta inexactitud en los conceptos podría significar un cierto grado de discrecionalidad al momento de la aplicación de las normas jurídicas que tienen por finalidad la debida protección a esta categoría de personas.

Lo anterior facilitado por la ausencia de una única y clara definición legal de infancia y adolescencia tanto en el orden nacional e internacional, ya que se visualiza como un concepto de los tiempos actuales, que cada cultura, sociedad u ordenamiento jurídico determina de manera implícita o explícita lo que debe entenderse por tal.

De igual forma, los conceptos de niño o niña, se consideran una construcción cultural o histórica que va variando de acuerdo a la percepción que se tiene de ellos ³⁰ o bien, identificándolo como un “concepto en construcción cultural aún inacabado” ³¹

De las ideas expuestas se desprende la importancia de regular en el ordenamiento jurídico criterios o parámetros claros y definidos que, necesariamente, puedan adaptarse a los tiempos y al momento de su aplicación; lo contrario significaría una dicotomía entre concepto y realidad, entre ordenamiento y concepto. Ello constituye uno de los objetivos propuestos en cuanto a conocer la forma en que el ordenamiento jurídico chileno responde a ello.

³⁰ Ver Ravetllat, I, en “Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia”, Valencia, España, Universitat Politècnica de Valencia, 2015, en concreto pág. 91.

³¹ Ver Álvarez, R, “El concepto de niñez en la Convención y los derechos del niño en la legislación Mexicana”, México, Instituto de Investigación jurídica, 2011, en concreto pág. 1. Recuperado de: www.juridicas.unam.mx (Consultado el día 09 de noviembre del año 2016).

La palabra niño o niña según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³², tiene su origen en el latín *ninno*, identificando aquel que tiene “pocos años, poca experiencia o que obra con poca reflexión”, es decir, caracterizado como aquella persona que no se encuentra preparada para ser parte activa y participativa de una sociedad, una especie de preciudadano³³.

Al parecer la sociedad exige de una persona todo de lo que carece un niño o niña desde la definición, por lo cual deben ser conducidos por personas más experimentadas, los adultos, lo que legitimaría su situación de dependencia respecto a éstos últimos³⁴, de ésta forma se justificaría que los niños se encuentren bajo el mandato de un adulto responsable que tiene más años de vida, experiencia y un grado de reflexión que le permite ejercer una relación de poder o autoridad sobre estos niños o niñas. Bajo este escenario, para la sociedad en su conjunto, pareciera que toda persona que haya alcanzado la adultez, posee las características indicadas, lo que evidencia una interpretación errada más de adultos que de niños³⁵.

Considerando lo previo, la instauración de un sistema tutelar por los adultos ha significado, desde siempre, un poder discrecional desde su origen, más aún, cuando en esta relación de desigualdad se encuentran niños que poseen un grado de vulnerabilidad propia de su condición respecto a los mayores.

³² Diccionario de la lengua Española, 23ª ed. 2016. Recuperado de: <http://www.rae.es/la-institucion> (Consultado el día 19 de julio del año 2016).

³³ Ver García, S G & Micco, S en “Hacia una justificación de la precidadanía”, Curso de perfeccionamiento Ifejant, 2000, en concreto pág. 3.

³⁴ Ver Gaitán, L en “El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños”, Política y Sociedad Vol. 43 N° 1, España, Facultad de ciencias políticas y sociología, Universidad Complutense de Madrid, 2006, pág. 63-80.

³⁵ Es interesante en este sentido como lo han observado algunos autores, solo por citar a uno de ellos, Casas, F & C, Gómez Granell, en “Infancia, Familia y calidad de vida”, colección monográfica N°1, Barcelona, España, Instituto de Infancia y mundo urbano, 2002, en concreto pág. 9.

“...Las posibilidades de asumir responsabilidades en la vida social por parte no sólo de niños, sino también de adolescentes y jóvenes son muy limitadas; hemos hecho mundos aparte para los niños y para los jóvenes y, a menudo, no les dejamos acceder en los espacios “ocupados” por los adultos. Entonces nos aparecen las nuevas culturas infantiles y juveniles que intentan apropiarse simbólicamente de espacios que le sean identificatorios: música, internet, discotecas, graffitis,...todos configuran de manera muy diferentes espacios donde pueden sentirse protagonistas, sin ser desplazados por los adultos, marcando claramente distancias”.

De igual forma, no han sido pocos los Instrumentos Internacionales que en su normativa han establecido lo que debe entenderse por niño o niña. Un ejemplo de ello lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, desde ahora CDN, (1989) la que en su artículo N°1° establece que: “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 una ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

De lo señalado se colige que dicha norma limita la edad hasta que una persona puede ser considerado niño, permitiendo a las leyes nacionales establecer la mayoría de edad antes de la que establece la CDN, lo que vendría a indeterminar el espíritu de la misma, ya que cada Estado posee la facultad de fijar una edad más temprana en que se alcanza la adultez. De acuerdo a ésta interpretación un niño o niña de la misma edad puede tener tal condición en un Estado y ser adulto en otro al mismo tiempo, surgiendo toda clase de diferencias que ello conlleva³⁶.

En Chile, la mayoría de edad se encuentra establecida para toda persona que ha cumplido dieciocho años de edad (ley 19.221, 1993, art 1°)³⁷, sin embargo, no se indica en la citada norma si la persona que no ha cumplido 18 años se considera o debe considerarse niño o niña, lo cual vendría a armonizar la normativa, de acuerdo a lo dispuesto en la Convención.

Así lo observan el primer y segundo informe elaborado por Chile al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ³⁸, estableciéndose en el primero de los citados informes que la edad para alcanzar la mayoría de edad de la época en Chile era veintiún años. Con la dictación de la ley 19221 se armonizó respecto a lo establecido en la Convención en cuanto a la edad, 18 años, para alcanzar la adultez.

Sin embargo, en los citados informes, se hace notar la falta de adecuación de la normativa respecto a lo que jurídicamente en Chile se

³⁶ Un ejemplo de lo antes señalado y propio del ámbito internacional, lo constituyen las reglas de Beijin, 1985, en concreto, pág. 207, en las cuales se establece que: “Menor es todo niño o joven, que con arreglo al sistema jurídico respectivo puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a la de un adulto”. Ver en A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. No. 53 ONU Doc. A/40/53. Recuperado de: <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm> (Consultado el día 07 de julio del año 2017).

³⁷ Ministerio de Justicia. (01 de junio de 1993) Establece la mayoría de edad a los dieciocho años. art. 1° (título) y modifica cuerpos legales que indica (Ley N°19.221 de 1993). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/N?i=30588&f=1993-06-01&p=> (Consultado: 19 de julio del año 2016).

³⁸ CRC/C/3/Add.18. 22 de julio 1993, pág. 17.
CRC/C/65/Add.13. 25 de junio 2001. pág. 34.

considera niño o niña, fundamentalmente evaluando lo establecido en el artículo N°26 del Código Civil (código civil, 2011)³⁹, cuerpo legal que establece que infante o niño es todo aquel que no a cumplido siete años de edad, presumiendo que la misma norma rige para las niñas toda vez que no hace distinción alguna.

Esto se deriva que el código civil chileno regula estas materias desde la determinación de la capacidad de ejercicio de las personas, respecto de los derechos patrimoniales y de sus relaciones de familia. Sin tener nuestra legislación un punto de partida en la persona como sujeto de derecho, sino de la manera que se le permite intervenir en el tráfico jurídico, adoptando medidas de mayor resguardo de sus bienes y relaciones de familia, mientras menor sea su edad.

El mismo artículo otorga la calidad de impúber a todo varón que no ha cumplido catorce años y en el caso de las mujeres, los doce años de edad. Mayor de edad el que ha cumplido 18 años o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos.

De la citada norma se puede concluir que en Chile niño o niña es todo aquel que tiene menos de siete años de edad y menor todo aquel que no ha cumplido los dieciocho años.

De lo anterior queda de manifiesto la ausencia de adecuación y coherencia en el ordenamiento jurídico en relación con la normativa de los Tratados Internacionales ratificados por Chile respecto al concepto de niño o niña en razón de su edad como un concepto unívoco, especialmente, reparando lo establecido por la CDN.

Atendiendo a éstas consideraciones, el contexto se complejiza aún más, si se estima lo que dispone la ley que crea los Tribunales de Familia (Ley 19.968, 2004, art. 16) al establecer que se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce y hasta que no cumpla los dieciocho años de edad.

Por consiguiente, en la legislación chilena se reconoce como niño o niña a todo aquel que no ha cumplido siete años de acuerdo a lo establecido en el Código Civil, a todo ser humano que no ha cumplido catorce años de edad de acuerdo a la Ley N°19.968; adolescente y menor a quienes no han alcanzado la mayoría de edad.

³⁹ Ministerio de Justicia. (30 de mayo de 2000) Decreto con fuerza de ley N°1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil (Decreto con fuerza de ley N°1). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> (Consultado: 12 de octubre del año 2016).

Las evidencias anteriores entregan una muy relativa coherencia para caracterizar a una persona como niño o niña, obligando a realizar un adecuado uso del lenguaje de acuerdo a lo que se requiere conceptualizar a una categoría de persona en desarrollo, no sólo desde lo jurídico sino desde lo social.

A este respecto, y para efecto de la presente investigación se estimará que niño o niña es todo aquel que no ha cumplido catorce años de edad, adoptando lo establecido en la Ley 19.968, ello en razón de considerar que existe un rango de tiempo más prolongado, generando que el concepto presente una mayor flexibilidad que permite valorar de mejor manera la diversidad de niños y niñas en razón a los tiempos y ritmos de madurez propios de cada uno de ellos.

En la norma se hacen equivalentes los conceptos de niño y niña, en cuanto a la edad, la diferencia entre ambos en relación al sexo está dado, más bien, respecto al desarrollo biológico propio de cada uno y por los tiempos que alcanzan la autonomía e independencia de sus padres en uno u otro caso, de acuerdo a su desarrollo y madurez, pero fundamentalmente por los roles que se encuentran aceptados en una sociedad y cultura determinada y que los identifican con un actuar que responde a lo masculino o femenino⁴⁰.

Si bien, desde lo jurídico no existe diferenciación en la norma en cuanto al sexo, es conveniente reiterar que desde la vereda de lo social se perciben disimilitudes en cuanto a los roles de cada uno de ellos. Por esta razón se entiende que entre niños y niñas existen diferencias en cuanto a los tiempos, estilos, ritmos de madurez, funciones y roles propios de cada uno haciendo las diferenciaciones cuando ello sea atendible. Lo esperable es que en la norma jurídica y en el ordenamiento en general se vean reflejadas éstas disparidades que son propias, que deben ser consideradas y respetadas, y no ser normados con un patrón que responde a la generalidad de roles.

En este sentido, además la norma debería presentar cierta flexibilidad en cuanto considere los niños que se identifican con un sexo distinto al cual presentan biológicamente como los niños trans, discusión que en Chile

⁴⁰ En esto seguimos a Marín, E, ver en “Familia y Sociedad. Una introducción a la sociología de la Familia” Madrid, España, Rialp S.A, 2000, pág. 135-150, quien señala que cada sociedad define en qué consiste ser hombre o mujer y en determinar aquellos rasgos que se asocian con lo masculino o femenino. Estos roles desde la más temprana edad impositivamente deben ser internalizados para que una vez alcanzada la adultez se reitere tal conducta, sin cuestionamiento alguno.

presenta sus primeros atisbos, pero que en lo jurídico se está muy lejos de estimar.

El concepto de niñez, en contraposición al concepto de niño, igualmente la Real Academia Española, (RAE) lo define como el periodo de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad.

Es necesario indicar que al definir infancia lo hace de igual manera que al precisar lo que debe entenderse por niñez. Esto no significa que ambos conceptos tengan la misma significancia, sino que la diferencia se debe encontrar en que la noción de niñez está orientada al desarrollo biológico de una persona en sus primeros años de vida y la infancia se refiere a la imagen de esta persona en desarrollo, la que ha ido internalizando una serie de conductas que forman parte de una época y sociedad determinada, al parecer existe una confusión entre el concepto y la definición que hace asimilables ambos conceptos.

Etimológicamente el vocablo infancia viene del latín *in-fale*, - el que no habla- o como lo resalta Wasserman⁴¹ “Aquel que no es legítimo para tener palabra”, resaltando con ello que socialmente no se les está permitido tener una participación activa más que referirse a las personas que carecen de esta posibilidad por los años de edad que ostentan.

En ese contexto y bajo esa mirada, lo que a fines del siglo pasado parecía un tema acabado y sin discusión, en cuanto al concepto de infancia, actualmente se ha ido relativizando y hoy se hace necesario entender cómo la infancia se comporta en un aparataje institucional creado para un mundo de adultos.

Ser infante en una sociedad debe ser mirado más allá de un desarrollo biológico lo que parece más cercano a lo que se debe entender por el concepto de niño, sino más bien, como una representación social donde la imagen de la infancia ha sufrido cambios, lentos a veces, imperceptibles otras, pero profundos⁴².

Referirse a la infancia es distinto de hablar de niño o niña, esta etapa se encuentra ligada a la extensión de tiempo en que se desarrollan los primeros años de vida de los niños y niñas, donde comienzan a internalizar

⁴¹ Ver Wasserman, T, en “¿Quién sujeta al sujeto? Una reflexión sobre la expresión “El niño como sujeto de derechos”, Ensayos y Experiencias, año 8, N°4, 2001, en concreto pág. 7. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/334697761/Quien-Sujeta-Al-Sujeto> (Consultado el día 07 de agosto del año 2017).

⁴² Ver Casas, F, en “Infancia: perspectivas psicosociales”, Barcelona, España, Paidós, 1998, pág. 25-80.

conductas de sentido común sobre la vida cotidiana que se dan por ciertas. Ésta se presenta en pautas ordenadas e independientes de la aprehensión de los niños, las cuales le son impuestas por los adultos⁴³.

El término infancia es asociado a un consenso colectivo como el resultado de una construcción social, para referirse a un conjunto de individuos en una semejante condición de desarrollo a la cual se le atribuyen conductas propias de niño o niña en un momento y sociedad determinada⁴⁴. Sin embargo, una de las primeras críticas está orientada en resaltar que en gran medida los esfuerzos de los gobiernos de turno se encuentran orientadas en dictar leyes con la finalidad de sancionar, reformar y sociabilizar adultos, desconociendo que se evitaría aquel esfuerzo al educar una infancia responsable como ente social activo, siendo incapaces de otorgar el estatus social y jurídico que esta categoría de personas requiere y le corresponde en muchos casos. A este respecto, se debe ocupar en mayor medida a explorar las razones de atender contra las estructuras, contra las conductas sociales impuestas por los grupos dominantes, los adultos⁴⁵.

Al incorporar el concepto de adolescente o adolescencia, el escenario se vuelve más complejo aún⁴⁶, ya que en cada época, en cada sociedad la concepción de adolescente debiera ser el reflejo de la niñez y responder a los

⁴³ Ver Bergel, P & Luckmann, en “La construcción social de la realidad” Buenos Aires, Argentina, Talleres Gráficos color Efe, 2001, pág.85-100.

⁴⁴ Meditando las ideas previas y por citar a tres autores que comparten esta tendencia, son contestes en señalar que, es posible hablar no de una infancia sino de distintas infancias dependiendo de los tiempos en que se es niño, así cada sociedad ha imaginado, construido y consensuado lo que debe considerarse por infancia como parte de su estructura social, sin embargo, todas las estructuras sociales se centran en los aspectos de carácter más permanente, menos variable y alude a lo más fundamental, caracterizándose por ser rígidamente organizadas, debiendo ser la infancia quien debe asumir un proceso de moldeamiento a estas estructuras lo que conlleva a provocar una asineria entre ser niño y la sociedad. Véanse a Gaitán, L, en “Sociedad, infancia y adolescencia ¿De quién es la dificultad” Vol. 17, Repertorio Español de Ciencia y tecnología, Revista interuniversitaria de pedagogía social, 2010. Alfageme, E, Cantos, R & Martínez, M, en “De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción”, Madrid, España, Plataforma de organizaciones de infancia, 2003, Mannheim, K, en “Diagnóstico de nuestro tiempo”, Traducción de José Medina Echavarría, México, Fondo de cultura económica, 1969. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=135013577003> (Consultado el día 20 de julio del año 2016), así cada sociedad ha imaginado, construido y consensuado lo que debe considerarse por infancia como parte de su estructura social.

⁴⁵ Véase Clemente, M, en “Fundamentos de la psicología jurídica”, Madrid, España, Pirámide, pág. 50-80.

⁴⁶ Según Almario, F, en “Una Mirada Existencialista a la Adolescencia”, Bogotá, Colombia, Imagen S.A, 2016, en concreto pág. 25, señala que: “La raíz etimológica de la palabra adolescencia, proviene del latín *adultos* (adulto) que en su extensión *adulescens*, se traduciría como haciéndose adulto”.

requerimientos no sólo desde lo social sino de igual forma la reverberación en la normativa que regula y rige este grupo de personas en formación⁴⁷.

En el ordenamiento jurídico chileno, la norma del Derecho de Familia lo ubica en aquella persona que tiene entre catorce y hasta los dieciocho años de edad. Sin embargo, más que por la edad cronológica, se caracteriza, porque comienza a tomar conciencia de sus propias decisiones, existiendo una posición más activa como parte de un grupo social, comenzando a cumplir los roles que le son relevantes y situando su foco de atención de acuerdo a sus intereses⁴⁸. En esta etapa del desarrollo, el adolescente comenzará a construir su propia visión sobre la vida y será capaz de comenzar a desarrollar la crítica⁴⁹.

Siempre es esta etapa del desarrollo se debe considerar a la familia, toda vez que ya que existe una sincronía difícil de romper, estimando que representa el microsistema más cercano donde se desarrolla la niñez y luego la adolescencia ⁵⁰. En consecuencia, estas conceptualizaciones son construcciones propias de la modernidad, esto es, distinguir o separar la vida de una persona en etapas caracterizando cada una de ellas.

Sin embargo, tales distinciones no siempre se encontraron presentes a través de la historia, para determinar el crecimiento de una persona se basaba en la función que desarrollaba, así, un niño o niña podía ser considerado adulto a muy temprana edad ya que ejercía labores y asumía roles propios de la adultez⁵¹.

⁴⁷ Así lo resalta Artola T, en “Claves Educativas de tus hijos Adolescentes”, Madrid, España, Antártica, 2015, en concreto pág.15:

“Gran parte de la adolescencia es tan solo una maduración de las características individuales y de los hábitos y conductas que se han ido desarrollando desde la niñez y lo que ocurra en esta etapa esta en gran parte determinado por lo que sucedió en etapas anteriores en su vida”.

⁴⁸ Ver Coleman, J.C & Hendry, L,B, en “Psicología de la adolescencia”,4ª Ed, Madrid, España, Morata, 2003, pág. 80- 120.

⁴⁹ Lo que Jean Piaget,1981, llamó la “libre actividad de la reflexión espontánea”.

⁵⁰ Siguiendo la teoría ecológica del desarrollo humano de Bronfenbrenner, en “La Ecología del Desarrollo Humano”, Barcelona, España, Paidós, 1987, pág. 150- 250.

⁵¹ Como lo señala el historiador Delgado, C, en “Historia de la Infancia”, Barcelona, España, Ariel, S.A, 1998, en concreto pág.18.

Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/104918100/Delgado-Buenaventura-Historia-de-La-Infancia>. (Consultado el día 24 de septiembre del año 2016).

“En Mesopotamia las niñas eran consideradas adultas a los doce años, edad en la que podían casarse, mientras los niños podían hacerlo dos años después”.

Todas estas razones cobran sentido si las proyectamos a nuestros días y las comparamos con las normas jurídicas que pretenden una protección a niños, niñas, infantes, impúberes, adolescentes, normas que no logran realizar una defensa diferenciada respecto a la madurez psicológica, roles que cumple y el entorno donde se desenvuelven, sino más bien, se encuentran basadas exclusivamente en la edad biológica de la persona.

No obstante, los procesos de maduración son diferentes en niños y niñas, además de sus capacidades y nivel de sociabilización, pudiendo ambos llegar a los mismos fines, pero de distinto modo⁵².

En este orden de ideas, es donde se debe acentuar el énfasis del estudio y lo que representa una nueva crítica, esta vez, al sistema normativo, más aún, si se considera un imperativo aplicar el principio del interés superior en la época actual y en esta sociedad con intereses, costumbres y valores propios y consensuados, con roles que deben cumplir y que han variado desde la época en que surge la Convención sobre los Derechos del Niño hasta nuestros días, considerándose niños milenios.

1.2 La familia: unidad básica de protección

Aún cuando el presente estudio no tenga por finalidad un análisis filosófico, doctrinario o jurídico sobre lo que significa la familia y no se intente en él definirla, resulta imposible una aproximación a los principios del interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a ser oído sin hacer referencia al núcleo que sirve de sustento en el desarrollo y formación de ésta persona que se encuentra en tránsito hacia la adultez.

En cada sociedad, en cada época, lo considerado como familia ha ido variando de acuerdo a los intereses que priman socialmente, especialmente, en la actualidad que se caracteriza por la alta movilidad de personas que contribuye a la formación de diferentes estructuras y dinámicas familiares⁵³.

⁵² Ver, Alemán, A & Martínez, P, en “Derecho y mujer”, Almería, España, Editorial Universidad de Almería, 2009, pág. 100-150.

⁵³ Hace más de una década la familia era considerada una estructura moldeable, de acuerdo a la sociedad en que se encuentra inserta, por resaltar uno de los autores que lo destacaban en esa línea, es el catedrático Valverde y Valverde, C, en “Tratado de Derecho Civil”, 3 ° ed, t. IV, Valladolid, Talleres, Tipográficos Cuesta Macias, 1926, en concreto pág. 9.

“La familia ha de expresar una mayor o menor extensión de relaciones, adquiriendo matices diversos en cada lengua y en cada pueblo, en los diferentes momentos de su historia jurídica, es esencialmente variable, hasta el extremo de resultar casi estéril la labor del filósofo”.

En efecto, la discusión en torno al concepto de familia ha generado controversia desde su origen, no habiendo consenso en una única significación sino más bien caracterizándolo cómo un concepto que presenta la flexibilidad de adaptarse a los tiempos⁵⁴.

Pareciera que no existe consenso en el origen del concepto independiente de la época en que se quiera abordar, no obstante existen rasgos comunes en las variadas definiciones que han trascendido hasta nuestros tiempos, constituyendo uno de éstos elementos el espacio físico que comparten los que habitan en él, antiguamente incluyendo los esclavos que eran considerado cosas o bienes más que personas y los lazos que nacen al interior de una familia.

Otro de los elementos que se le ha atribuido, es ser considerada la organización familiar que desde siempre ha sido el entorno natural y más básico de toda persona que la compone. Cómo se entienda esta organización y la forma en que cumpla con sus fines otorgará los lineamientos de la forma efectiva de ejercer protección de los niños y niñas que la componen.

Según lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16 N° 3 señala que: “La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁵⁵. En este escenario se hace necesario realizar una aproximación a las funciones que cumple o que ha cumplido en la sociedad y cómo el ordenamiento jurídico los reconoce.

⁵⁴ Para el profesor Ramos, R, en “Derecho de Familia”, 2ª ed, t 1, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, en concreto pág. 9, etimológicamente procede de la voz familia, por derivación de fámulas que a su vez deriva del osco “famel” refiriéndose al siervo, y más remotamente del sánscrito vama, hogar o habitación, lo que significa por consiguiente “conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”. Mientras que el profesor Figueroa, G, en “Persona, pareja y familia”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1995, en concreto pág. 66, asociaba el término de familia, al de sirviente, siervo o esclavo, lo que demuestra que desde siempre el concepto familia ha significado y recogido los simbolismos que la época representa.

En este mismo sentido, Giberti, E, en “La Familia a pesar de todo”, Buenos Aires, Argentina, Ediciones novedades educativas, 2007, en concreto pág. 287, explicita que el concepto Familia quiere decir: “Conjunto de los esclavos y criados de una persona”.

Observando una teoría distinta y más moderna, Quintana, M, en “Derecho de Familia”, Valparaíso, Chile, Editorial Universitaria, Universidad Católica de Valparaíso, 2013, en concreto pág. p.1, manifiesta que etimológicamente la palabra familia tendría su origen en el sánscrito dhá, asentar y dhaman, asiento, morada, refiriéndose a la familia cómo el hogar doméstico y los bienes que la guarnecen.

⁵⁵ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (10 de diciembre de 1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado de: www.derechos humanos.net/normativa/normas/1948DeclaraciónUniversal.htm?gclid=CLjBjY3kw88CFUklkQodFOMADw. (Consultado: miércoles 5 de octubre del año 2016).

1.2.1 La Familia en la sociedad actual ¿Transformación, desaparición o profundización de las funciones?

Desde siempre la familia ha sido considerada cómo la columna vertebral de una sociedad sana, atribuyéndole el servir de sostén en el desarrollo pleno de todos sus integrantes y el reflejo de sus clases y estructura social⁵⁶.

En efecto, representa el nexo entre la sociedad y el individuo desde su nacimiento, así desde el interior de la familia se produce el proceso de socialización⁵⁷ que les enseñará a todos sus integrantes, pero especialmente a los que se encuentran en desarrollo cómo supuestamente se debe actuar en sociedad.

Es considerado el espacio donde se aprende todo lo necesario para el desarrollo de su persona, de su vida y la forma de relacionarse con el otro ⁵⁸. De esta forma, las funciones sociales que cumple en la actual sociedad, estaría constituido por un espacio de protección y enseñanza donde quienes

⁵⁶ Por citar algunos autores que se han empeñado en tratar de definir a la familia, caracterizándola desde diferentes aristas, podemos citar a Rojina, R, ver “Compendio de Derecho Civil 1 Introducción, personas y familia, 29° ed., Ed Porrúa, México, 2000, en concreto pág, 205. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/108879623/Compendio-de-Derecho-Civil-i-Rafael-Rojina-Villegas>. (Consultado el día 20 de agosto del año 2016), quien señala:

“Es la familia el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. En las organizaciones antiguas (patriarcado), la familia era la sociedad total y única organizada, la esfera social en que el hombre realizaba el derecho”

Otros autores le han otorgado funciones de ser un agente de socialización, formando parte de la historia de las sociedades y trascendiendo con ello en el tiempo, por citar alguno de ellos Trisciuzzi, L & Combi, F, ver en “Infancia e historia”, Lima, Ifejant, 1998, en concreto pág. 2, resalta que:

“La Familia tiende a perpetuar la organización social existente, es un agente de socialización históricamente determinado(...) no se coloca ni antes ni fuera de la sociedad y de la historia, incluso se transforma en el curso de la historia y con el devenir de la sociedad”.

⁵⁷ En efecto, se le han otorgado funciones de ser un agente de socialización, formando parte de la historia de las sociedades y trascendiendo con ello en el tiempo, por citar alguno de ellos Trisciuzzi, L & Combi, F, ver en “Infancia e historia”, Lima, Ifejant, 1998, en concreto pág. 2, resalta que:

“La Familia tiende a perpetuar la organización social existente, es un agente de socialización históricamente determinado(...) no se coloca ni antes ni fuera de la sociedad y de la historia, incluso se transforma en el curso de la historia y con el devenir de la sociedad”.

Para Macionis y Plummer, entienden por sociabilización el conjunto de experiencias que ocurren a lo largo de la vida de un individuo, y que le permite desarrollar su potencial humano y aprender las pautas culturales de la sociedad en la que va a vivir. Macionis y Plummer (2001), citado por Amar José (2005, p.19).

⁵⁸ Ver De Chavarría, en “Derecho sobre la Familia y el niño”. San José, Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, 2004, en concreto pág. 17.

la componen deben ser capaces de adquirir las competencias necesarias para vivir junto a otros⁵⁹.

Las funciones sociales de la familia han experimentado una de las transformaciones más significativas de los nuevos tiempos. El peso social se ha redefinido actualmente y ha hecho de esta organización una de las pocas instancias sociales que ha aumentado su responsabilidad en la formación integral de la persona humana⁶⁰. Sin duda, la reorganización de las funciones están influenciadas de acuerdo a los cambios que ha experimentado la sociedad en la actualidad, a las exigencias, principios y valores que han sido consensuados y que afectan la forma, estilo de vida y comportamientos de la familia⁶¹.

El hablar de lo que es familia y lo que no es, está íntimamente relacionado al imaginario social de lo que se interpreta cómo tal. Sin duda su composición no es la concepción de familia tradicional de los años cincuenta, ni será la de cincuenta años futuros⁶².

Esto, facilitado por el mundo globalizado en donde este tipo de núcleo fundamental con base en el matrimonio, su disolución de acuerdo a la ley del hombre y la sexualidad como componentes básicos de una familia patriarcal

⁵⁹ Como lo afirma D'Agostino, F, en "Filosofía de la Familia", Madrid, España, Rialp S.A, 2006, en concreto pág. 21, la familia cumple un número indefinido de funciones sociales que aborda o debe abordar todos los aspectos de sus componentes. Al respecto destaca que:

"La familia posee un carácter supra-funcional, es decir, que no existe para satisfacer una o algunas funciones sociales, sino una gama potencialmente indefinida, en cuanto es... una relación social plena, o sea un fenómeno social total, que directa o indirectamente, implícita o explícitamente, implica todas las dimensiones de la experiencia humana, desde las biológicas hasta las psicológicas, económicas, sociales, jurídicas, políticas, religiosas".

Realizando una re-lectura y la adecuada reflexión que realiza D'Agostino permite razonar que las funciones sociales de la familia se han ido ampliando, transformando y profundizando a través de la historia, considerada en una primera instancia como la organización social básica encargada de otorgar sustento a las necesidades de primer orden, no obstante, actualmente lo que se exige es que sea capaz de ser el soporte, el sustento cómo lo observa el autor, en todas las dimensiones de la persona.

⁶⁰ Ver Morandé, P, en "Reflexiones sociológicas", Santiago, Chile, Editorial Universitaria, 1999, pág. 54-100.

⁶¹ Ver Gallego, S. en "Comunicación familiar: Un mundo de construcciones simbólicas y relacionales", Colombia, Universidad de Caldas, 2006, pág. 34-56.

⁶² Como lo pone de manifiesto el sociólogo Giddens, A, en "Un mundo desbocado. Los efectos de la Globalización en nuestras vidas", México, Taurus, 2007, en concreto pág. 28:

"La familia ha cambiado mucho más, los detalles varían de sociedad en sociedad, pero las pautas son visibles casi en cualquier parte del mundo industrializado. Sólo una minoría de gente vive ahora en lo que podríamos llamar la familia estándar de los años cincuenta, ambos padres viviendo juntos con sus hijos matrimoniales, la madre ama de casa de tiempo completo y el padre ganando el pan".

se han ido desnaturalizando de la construcción tradicional y cediendo espacio a un gran número de estilos y formas, considerando actualmente que para constituirlos sólo debe haber una identificación como tal, con independencia del sexo, parentesco o filiación de sus componentes⁶³.

En efecto, se han relativizado los vínculos familiares, se han incorporado cada vez más el proceso de divorcio en las legislaciones y de ésta forma han nacido las familias reconstituidas. Así, la excepcionalidad de diversos tipos y formas de familia, distintos al modelo tradicional pasó de ser la excepcionalidad a la normalidad propia de nuestros días.

Las ideas anteriores dan cuenta que sus funciones en la sociedad se han ido adecuando a los nuevos tiempos, de acuerdo al lugar de nacimiento, crecimiento y sociabilización de sus integrantes, desapareciendo como concepción clásica y ampliándose el concepto y su importancia como tal.

En el ámbito internacional, una serie de Tratados vinculados a los derechos humanos consagra entre sus normas la protección a la familia y se establece un mandato respecto a los Estados quienes deben contribuir a su fortalecimiento.

Entre otros, la mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada en el año 1948, Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José celebrado 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966, Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada en 1981, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 1979, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en el año 2006, Declaración de los Derechos del Niño 1989.

⁶³ Siguiendo esta tendencia, resulta interesante lo señalado por la escritora e historiadora Nari, M, en "Políticas de maternidad y maternalismo político", Buenos Aires, Argentina, Biblos, 2004, en concreto pág.70, al sostener que:

"La familia nuclear constituida a partir de una pareja heterosexual y monogámica cuyo principal fin era la procreación se extendió con diferentes grados de aceptación, racionalización y observancia a diversos sectores de la población. Las prácticas domésticas no siempre confirmaban la "normalidad", pero la fuerza de ésta hacía que se les viviera como excepciones o desviaciones. Las repetidas percepciones en torno de una crisis de la familia se relacionaban más a la consolidación del modelo que a la existencia de realidades domésticas diversas y en permanente cambio".

De igual manera la reconocen como el elemento natural y fundamental de toda sociedad moderna y el más básico de los derechos de la persona a contraer matrimonio, constituyendo una familia si además se satisfacen los requisitos establecidos en las legislaciones connacionales. Por ello familia y matrimonio han sido dos instituciones que desde siempre se han mantenido en estrecha vinculación en el orden social y jurídico.

En Chile, en el artículo N°102 del Código Civil establece el concepto de matrimonio, no obstante es la Ley de Matrimonio Civil N° 19.947⁶⁴ que regula los requisitos para contraer el vínculo. La norma establece que es un acto jurídico de carácter contractual, el cual debe ser celebrado entre un hombre y una mujer, legalmente capaces, que hayan consentido libre y espontáneamente en contraerlo y habiendo cumplido con las formalidades que establece la ley, entre ellas, que se celebre ante un oficial del Servicio de Registro civil e identificación, quien levantara un acta y procederá a su inscripción.

Atendiendo éstas consideraciones, resaltan dos ideas fundamentales, la primera de ellas, al reconocer prácticamente de manera universal a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y la segunda al sustentarla sobre la base del matrimonio lo que no respondería a esta nueva funcionalidad social de la familia, generándose una dicotomía entre lo declarado y la praxis.

Se considera que la institución familiar es la que sostiene a la sociedad chilena en su conjunto, no obstante, este apostolado ha estado desde siempre presente en la historia constitucional criolla, historia que contribuye a la formación de la mentalidad jurídica del ciudadano⁶⁵.

Desde ya, las Constituciones de 1822 y 1828 se otorgaba una especie de prerrogativa a quienes contraían matrimonio, acto por el cual les era otorgada la nacionalidad chilena relativizando ciertos requisitos, relacionados especialmente con los plazos. Igual tendencia se puede observar en la Constitución de 1925 al establecer que podrán ser chilenos, bastando para ello, seis años de residencia en Chile si son casados y tienen familia en Chile.

⁶⁴ Ministerio de Justicia. (17 de mayo de 2004) Establece nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley 19.947) Recuperado: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128> (Consultado: 20 de octubre del año 2016).

⁶⁵ Como lo menciona Campos, F en "Historia Constitucional de Chile", Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1997, en concreto pág. 10: El conocimiento de la historia Constitucional de un país forma la mentalidad de los juristas, y en un sentido más amplio, de los ciudadanos de ese país. Ello claramente se ha reflejado desde siempre en las Constituciones que han regido en Chile.

No obstante y de forma más sistematizada desde la dictación de la Constitución de 1925, se dispone la protección a la familia por parte del Estado, estableciendo que será la ley la que regulará esta organización, significando el antecedente a lo regulado en la Constitución de 1980.

El artículo N°1, inciso 2° de la Constitución Política del Estado de Chile, de 1980⁶⁶, en adelante CP, al establecer que “La Familia es el núcleo fundamental de la Sociedad”, artículo que forma parte de las bases de la institucionalidad, refleja la filosofía que inspira la Constitución, una visión humanista cristiana propia de la época de los 80”.

Así y realizando una doble lectura, desde siempre se le ha otorgado, a la familia, un papel fundamental en la conservación del orden social a la cual se le debe conceder protección y propender a su fortalecimiento por parte del Estado en su rol protector y subsidiario⁶⁷.

En otras dos ocasiones la Constitución de 1980 hace mención a la familia, en el inciso 5°, artículo 1°, al establecer que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la Familia” y artículo N°19 N°4, a propósito de la regulación al respecto de los derechos y deberes constitucionales, estableciendo que: “La Constitución asegura a todas las personas: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia”. Las ideas anteriores, reflejan que la familia en la Constitución de 1980 representa la organización más natural y fundamental de la sociedad chilena a través de la historia constitucional⁶⁸.

⁶⁶ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (21 de octubre de 1980) Establece La Constitución Política de la República de Chile de 1980. Editorial Jurídica de Chile, V. 13^a, 2001. (Consultado: 20 de octubre del año 2016).

⁶⁷ Por citar algunos autores en esta línea Evans, 1997, Silva Bascuñan 1980, Verdugo 1994, Diez 2013, entre otros.

⁶⁸ En este mismo sentido ha sido resaltada por algunos autores, entre ellos, Urzúa, G, en “Manual de Derecho Constitucional”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, en concreto pág.87, al referirse a ella cómo:

“La Constitución quiere decir que ella es el centro y el elemento primordial de la sociedad toda, reconociéndola como la célula básica y la agrupación más importante del hombre, tras la cual coexisten otras comunidades menores. La familia es pues, la primera sociedad”.

Siguiendo igual línea argumentativa, Soto KLOSS, E, en “La Familia en la Constitución Política”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, Numero 2, 1994, en concreto pág. 224 Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649836.pdf>. (Consultado el día 08 de noviembre del año 2016), señala que:

“La Constitución considera a esta institución como aquella que configura y sustenta a la sociedad, pues la sociedad no es sino el conjunto de familias, es su constitutivo material”.

El mismo autor concluye que el núcleo fundamental de la sociedad, se encuentra sostenida en el matrimonio, el que arranca de un derecho esencial y natural de todo ser humano para

Que el matrimonio es considerado la base de la familia y ésta la base de la sociedad chilena queda demostrado de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 19.947⁶⁹ al señalar de manera expresa que el matrimonio es la base principal de la familia. La citada ley reglamenta primordialmente la celebración del matrimonio civil, resultando al menos paradójico que una misma norma asiente en el acto del matrimonio la constitución de la familia y establezca el procedimiento para la disolución del ya referido vínculo.

En ese sentido, cabría preguntarse si es posible sostener que, una vez disuelto el contrato de matrimonio, es disuelta la familia por lo que sus integrantes se encontrarían en una posición distinta a la exigencia social, no reconociendo explícitamente otro tipo de conformación familiar que se encuentre en sintonía con lo establecido en la carta fundamental.

Una de las formas de aproximarse a conocer si la Constitución del 80⁷⁰ al estimar la familia como núcleo fundamental de la sociedad reconoce los diversos tipos conformados de manera distinta al vínculo del matrimonio, es necesario resaltar la discusión que se gesta al interior de la comisión Ortúzar⁷⁰, en donde uno de los comisionados, Jaime Guzmán, indica que al referirse a la defensa en la integridad de la familia, se entiende que se hace alusión a la integridad de la institución de la familia y no a cada una de ellas constituida de manera particular en el país. Agrega que es contrario al divorcio con disolución de vínculo lo que sí atentaría a la integridad de la familia. Sin embargo, hace presente que el elemento natural y fundamental de la sociedad es el hombre y no la familia.

Considerando lo precedente, se puede identificar que se eleva a deber constitucional la institución de la familia en su integridad, lo que consideraría sus diversos tipos y formas como parte integrante que se le otorga a través de la Constitución.

Por otra parte, se señala que la persona que auspiciara el divorcio con disolución de vínculo deberá reconocer que su proposición atenta contra la

constituir una familia, la que es titular de derechos esenciales, correspondiéndole al Estado su protección y fortalecimiento como base de una colectividad.

⁶⁹ Ministerio de Justicia (17 de mayo de 2004) Establece nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N°19.947).

⁷⁰ La Comisión de Estudios de la nueva Constitución Política de la República de Chile, conocida como comisión Ortúzar fue constituida por la Junta Militar que regía en país en la época del 80, cuya finalidad era preparar el anteproyecto de ley que modifica la Constitución.

integridad de la institución familiar y si fuera así, esa proposición quedaría en calidad de inconstitucional.

Si es considerado el divorcio una causal de desintegración de la familia, para ello debe existir necesariamente la celebración de un matrimonio válido lo que daría un atisbo en llegar a concluir que la única familia legítima, legal y reconocida en Chile es la matrimonial con exclusión de cualquier otra conformación.

De acuerdo a lo previo y situándose en el contexto histórico en que se gesta la Constitución del 80^o, donde existía una manifiesta violación a los derechos humanos, con un régimen político militar de facto es razonable reflexionar en el sentido que la carta fundamental chilena no realiza un reconocimiento a la familia no matrimonial, al menos como la base fundamental de la sociedad.

No obstante, es evidente que en Chile existen distintas estructuras familiares, independiente de una definición oficial o legal que pretenda abarcar o unificar todas sus constituciones. Desde la fisonomía del país con sus variadas culturas, diferentes tipos de familias y por ende diferentes formas de niñez como parte integrante de este tipo de organización.

Sin embargo, desde siempre la tendencia ha sido legitimar como sociedad a una de ellas, como la que más corresponde a un “orden de ser”⁷¹, pero quién es el llamado a determinar este orden de ser, o más bien cómo se puede llegar a acordar en la correcta conformación de una familia, sin duda ello representa un desafío constante de cada época.

Actualmente, el boletín N° 3.863-07 ⁷² contiene una moción parlamentaria de reforma constitucional que pretende sustituir el inciso 5° del artículo 1° de la Constitución Política de 1980. Lo primero que llama la atención es que se reconoce que han surgido diversas interpretaciones en relación a la protección que la Constitución le otorga a la familia.

Dentro de tales interpretaciones se plantea la pretensión de hacer extensivo el reconocimiento constitucional de familias a las formadas por personas del mismo sexo, sin embargo, lo que se establece en la pretendida

⁷¹ Ver Ochoa, J & Santibañez, E, en “La Niñez: Un concepto que discrimina” Santiago, Chile, Documentos de Trabajo, Centro de Investigación y desarrollo de la educación (CIDE), 1985, en concreto pág. 19.

⁷² Boletín N° 3.863-07, ingresa como moción parlamentaria a la Cámara de Diputados con fecha 11 de mayo del año 2005 y es archivado en el primer trámite constitucional de la Cámara Baja con fecha 9 de junio del año 2009. Recuperado de: <https://www.congresoabierto/proyectos/3863-07>. (Consultado: 02 de noviembre del año 2016).

reforma escapa a cualquier interpretación, ya que la unión matrimonial que se genera entre un hombre y una mujer es la reconocida constitucionalmente y constituye actualmente el exclusivo acto fundante y principal de la familia.

Estos requisitos de validez deben ser cumplidos no sólo por los matrimonios celebrados en Chile, sino por todo matrimonio celebrado en el extranjero que pretenda ser reconocido en el país como una forma de dar eficacia a las leyes nacionales.

Desde otra forma de interpretación y fundamentada en el artículo 19 N° 2 de la CP, donde se consagra el principio de igualdad ante la ley, es posible estimar que al menos la CP reconoce de forma implícita a la familia constituida de manera diversa al matrimonio, al establecer que: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”, señalando además que en Chile no existen grupos privilegiados.

Lo que antecede cobra sustento si se considera la ley que establece los actos constitutivos de violencia intrafamiliar⁷³, en razón al establecimiento de la calidad de víctima de tales actos, al incorporar “al que tenga o haya tenido una relación de convivencia con el victimario”. A este respecto, la norma equipara la convivencia con la calidad de cónyuge y por ende reconoce como familia a una unión de hecho lo que estaría en evidente contradicción a lo establecido en la Constitución.

No obstante, mirando más allá de la forma en que se reconoce social o constitucionalmente, es necesario reflexionar en torno a la función social considerada inalterable en todos los tiempos, en razón que la familia debe significar en la vida de sus integrantes y especialmente en niños, niñas y adolescentes el espacio de protección, sociabilización y desarrollo de cada uno de ellos, debiendo ser la línea de estudio central de la investigación.

Esta función de contención y protección es considerada como el contexto social fundamental, más natural y básico, y la principal responsable que niños y niñas crezcan en armonía en todas sus dimensiones, íntimas, privadas y públicas ⁷⁴.

Debe cumplir en los niños un papel sociabilizador que resulta determinante para su desarrollo y posterior adultez, es transmisora de

⁷³ Ministerio de Justicia. (07 de octubre de 2005) Establece Ley de Violencia Intrafamiliar (Ley 20.066). Recuperado: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242648> (Consultado: 04 de noviembre del año 2016).

⁷⁴ Ver Amar, J, en “Infancia, familia y derechos humanos”, Barranquilla, Colombia, Ediciones Uninorte, 2007, pág. 41-115.

comportamientos y creencias a través de los distintos estilos de crianza que van forjando su comportamiento y definiendo la personalidad de niños y niñas desde la más temprana edad. De igual forma, debe cumplir la función en los menores de edad de transformarse en un soporte emocional importante que moldeará su personalidad en el futuro.

En este escenario, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de RIAD⁷⁵, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en adelante AGNU, en el año 1990, considera prestar especial atención al proceso de sociabilización e integración de niños, niñas y jóvenes a través de la familia, dado que ésta es la encargada de la integración social primaria del niño, debiendo preservar su integridad, incluyendo la familia extensa. Se reconoce e incorpora por primera vez el concepto de familia extensa, abriéndose la posibilidad de una conformación distinta a la tradicional.

Surgen ideas y reflexiones, al constatar que la familia ha experimentado una evolución en cuanto a su estructura y funciones sociales tanto en la sociedad chilena cómo en el resto del mundo. Sin embargo, es posible concluir que se mantiene un reconocimiento y por ende protección disímil entre aquellas familias que no se fundan en el matrimonio, de aquellas que poseen un reconocimiento completo en cuanto a protección y derechos establecidos o fundados en el vínculo matrimonial.

Resulta paradójica la reflexión anterior considerando que habitualmente es el mismo ordenamiento jurídico connacional el que regula la forma de disolución del vínculo, privando a sus integrantes, o más bien quedando en una manifiesta desprotección y en desequilibrio en cuanto al reconocimiento de sus derechos de los cuales eran titulares mientras se encontraba vigente el matrimonio, arrastrando en esa indefensión a los niños.

Cabría preguntarse si tal desigualdad, desequilibrio y desprotección responde a una sociedad propia del siglo XXI, ya que la familia sigue siendo el núcleo más íntimo donde niños y niñas deben encontrar la satisfacción plena de sus necesidades con independencia si nacen en una familia matrimonial o fuera de ella o si en el transcurso de su vida la constitución familiar varía y con ello varía la protección en sus derechos, será que su

⁷⁵ Naciones Unidas (14 de diciembre de 1990) Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PreventionOfJuvenileDelinquency.aspx> (Consultado el día 09 de julio del año 2017).

interés superior de igual forma debe variar en cuanto a representar una consideración primordial.

1.2.2 Establecimiento de la Familia en el orden legal

Como una forma de establecer el concepto en el orden legal, se hace necesario realizar una aproximación a ciertos elementos que la articulan en cuanto a sus fines y naturaleza, con el propósito de diferenciarla de las demás organizaciones sociales que se regulan jurídicamente, lo cual se intentará afrontar.

Sin duda, un componente diferenciador respecto a cualquier otro tipo de estructura social es el vínculo afectivo que se genera entre sus miembros, lo que es denominada por algunos autores como *affectio familiaris*⁷⁶, que conlleva a que exista un auxilio mutuo, compartiéndose objetivos y metas comunes que se encuentran por sobre lo individual. Las relaciones de parentesco y fundamentalmente sus fines son considerados de igual manera rasgos distintivos de la considerada más antigua sociedad natural.

En esta dirección es considerada la familia como la sociedad natural más necesaria que ha existido desde siempre, ello en razón de los fines que presenta, fundamentalmente, procrear y vivir en comunidad. Esta sociedad natural se encuentra subordinada a la sociedad civil a través del Estado, convirtiéndose en una necesidad regular las relaciones que se generan entre sus miembros y éstos con la sociedad⁷⁷.

Es apropiado sostener que la familia es una sociedad natural anterior a la sociedad civil, respondiendo al derecho natural y las relaciones que se generan entre sus miembros vinculadas a este derecho. A éste respecto, no requiere reconocimiento por parte del Estado para subsistir, debiendo en su rol protector encontrarse al servicio de ésta y no de forma contraria⁷⁸. Sin

⁷⁶ Ya en el lustro anterior, el profesor Corral, H, acuño tal término, ver en “Familia y derecho. Estudio sobre la realidad jurídica de la familia”, Santiago, Chile, Colección jurídica de la Universidad de los Andes, 1994, en concreto pág.12, para significar con ello lo relevante de las relaciones familiares con intereses y objetivos comunes.

⁷⁷ Ver Ugalde, J, en “La familia como sociedad natural”, Revista de derecho chileno, vol 7, 1980, pág. 12-25. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649348.pdf> (Consultado el día 06 de noviembre del año 2016).

⁷⁸ El mismo Ugalde, idem, pág. 177, señala que:

“La familia es una sociedad natural, lo que significa que sus fines, sus derechos y deberes esenciales y las relaciones éticas y jurídicas que crea entre sus miembros, también esenciales, son establecidos por la ley natural y quedan en absoluto abstraídos a la jurisdicción del legislador humano, salvo en cuanto a las determinaciones accidentales, cuando la misma

embrago, la relación entre familia y Estado ha sido desde siempre asimétrica ya que a medida que éste último ha ido adquiriendo poder y protagonismo en todo orden de cosas, correlativamente se han reducido los de la familia. Existe cada vez una mayor intervención por parte del Estado hacia su interior, regulando el rol y función de cada uno de sus integrantes, pero con especial atención en los niños.

El Estado actualmente interviene en la educación de menores, los jueces protegen y vigilan su vida y su salud entre otras materias, los previenen de abusos, sancionan toda conducta que riña con su moral, regulan sus actividades remuneradas, deciden en juicios en que se discuten divergencias entre su padres respecto a ellos y en general los amparan en el efectivo ejercicio de sus derechos. Los fundamentos de ello son variados, al respecto no se puede obviar que existe una orden en cuanto a resguardar y velar por el cumplimiento efectivo del mandato social en relación a la búsqueda constante del bien común ⁷⁹.

Haciendo alusión a lo anterior, quedaría demostrado que las relaciones que se producen entre miembros de una familia obedecería al orden público más que al privado. Esta clara injerencia del Estado en el ámbito familiar prueba que existe un interés público en ello, más bien la existencia de un orden público familiar que justificaría su intervención⁸⁰, razón por la cual el derecho debe regularlas, pero no transformarlas.

Sin embargo, los cambios en los intereses sociales que se perciben han generado la necesidad del Estado, por medio del ordenamiento jurídico, de experimentar una readecuación constante en sus normas para responder a esta especie de orden público familiar.

Esta readecuación o más bien reorientación se ha manifestado fuertemente por la relativización del concepto jurídico de familia enraizada

ley natural deje lugar a ellas. Lo mismo cabe decir del matrimonio o sociedad conyugal que es parte constitutiva de la familia y su principio, al menos en la intención de la naturaleza”.

⁷⁹ Ver Borda, G. “Tratado de derecho civil-familia”, Tomo I Buenos Aires, Argentina, Asko, 2003. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/13636813/Borda-Guillermo-Tratado-de-Derecho-Civil-Familia-Tomo-1> (Consultado el día 15 de octubre del año 2016).

⁸⁰ Ver Mangione, M. “Derecho de Familia-familia, proceso y Estado”, Santa Fé, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, 2000.

tradicionalmente en el acto del matrimonio⁸¹, comenzando de esta forma a vislumbrar la ampliación del concepto que regule jurídicamente otros tipos y formas distintas a la unión matrimonial.

Como una forma de responder a ello, los ordenamientos jurídicos, en general, no definen lo que es familia en el orden legal, limitándose a normar las relaciones al interior de ella, otorgándole efectos jurídicos⁸². En efecto, desde el orden jurídico el concepto de familia no es único, existiendo varias acepciones que dependen del enfoque que se le otorgue fundamentalmente considerando la estructura en cuanto a su composición⁸³.

⁸¹ En esta línea seguimos a Hervana, J, en “La identidad del matrimonio”. IV Jornadas Chilenas de derecho natural. Revista chilena de derecho, 1980, en concreto pág. 286, quien señala que:

“Fundar una familia y ser principio común de generación es, en definitiva, lo mismo, porque el matrimonio es la raíz de una nueva familia, origen y semilla del nuevo árbol familiar, es por lo tanto una semilla fértil, un renuevo fecundo”.

⁸² De esta manera es entendido por algunos autores, entre los que se encuentra Buenaga, O en “La familia y la seguridad social”, España, Dykinson, 2014, en concreto pág. 27, quien establece:

“Cuando el derecho regula la familia lo hace respecto a su estructura y funciones al normar el acto que le da fundamento como es el matrimonio y las relaciones entre sus componentes, siendo el Estado el que regula jurídicamente la protección de la familia desde diferentes ámbitos”.

⁸³ Alessandri, A, en “Tratado de derecho civil”, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, en concreto pág. 436, estimó en su época que:

“Se puede distinguir la familia nuclear que sólo comprende los cónyuges e hijos, la familia de extensión lata grupo social que abarca a todos lo que viven bajo el mismo techo del padre de familia, aquella que se vincula con el estado civil, definiéndola como el grupo social de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de matrimonio o parentesco, sea éste de consanguinidad o de afinidad. Esta noción es la única que por lo general tiene valor jurídico”.

Responden a este concepto las definiciones de Díaz de Guijarro, Zannoni, Spota entre otros autores. Para Díaz de Guijarro, E, “Tratado de Derecho de Familia, Familia, concepto y elementos” Buenos Aires, Argentina, Tipográfica Editora, 1953, en concreto pág.194, quien la define cómo:

“La familia es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación”

A su vez el profesor López, C, en “Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia” Tomo I, Santiago, Chile, Librotecnia, 2005, en concreto pág. 17, la describe como:

“Familia es la unión socialmente aprobada por los vínculos de filiación, alianza y consanguinidad, de un hombre, una mujer y sus hijos”.

Según Belluscio, A, en “Manual de Derecho de Familia”, Tomo II Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004 Recuperado de: <http://es.slideshare.net/KhattaMuriel/augusto-belluscio-familia-tomoi> (Consultado el día 02 de octubre del año 2016), establece que el sentido de la definición de familia basado en el parentesco es la que reviste importancia jurídica, puesto que, las relaciones son las que se regulan, siendo el vínculo jurídico producto de dichas relaciones el elemento común. Mismo sentido le otorga el civilista Cica, citado por el propio Belluscio, en concreto pág.10, al señalar que la familia es un organismo jurídico en que se

De las consideraciones señaladas surge la idea que familia, en lo relevante desde lo jurídico son las relaciones que se producen entre sus componentes, relación que se regula a través de las normas y las consecuencias jurídicas de las mismas. Este enfoque es justamente el que se presente otorgar en la investigación.

El derecho chileno no contempla un concepto de familia en el orden legal, existiendo aproximaciones en diferentes cuerpos normativos que nos debieran acercar a una definición. En el Código Civil chileno⁸⁴, en diversos artículos se hace mención a este concepto, siendo uno de los más clarificadores el artículo N°815, inciso 2° que regula el derecho de uso y habitación, singularizando sus componentes, entre los cuales se contempla a los sirvientes. Esta definición evidentemente no responde a nuestros tiempos, presentando un alcance restringido, no obstante lo relevante es que la norma contempla las familias de derecho y de hecho ya que señala expresamente quienes la conforman con independencia al vínculo del matrimonio del usuario o habitador.

El artículo 15, N°2 del mismo cuerpo legal establece que las leyes patrias rigen a los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en el extranjero en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto a cónyuge y parientes chilenos. Nuevamente se regula a la familia constituida sobre la base del matrimonio y parentesco.

Por su parte el artículo N°141, misma norma, establece los requisitos para declarar un bien familiar, estableciendo que puede ser de propiedad de cualquiera de los cónyuges. Excluyendo cualquier posibilidad de afectar dicho bien como residencia principal de la familia cuando no existiere el vínculo del matrimonio. El beneficio que implica declarar un bien familiar

producen vínculos recíprocos de interdependencia y subordinación orientados a alcanzar el interés familiar.

El profesor Rossel, E en su "Manual de Derecho de Familia", Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, en concreto pág. 06, agrega un elemento que resulta interesante a la luz de la ampliación del concepto al contemplar que se constituye familia en un acto diverso al matrimonio:

"La familia está constituida por las vinculaciones jurídicas establecidas por la ley respecto a los individuos que han contraído matrimonio o que se han conocido carnalmente o que están unidos por parentesco".

⁸⁴ Ministerio de Justicia. (30 de mayo de 2000) Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley N° 4.808; sobre registro civil, de la Ley N° 17.344 que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.168, ley de menores, de la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271 de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones (DFL1) Recuperado: <https://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2015=10-22&p>(Consultado: 02 de noviembre del año 2016).

sólo es exclusivo de las familias matrimoniales dejando en una clara desventaja social y jurídica a quienes no ostentan tal calidad.

La Ley de adopción N° 19.620⁸⁵ hace referencia a lo que se debe entender por familia de origen, señalando que se considera a los parientes consanguíneos y a falta de ellos a quienes tienen bajo su cuidado al menor.

El Código Penal en el artículo N° 411 señala que personas se considera parte de la familia, en el mismo sentido anterior.

La ley que crea los Tribunales de Familia no regula de manera explícita qué se debe entender por ella, haciendo alusión a las materias de su competencia, infiriendo de manera implícita que dichas materias son propias del ámbito público familiar ejecutando el Estado esta normalización de sus relaciones.

A modo de conclusión, el concepto de familia se encuentra en diferentes normas que dan cuenta de un concepto disperso, sin una consistencia legal y con diferentes enfoques ambiguos y anacrónicos a los tiempos actuales. Sin embargo, independiente de la visión que se tenga sobre ésta, es indudable que ha cumplido desde siempre, una función social relevante la que se ordena a través de la regulación normativa como un mecanismo de control social del Estado de dirigir y de proteger a sus componentes.

1.3 Hacia una aproximación sociojurídica del principio del interés superior del niño, niña y adolescente

Si bien es cierto el principio del interés superior del NNA ha sido discutido y analizado en diversos ámbitos del saber, no siendo pocos los autores y estudiosos en la materia que han centrado su objeto de observación y estudio, aún no existe consenso en su contenido y alcance en cuanto a su correcta aplicación.

Una de las primeras cuestiones a explorar radica en la importancia de conceptualizar y definirlo desde diversas aristas, especialmente resignificándolo para el objeto de la investigación, con vista a ello se intentará afrontar desde lo social y jurídico. Esto, representa un gran desafío, ya que, la idea que encierra el concepto y a la vez, lo que lo exterioriza, se encuentra en una constante evolución y transformación que varía de acuerdo

⁸⁵ Ministerio de Justicia. (05 de agosto de 1999) Dicta norma sobre adopción de menores (ley N°19.620) Recuperado: https://www.oas/dil/esp/Ley_19620_Adopción_Chile.pdf (Consultado: 04 de noviembre del año 2016).

a los tiempos, de acuerdo a la sociedad, de acuerdo al ordenamiento jurídico e inevitablemente de acuerdo a la persona que lo aplica.

A este respecto y desde lo normativo, igualmente, se ha estimado que es un concepto de difícil consenso ya que involucraría prejuicios, valores y todo lo relacionado con lo metajurídico que debe ser considerado siempre al momento de su aplicación.

Finalmente, es un concepto que presupone la preexistencia de derechos en favor de los niños, considerando ésta última de las tendencias la más acorde al espíritu de la Convención, ya que involucra no sólo un reconocimiento de derechos previos, por la sola condición de ser niños y niñas sino un mecanismo efectivo tendiente a otorgar protección y seguridad jurídica⁸⁶.

1.3.1 Evolución histórica conceptual del principio del interés superior del niño, niña y adolescente

Una de las discusiones más relevantes de la historia de la humanidad ha sido, sin duda, la que se ha generado en torno a los derechos humanos⁸⁷. El primer documento que hace mención a los derechos humanos es la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), influenciada por la corriente del Iusnaturalismo de la época, en donde se reconocían ciertos derechos como naturales, anteriores y comunes a todo hombre.

Sin ser objeto central de esta investigación, el análisis de la declaración, se infiere de su espíritu un reconocimiento a la libertad y la igualdad jurídica de los Franceses que pasan a ser ciudadanos considerados titulares de derechos y obligaciones, asentando e instaurando la búsqueda constante de

⁸⁶ Ver Cillero, M, en “El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°1, 1999, en concreto pág. 53.

⁸⁷ Ver Bobbio, N, citado por Cisneros, en “Igualdad y libertad”, Barcelona, España, Paidós, 2004, en concreto pág. 282, reseña que:

“En busca de la justicia, las desigualdades sociales es un ideal a perseguir, para lo cual los derechos humanos deben ser un elemento central de la cultura jurídica, así como uno de los principales indicadores de progreso histórico y de la legitimidad de los sistemas democráticos”, el reconocer al otro como titular de iguales derechos no es un tema reciente sino más bien, se remonta a épocas pasadas.

Como lo observa González N, en “Los derechos humanos en la historia”, Barcelona, España, Gramagraf, 1998, en concreto pág. 18, al señalar que:

“Los derechos humanos son históricos en cuanto que miran hacia el futuro”, queriendo destacar que son trascendentes en el tiempo, teniendo la capacidad de observar lo construido en el pasado para realizar las mejoras en el futuro”.

la igualdad del hombre y la conformación de una nueva sociedad, sindicándose como un documento que consagra la victoria del ciudadano sobre el poder⁸⁸.

La Declaración está dirigida, fundamentalmente, al reconocimiento de los hombres en cuanto a su sexo, razón de ello, es que, posteriormente se dicta la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadanía (1791) donde se le otorga igualdad jurídica a la mujer frente al hombre, haciendo nula mención a los menores, en ambas Declaraciones.

Fue recién en el año 1924 en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, donde se manifiesta de manera incipiente el reconocimiento de niños y niñas.

Esta declaración de voluntades no empleaba el término referente a los derechos humanos y a los niños se les considerada objeto de protección más que sujetos de derecho. Contenía de manera lacónica una serie de derechos orientados más bien, a la satisfacción de necesidades fisiológicas⁸⁹. Es en la Sociedad o Liga de las Naciones, considerada una de las primeras organizaciones políticas y de carácter universal, donde se comienza a tener mayor ocupación e internalización en la temática referida a los menores.

Fue en el año 1946 donde se aprueba el “Convenio Internacional para reintegrar en sus hogares a los niños y adolescentes”, estableciéndose que: “En cuestión de asistencia, el interés del menor debe prevalecer ante todo y sobre todo”⁹⁰.

Posterior a la segunda guerra mundial, (1959) es proclamada y adoptada “La Declaración de Las Naciones Unidas de los Derechos del Niño”, en donde se establece por primera vez este principio en su normativa. No existe una real diferencia en el orden jurídico respecto a la declaración de

⁸⁸ Ver Bobbio, Mateucci & Pasquino, en “Diccionario de política”, México, Siglo XXI, 2005. Recuperado de: <http://metodologiainvestigacionpolitica.blogspot.cl/2012/05/diccionario-de-politica-norberto-bobbio.html> (Consultado el día 10 de junio del año 2016).

⁸⁹ Ver Álvarez, M^a I, Coord. Rodríguez Torrente, en “La política de protección de menores en el ámbito internacional, El menor y la familia: conflictos e implicaciones”, Editorial. UPCO, Madrid, 1998, en concreto pág.175.

No obstante, como lo prescribe García, J, Coords. T. Vicente & M.Herández, en “Los derechos de los niños, responsabilidad de todos”. España, Universidad de Murcia, 2007, en concreto pág. 175, resalta que:

“La forma en que esta declaración tiene de enunciar el interés superior del niño, es a través de afirmar que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”.

⁹⁰ Ver, “Derechos de la Infancia y educación inclusiva en América Latina”. Montevideo: Uruguay: Granica S.A., citado por Dávila & Maya, 2011, en concreto pág. 45, se considera en aquella declaración el nacimiento del “Interés superior del niño, niña y adolescente”.

Ginebra, sino más bien, existe un reconocimiento a derechos en el orden civil de los niños y un concepto del mismo.

A partir de estos instrumentos comienza a gestarse un planteamiento que tiene como criterio la protección específica a los niños, el cual se ve reflejado, de manera muy incipiente, en el nacimiento del principio del interés superior sin mucha claridad respecto a la forma en cuanto a su aplicación y alcances.

Treinta años más tarde (1989), la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la “Convención sobre los Derechos del Niño”, en su espíritu recoge la universalidad de los derechos humanos, confirmando este tratado la tesis de la indivisibilidad y la interdependencia de éste tipo de derechos aplicados a la infancia, acentuándose la trascendencia del mismo en la protección que se le otorga a las generaciones presentes y futuras y el carácter preventivo que ello adquiere⁹¹.

Con ello se inicia un desafío que se mantiene en proceso, una apertura en cuanto a que tanto los actos individuales y sociales se armonicen y confluyan, en que los derechos humanos sean efectivamente respetados⁹².

Resalta la función de la familia como núcleo fundamental en el desarrollo de los niños y la obligación del Estado de manera subsidiaria. Se le atribuye ser el primer Tratado Internacional, en adelante TI, con alcance universal y fuerza vinculante que regula los derechos humanos de la infancia reconocidos de manera individual y social, sin embargo, se considera que existen omisiones relevantes ya que no se hace mención al niño que está por nacer, o desde cuándo es considerado niño jurídicamente, dejando al arbitrio de cada legislación su regulación lo que viene a quitarle fuerza en su aplicación.

⁹¹ Ver Carmona, M, en “La Convención sobre los derechos del niño”. Instrumento de progresividad en el derecho Internacional de los derechos humanos. Madrid, España, Dykinson, 2010, pág. 50-100.

⁹² En esta línea Bokser, M, en “Derechos de Niñas, de Niños y Jóvenes. Políticas de Gestión Territorial”, Buenos Aires, Argentina, Lumen, 2005, en concreto pág. 39, señala que:

“Pensar (y decir) que niños, niñas y adolescentes son sujetos titulares de derechos, o que los seres humanos tenemos derechos (actuando u omitiendo actuar en consecuencia) implica pensar en una apertura, en una convocatoria que puede lograr reflejarse en reconocimientos y entrecruzamientos, en confluencias y modalidades de organización de diferentes miradas, recursos, saberes, disciplinas-pertinencias, incumbencias y competencias-con el propósito de ir alcanzando la superación de patrimonios exclusivos, hegemonías y fragmentaciones”.

No obstante, al ser ratificado por los Estados partes, se adopta el compromiso respecto a la obligatoriedad en cuanto a su cumplimiento y el compromiso de regular y modificar la legislación interna con la finalidad de darle coherencia para el efectivo cumplimiento del tratado suscrito.

En Chile, se suscribió la Convención el 26 de enero de 1990, siendo aprobada ese mismo año por las dos Cámaras del Congreso Nacional y ratificado ante las Naciones Unidas con fecha 13 de agosto del mismo año. Fue promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 830⁹³, publicado en el Diario Oficial ese mismo año, otorgándole valor de ley para todos los efectos legales.

Por ser la Convención un instrumento que reconoce derechos humanos goza de un tratamiento especial en la legislación chilena, que considera la obligatoriedad de los Tratados Internacionales ratificados por el Estado y que se encuentren vigentes como se establece en la Carta fundamental de 1980 (Const., 1980, art. 5)⁹⁴.

En el decreto promulgatorio se destaca el reconocimiento igualitario de todos los componentes de la familia, resaltando la función de ésta como el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus componentes, pero especialmente de los niños, estableciendo que deben recibir protección y asistencia necesaria para asumir sus responsabilidades en la comunidad.

No se puede dejar de reflexionar respecto a esto último, considerando la escasa o nula participación de los niños en la comunidad y sociedad chilena, no aclarando el instrumento legal a cuáles responsabilidades apunta o cómo se asegura su ejercicio. Se destaca la importancia de las tradiciones y los valores culturales de los pueblos en cuanto a la especial protección y

⁹³ Ministerio de Relaciones Exteriores (publicado el 27 de septiembre del año 1990) Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Decreto N° 830. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/N?i=229557&f=2015-02-06&p=> (Consultado: lunes 26 de septiembre del año 2016).

⁹⁴ La Ley N° 18.825 publicada el 17 de agosto del año 1989 agrega al artículo 5°, la oración final del inciso segundo que considera: “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”. La razón de su incorporación surge toda vez que durante el ejercicio del Gobierno Militar se ratificó y promulgó tratados sobre Derechos Humanos que no fueron publicados en el diario oficial por lo que los Tribunales de Justicia no los consideraban por surgir la interpretación que no se encontraban vigentes. De tal forma se lograba considerar que los derechos esenciales garantizados por la Constitución y Tratados Internacionales tenga la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. Ver en Cumplido, F, en “La reforma constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución : Sentido y alcance de la reforma”. Doctrina y jurisprudencia. *Ius et Praxis*, 9 (1), 365-374. <https://dx.doi.org/10.4067/SO718-00122003000100018> (Consultado: lunes 8 de agosto del año 2016).

desarrollo armonioso de los niños lo que debe considerarse en cada cultura que atienda al mejor interés de su infancia.

Un órgano importante a nivel Internacional en la supervisión de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño es el Comité de los Derechos del Niño, institución a la cual los Estados parte deben informar de manera periódica sobre el grado de cumplimiento de la Convención. Esto se materializa a través de observaciones realizadas a los Estados partes, quienes deben evacuar informes sistemáticos y periódicos cada cinco años acerca de los progresos, dificultades y remediales en cuanto a su aplicación.

En este entorno se visualiza que en el último tiempo la preocupación por los niños ha sido una inquietud central de todos los actores relevantes de los actuales tiempos. Se ha pasado de un interés por el niño a la necesidad de inventar un instrumento de medida que se llama interés del niño, justamente la determinación de su sentido y alcance es materia de nuestra investigación.

1.3.2 Aproximación al concepto de Interés Superior del niño, niña y adolescente desde la concepción social

Para acercarnos a la temática del presente estudio, se hace necesario realizar una precisión previa, orientada a delimitar lo que se debe entender y cómo es aplicado el interés superior desde una concepción social, ya que se estima que dicho concepto internaliza no sólo lo establecido en la norma positiva sino más bien, los juicios de valor incorporados que son propios del intérprete y fundamentalmente los intereses consensuados en una sociedad.

El artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: “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”⁹⁵.

Al respecto, desde ya se adoptará la tendencia a entender por bienestar social lo que encierra aquel consenso imaginario de los componentes sociales en que el bienestar de cada integrante es responsabilidad de la sociedad en

⁹⁵ Para el profesor Cussánovich, A, en “Protagonismo, participación y ciudadanía como componentes de la educación y ejercicio de los derechos de la infancia”, En Historia del pensamiento social sobre la infancia, Lima, Revista de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 2, 1997a en concreto pág. 2,

“La introducción del principio del interés superior del niño en la Convención, ha salido a proclamar la imprescindibilidad de los niños en todo aquello que les concierne”.

su conjunto ⁹⁶. Se estima como un valor legitimado al interior de cada sociedad en donde el universo de sus componentes debe poseer los medios para satisfacer sus propias necesidades y las necesidades del otro⁹⁷.

En este sentido, es preciso suponer que el principio del interés superior tiene una alta significación social marcado por valores, principios y fines de un tiempo, cultura y sociedad determinada.

Atendiendo a estas consideraciones no existiría una sólo significación del principio, sino la existencia en igual número de culturas y sociedades acordando cada una de ellas cuál es el mejor interés de los niños y la forma de aplicarlo.

Se reflexiona que lo consensuado socialmente sólo entregaría lineamientos generales que deben ser apreciados respecto a condiciones de normalidad lo que exigiría una adecuación constante a los nuevos tiempos, a las nuevas circunstancias y a los actuales intereses sociales.

Un ejemplo de ello es suponer, socialmente, que un niño en sus primeros años de vida se encontrará siempre en mejores condiciones al cuidado de la madre en desmedro o desventaja del padre ya que histórica y socialmente ha sido aceptado de esa manera, lo cual responde a un modelo de padre proveedor y madre cuidadora, el cual a pesar que comienza a declinar aún se mantiene. De acuerdo a esto, se presume que el responder en tal dirección tendría una significación más trascendente o de mayor relevancia que la aplicación del propio interés del niño lo que no es cuestionado por los actores sociales.

En este tenor y ante la existencia de una desestructuración del entorno más cercano de los niños, aludiendo especialmente a las relaciones de familia, es el ordenamiento jurídico el llamado actuar como una forma de responder a la seguridad y protección jurídica necesaria con independencia a los consensos sociales.

Atendiendo a estos miramientos, una de la forma en que la sociedad otorga protección a niños y niñas es a través de la función delegada en los jueces que imparten justicia a través de los Tribunales de Familia, los que

⁹⁶ Ver Schmidtz & Goodin, R en “El bienestar social y la responsabilidad individual”, Madrid, España, Cambridge, 2000, pág. 30-55.

⁹⁷ Ver Valenciano & Fuentes & Díaz, en “Regímenes de bienestar social y propuestas de actuación frente al proceso de envejecimiento observado en el cono sur”, España, Editorial Universitaria de Almería, 2015, pág. 200-250.

deben aproximarse a conocer cuáles son los valores socialmente aceptados, con la finalidad de su aplicación en armonía desde lo jurídico y mirando siempre el mejor interés.

Por otra parte, surge la necesidad de explorar si en el acto de utilizar el citado principio en cumplimiento de la función delegada incorporan consciente o inconsciente la concepción que han ido construyendo como personas, sus propios resentimientos y sentimientos, si permean valores individuales, profesionales o sociales todos internalizados en su bagaje cultural.

En razón de ello, el Tribunal Supremo de España⁹⁸, lo ha considerado un “concepto esencialmente controvertido” al estar frente a un criterio normativo sobre el cual no existe unanimidad social; no obstante el juez al aplicarlo está obligado a alcanzar el resultado deseado, debiendo considerar, necesariamente, los valores sociales mayoritariamente aceptados, pero jamás los personales puntos de vista del sentenciador.

Es preciso resaltar que no tener en cuenta lo que la sociedad requiere y estima en un tiempo y época determinada en cuanto al mejor interés de su infancia, es no otorgar debida protección a uno de sus componentes más vulnerables, produciéndose una distancia entre lo que es considerado mejor para la sociedad y lo que es mejor para los niños.

Finalmente, resulta pertinente tener presente que las representaciones sociales interpretadas en sus instituciones revisten una significación esencial en la caracterización de lo que deba entenderse por interés superior, ya que el imaginario social, como se ha entendido “es más real que lo real”⁹⁹.

1.3.3 El interés superior del niño, niña y adolescente desde una concepción normativa. ¿Concepto jurídico indeterminado o determinable?

Una forma de aproximarse a la interrogante planteada, es tener presente lo establecido en el artículo 3º de la CDN, el cual establece como “una” consideración primordial en toda decisión que concierne a los niños en cuanto al principio de interés superior. Por otra parte el artículo N° 21 del

⁹⁸ Tribunal Supremo de España, Sección Civil, (6 de febrero de 2014) Sentencia 247/2014. (J Rafael Saraza).

⁹⁹ Ver Castoriadis, C, en “La Institución imaginaria de la Sociedad”. Barcelona, Tusquets, 1995, en concreto pág.184.

mismo cuerpo legal a propósito del proceso de adopción lo establece como “la” consideración primordial.

Esta sutil diferencia en el empleo de los artículos, cobra relevancia si entendemos que en el primero de ellos, el interés superior es considerado como un concepto jurídico indeterminado debiendo aplicarse al igual que en las demás consideraciones que atienden a la debida protección de los niños y en el segundo de los casos, el principio sería consecuente con aquellos conceptos que responde a ser determinado en su contenido, siendo en éste caso imperativa su exclusiva y excluyente aplicación.

Respecto a la importancia en la utilización de los artículos que son empleados en la Convención en uno y otro caso, se señala que, “Por medio del uso del artículo definido “la”, se descarta la posibilidad de cuestionar la primacía del interés superior del niño a través de interpretaciones basadas en argumentos culturales o de otro tipo”, entendiéndose que en las relaciones propias del Derecho de Familia su consideración debe ser la más relevante por el resto de las relaciones en que se ve involucrado el menor, en la que se tendrá siempre como una consideración primordial¹⁰⁰.

Se considera que nos encontramos frente a un principio fundamental que se convierte en una especie de columna vertebral sobre lo cual se debe construir todo lo relativo al menor, manifestándose en pronunciamientos concretos y particulares¹⁰¹.

Ahora bien, desde otra mirada y considerando que la Convención pospone al interés superior a la calidad de principio, es posible estimarlo como una cláusula general de interpretación que le corresponde orientar desde un todo las decisiones en las que se ve involucrado un menor.

¹⁰⁰ Ver Pilotti, F, en “Globalización y Convención sobre los derechos del niño”, El contexto del texto, Washington, DC, Organización de los Estados Americanos, 2000, en concreto pág. 54. El mismo Pilotti, en razón de calificarlo como principio sostiene que “Al elevar el interés superior a la categoría de principio orientador de las medidas que afecten al niño fuera del ámbito familiar, entre las que se incluyen las aplicadas por el Estado y organizaciones de la sociedad civil, la Convención opta por ampliar el margen de interpretación”, pero instalándolo siempre como la consideración primordial que debe ser aplicada.

¹⁰¹ Ver Martín, O, en “En Torno al Interés Superior del Menor”, Anuario de Justicia de Menores, vol. 12, 2012, en concreto pág. 39-65, indica que:

“El Interés superior no se limita ni reduce a unos aspectos determinados y concretos, sino que se trata de algo más amplio, de una fuerza expansiva que inspira, siempre de manera positiva y superadora, todo lo relacionado con el menor. La imprecisión e indefinición de la propia fórmula la hace acreedora a la permanente superación y conquista de nuevas metas, siempre favorables para el menor. Puede afirmarse que los sucesivos derechos subjetivos concedidos al menor van, paulatinamente conformando la proclamación general del interés superior del mismo”.

Si bien lo precedente es clarificador, debe existir un real acercamiento a la interrogante, con tal objeto y como una forma de contrastar lo anterior, surge la necesidad de conocer cómo el Comité de los Derechos del Niño a través de las recomendaciones a los Estados Partes y especialmente los Tribunales Superiores de Justicia han considerado en sus fallos los alcances y límites del interés superior, ésto como una forma de otorgar lineamientos que deben ser considerados por los Tribunales de primera instancia, como son los Tribunales de Familia en Chile y las instancias superiores.

Las razones señaladas cobran relevancia estimando que desde siempre han existido disidentes que manifiestan su preocupación al señalar que si bien, el principio se encuentra reconocido y establecido en la ley, todo lo que no se encuentra en ella y es aplicado, forma parte del abuso que se comete en su aplicación ¹⁰².

Al referir a que el principio del interés superior establecido en la norma jurídica corresponde a un concepto jurídico indeterminado, es necesario reflexionar respecto a la teoría Kelseniana en cuanto a la interpretación de las normas y la indeterminación del derecho en general.

La idea de Kelsen considera que todo acto que implique aplicación de una norma implícitamente genera un acto de creación, el cual en su inicio es indeterminado ya que sólo se encuentra definido en parte por el derecho que otorgaría el marco normativo general concretando su creación según la voluntad del legislador y su aplicación por parte del sentenciador¹⁰³.

¹⁰² Esto favorecido por considerarlo un concepto jurídicamente indeterminado, vago e impreciso y de difícil consenso en cuanto a su aplicación. Ver Carbonnier (1970) citado por Verdier, en "Un avance de subjetivismo y el poder de los intervinientes", JDJ, RAIJS, núm. 280, 2010, en concreto, pág 3.

Recogiendo esta misma tendencia, y al poco tiempo de su instauración lo describe Giberti, E & Grassi A, "Las éticas y la adopción", Argentina, Sudamericana, 1996, en concreto pág. 32 a propósito de los procesos de adopción afirmando que:

"Ese interés superior fue y es enarbolado por los adultos como una garantía de responsabilidad. Su emisión constituye un espacio vacío cuyo horizonte es la infinita multitud de niños que pueblan el planeta, diferenciándose entre sí, lo cual es indicador de que existirá una multiplicidad incalculable de intereses superiores del niño".

¹⁰³ Kelsen, H, ver en "Teoría pura del derecho", (Traducido al español de *Theorie pure du droit*), Argentina, Universidad de Buenos Aires, 1960, en concreto pág. 129. Quien de acuerdo a su teoría sostiene que:

"La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a éstas soluciones, valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. El tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones

Cabría concluir, entonces, que el juez al momento de la aplicación del principio del interés superior simplemente se encuentra creando derecho positivo dentro de los límites que la propia norma le otorga, convirtiéndose en un principio indeterminado pero determinable.

Continuando con la tarea de aproximarse a la interrogante propuesta, resulta del todo interesante la tendencia respecto a considerar que en cuanto al grado de determinación legal de los conceptos jurídicos tributen a que el derecho reglamente la vida social, debe cumplir con dos grandes funciones que aparentemente resultan contradictorias. Por una parte, el derecho debe otorgar un grado de rigidez y estabilidad a fin de garantizar la seguridad jurídica, igualmente debe considerar ser flexible, evolutivo y capaz de adaptarse a las transformaciones y modificaciones de la vida social¹⁰⁴. En el ámbito normativo, lo anterior se ve reflejado en la existencia de conceptos jurídicos determinados e indeterminados¹⁰⁵.

En atención a las ideas expuesta, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados revisten idéntica validez jurídica respecto a otras categorías de conceptos, resaltando que en el acto de su empleo sólo se dan efectos

posibles una sólo se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única”.

¹⁰⁴ Martín, M. “El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos”. Revista de la administración pública, N° 54, 1967, pág. 100-150.

Refiere el autor que estas funciones son evidenciadas en normas jurídicas fijas, estables, precisas, completas, detalladas, inmóviles y rígidas en contraposición a aquellas normas que se caracterizan por ser genéricas, elásticas, flexibles, completables, móviles, fluidas e inestables. Estas últimas son las que permiten elasticidad en las soluciones y adaptación al medio en que se apliquen siguiendo en éste caso la técnica del standard jurídico, siendo conceptos capaces de adaptarse a las innumerables posibilidades que presenta la vida social. Manifiesta el mismo autor que la existencia de estos conceptos indeterminados, es necesaria ante la improbabilidad de conseguir la totalidad de regulaciones jurídicas posibles en la aplicación de una norma. Percibe que existe un acto de aplicación ante la presencia de un concepto jurídico indeterminado al establecer que:

“Cuando de la aplicación de conceptos indeterminados se trate, el órgano no interpreta el único sentido de la norma, sino que elige, previa valoración jurídica de las circunstancias en presencia, de entre los diversos sentidos de la misma el que crea más oportuno para el interés público; el sentido axiológico de interés público se vivencia a través de las circunstancias del caso” (p. 288).

Relata que ante un concepto jurídico determinado, tal determinación se encuentra en la norma; sin embargo ante la indeterminación, existe un acto de aplicación, siendo el mismo ordenamiento jurídico el que otorga la facultad discrecional en cuanto a su utilización.

¹⁰⁵ Cómo lo refiere el profesor Pérez Manrique en “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes”. En Justicia y Derechos del Niño N° 9, Chile, Unicef, 2012, en concreto pág. 256.

“La propia complejidad de un caso en que un niño necesita protección hace imposible que sean indefinidas respuestas para todos ellos, de allí radica el fundamento de la incorporación del interés superior del niño”.

jurídicos particulares que alcanzan al caso en concreto cumpliéndose con la función del derecho de entregar seguridad y estabilidad jurídica¹⁰⁶.

La existencia de conceptos jurídicos indeterminados se han establecido desde siempre en la normativa, dejando al juez la función de crear derecho positivo en el acto de su aplicación. Adoptando esta tendencia, el Derecho de Familia que se caracteriza por vivencias, un alto contenido social y moral, es estimado necesario establecer conceptos rectores y orientadores con tal indeterminación en razón de las variantes propias de la vida social y familiar, lo contrario significa la rigidización en la decisión que podría revestir tintes de arbitrariedad al dejar fuera de su aplicación la individualidad propia del asunto.

Al respecto, resulta relevante el análisis que se realiza a propósito del tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán, estableciéndose la imposibilidad de definirlo, ya que es un concepto que no puede acotarse, debido a su propia naturaleza. Es un principio que dirige la intervención y fija pautas para los Tribunales, exigiéndole al juez al momento de su aplicación, remitirse y considerar elementos extrajudiciales, por tratarse de una materia interdisciplinar.

En este contexto, se resalta la importancia del campo de la psicología y la relevancia de saber interpretar intereses, carencias, miedos y necesidades de los niños, fundamentalmente cuando la norma permite tal interpretación¹⁰⁷.

Esto, es recogido por la doctrina Alemana al establecer en la Constitución una serie de criterios orientados a la autorresponsabilidad y

¹⁰⁶ Cómo lo manifiesta Guinea, D. (2004). Coords. J.M.González Porrás, F.P. Méndez González, en "Conceptos jurídicos indeterminados en la ley orgánica 1/1996 de protección al menor". En Libro homenaje al profesor Manuel Albadarejo. Tomo I, España, Servicio de publicaciones, Universidad de Murcia, 2004, en concreto pág. 2265:

"El interés del menor constituye una faceta de la llamada equidad, entendida ésta cómo la justicia del caso concreto".

¹⁰⁷ Ver De Torres Perea J, en "Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán", publicado en la Revista Anuario de Derecho Civil, Tomo LIX, Fascículo II, Abril-Junio 2006, Madrid, en concreto pág. 679. El autor concluye:

"El interés del niño es una materia interdisciplinar: desde el punto de vista jurídico es un concepto indeterminado, una cláusula general que debe ser interpretada y aplicada en cada supuesto, y desde el punto de vista psicológico implica que partiendo de un apreciable conjunto de factores conectados unos con otros que resultan perjudiciales para el menor, debe buscarse un punto de referencia que oriente al menor reduciendo la intensidad y complejidad de dichos factores".

voluntad racional y emocional del niño que deben ser considerados al momento de la aplicación del principio por parte de los Jueces de Familia.

Es necesario considerar todo lo que involucra el factor social propio del momento en que se realiza la aplicación del principio, ya que se encuentra condicionado a cada sociedad en un periodo determinado.

Incorporar factores que respondan a lo social, (los que forman parte del entorno del niño, ya que muchas de sus conductas se encuentran condicionadas por dichos factores los que se manifiestan en su voluntad racional y emocional), es tener una visión integral de todos los elementos que inciden en el procedimiento judicial en que se ve involucrado un menor. La adecuada interpretación y aplicación de cada uno de estos factores, jurídicos, psicológicos y sociales contribuirá a que el juez tome la decisión más justa y adecuada al caso concreto.

Por otra parte, hay autores que no reconocen tal indeterminación, ya que, consideran que emplear el interés superior al caso concreto, lleva implícita la aceptación previa que deben ser reconocidos y considerados los derechos establecidos en la Convención en favor de niños y niñas¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Como lo advierte Garrido, R, en “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico” Problema anuario de filosofía y teoría del derecho, 2013, en concreto pág. 100. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100006&lng=es&tlng=es (Consultado el día 11 de agosto del año 2016), establece que:

“Lo anterior implica que la cláusula del interés superior tiene un contenido polisémico pero no vago ni impreciso en términos de su aplicación”

Agrega que el reconocimiento implícito de los derechos humanos y los derechos establecidos en la Convención a favor de los niños hace que se le otorgue exactamente sustento al principio. Lo que varía de un caso a otro es la calificación jurídica de los hechos y como la norma es aplicada en lo particular. De igual manera lo señala Freedman, D, en “Funciones Normativas del Interés Superior del Niño”, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, 2005, vol.7, en concreto pág. 3. Recuperado de: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm> (Consultado el día 3 de enero del año 2017) al afirmar que:

“Reconocido un amplio catálogo de los derechos de los niños en la Convención, no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño. De esta manera se pretende positivar el contenido del principio sobre la base de todos los derechos enumerados en la Convención, lo cual parecería garantizar la objetivación necesaria para preservar el paradigma de la “protección integral”.

Freedman introduce la idea de un “núcleo duro” de derechos del niño al interior de la Convención los que representarían un claro límite a la actividad Estatal discrecional. Dicho conjunto de derechos deben prevalecer siempre frente a los intereses colectivos y derechos de terceros. Sólo de esta forma se estaría garantizando la protección de los derechos del niño consagrados en la Convención.

En este escenario, la dogmática jurídica cobra especial relevancia en la determinación de la norma jurídica aplicable en cuanto a las pretensiones de validez del derecho en general. Sin embargo, han surgido corrientes disidentes en este sentido, argumentando que debe existir validez de la norma de igual modo que en el derecho en general, ante lo cual no sería necesario una comprobación de la eficacia en cada caso. Como lo ha evidenciado Alexy, R, en “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, Madrid, España, Prisma, 1997. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Título original: *Theorie der juristischen argumentation. Die Theorie des*

Al reconocer derechos preexistentes y la aplicación de la norma que atiende de manera primordial una serie de factores que sustenten el mejor interés del sujeto desde su individualidad es otorgar una doble protección, lo que se estima consistente con el espíritu de la Convención.

Siguiendo esta tendencia, el Tribunal Supremo de España, en sentencia 47/2015 con ocasión de pronunciarse sobre la guarda y custodia de un menor, establece que el interés prevalente, “Es la suma de distintos factores que tienen que ver con circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales”, las cuales deben ser valoradas en su conjunto para evitar factores de riesgo para la estabilidad del niño. Establece que “Es el interés del menor el que prima en éstos casos, de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellido”¹⁰⁹.

La necesaria indeterminación del concepto, no implica que en el ordenamiento jurídico existan criterios objetivos que contribuyan a evaluar y determinar la aplicación del principio por parte de los jueces, razón por la cual se debe observar la forma como ha sido abordado en la legislación Internacional como Nacional ya que tal indeterminación o determinación del concepto debe ser analizado, conjuntamente, con el acto de su aplicación.

Al respecto, surgen las recomendaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño, el cual en su observación general N° 14 (2013)¹¹⁰ establece que el principio estaría constituido por un concepto triple, identificándolo como derecho sustantivo, ya que es una consideración primordial que debe ser estimado siempre que se tenga que adoptar una

rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Argumenta que:

“La posibilidad de poder adoptar en las fundamentaciones dogmáticas enunciados ya comprobados y aceptados al menos de manera provisional supone una descarga en la medida en que sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación. Se puede renunciar a discutir de nuevo en cada caso cada cuestión de valoración. Esta función de descarga no es sólo indispensable para el trabajo de los Tribunales, que tiene lugar bajo la presión del tiempo. También aquí es imposible volver a discutirlo todo”.

Ante este planteamiento, no es posible adscribir tal razonamiento, ni menos fundamentar la indeterminación del principio, el cual tendrá sustento en otras disciplinas del derecho caracterizadas por estructuras más rígidas. El Derecho de Familia por las singularidades de dinamismo y construcción social resultaría inconveniente aplicar la cláusula de descarga, ya que se encuentra presente siempre una “razón especial” que debe ser considerada como es la existencia de un NNA. De igual forma, cimentar la decisión del juez revistiendo características generales, basado en los exiguos tiempos del Tribunal no se condice con una decisión que marcará los destinos de un niño o niña.

¹⁰⁹ Tribunal Supremo de España, Sección civil (13 de febrero de 2015) Sentencia 47/2015. (JA Seijas Quintana).

¹¹⁰ RC/C/GC/12/ 20 de julio 2009, pág. 4.

decisión que afecte a un niño o a un grupo de niños en general, constituyendo una obligación para el Estado y una exigibilidad en los Tribunales de Justicia.

Lo identifica como un principio jurídico debiendo siempre interpretarse de la forma más favorable a los menores y además una norma de procedimiento.

Finalmente lo califica como una norma de procedimiento indicando que, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o grupo de niños se debe estimar las posibles repercusiones positivas o negativas de la decisión en el niño o grupo de niños.

Es necesario resaltar lo último y aproximarse en conocer si de manera habitual los Tribunales de Justicia en Chile respetan en sus decisiones el interés superior, qué factores han sido considerados y cómo se han ponderado los intereses de o los niños frente a otros intereses, ya sea en asuntos normativos generales o en casos concretos.

Resultaría del todo interesante apreciar el razonamiento que el juez realizó a fin de determinar cuál es el mejor interés para el caso en concreto, ello contribuiría a una justicia más transparente y a tomar conocimiento de eventuales factores de riesgo a fin de minimizar en lo futuro tales causas.

Considerando la misma directriz, la legislación Española en materia de infancia, recoge el sentido expuesto al establecer el ámbito de aplicación del interés superior y la necesidad de instaurar criterios generales como una forma de otorgar contenido al principio, los cuales deben ser considerados en la aplicación e interpretación del mismo ya que se estima como un concepto jurídico indeterminado.

Al realizar un análisis de los criterios, éstos presentan una orientación al reconocimiento de los derechos humanos inherentes a toda persona, más que criterios relacionados en cuanto a la aplicación del interés superior de niños y niñas. Sin embargo, se otorga mayor significación a su participación a través del ejercicio del derecho a ser oído y escuchado y a la importancia que su desarrollo se realice en el seno de su familia de origen (Ley 8, 2015, art.2)¹¹¹.

¹¹¹ Congreso de la Nación. (22 de julio del 2015) Artículo 2 (título 2) Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley Orgánica 8 del 2015) Recuperado de: www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso (Consultado: 8 de agosto del año 2016).

La acertada interpretación del principio que ha llevado a cabo el Tribunal Supremo de esa Nación¹¹², señala que el juez debe hacer una doble operación. Primeramente identificar cuál es el interés superior del menor que se vería afectado, y en segundo lugar una vez identificado tal interés, cuál de las soluciones posibles es la que mejor lo satisface.

Indica el Tribunal Supremo que la ley define al interés superior desde un contenido triple. Estas tres dimensiones, tienen una misma finalidad, asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Sin duda el ejercicio anterior no resulta sencillo más aún cuando en la legislación Española no se contempla la maternidad subrogada, estableciéndose la gestación en la madre gestante, tema que forma parte de una realidad que se ha instalado en los tiempos actuales y que es doblemente complejo cuando se observa desde la vereda de cómo se resguarda el interés superior del niño nacido por maternidad subrogada o gestación por sustitución.

Se considera que existen ciertos aspectos que son especialmente sensibles en cuanto a la protección del interés superior, uno de ellos lo constituye el acto de inscripción de su nacimiento, convirtiéndose este sencillo trámite en un problema que afecta al IS de todo niño que ha nacido fuera de España mediante este método de maternidad subrogada y su negativa aduciendo que este tipo de método reproductivo no está permitido en el ordenamiento Español¹¹³.

Al respecto existen dos corrientes de opinión, una de ella establece que la identidad, la personalidad jurídica y la nacionalidad de las personas son

¹¹² El Tribunal Supremo de España se ha pronunciado respecto al interés superior del niño en al menos tres sentencias en donde el padre después de determinar la filiación judicial respecto de su hijo pretendía, a falta de acuerdo, y por aplicación de la legislación vigente en la materia, que el apellido paterno sea usado en primer termino a contrario de cómo había sido utilizado hasta ahora. El Tribunal de primera instancia confirma la pretensión del padre, igual resultado se obtuvo por vía del recurso de apelación. Interponiendo recurso de casación, el Tribunal Supremo partiendo del interés superior del menor, como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que le afecte, lleva una interpretación – correctora- de la normativa aplicable, ordenando en cuanto al orden de los apellidos, prime en estos casos el de la madre. (Tribunal Supremo, Sala de lo civil STS 4598/2015 R2446/2014 – STS 4597/2015 R1493/2014 – STS 544/2015 R2923/2013).

¹¹³ Ver Garibo, A, en “El Interés Superior del Menor en los supuestos de maternidad subrogada”, Cuadernos de Bioética, vol.2, pág. 246-259, 2017. Refiere Garibo Peyró que otro de los aspectos en que se vería vulnerado el IS está referido a las prestaciones de maternidad en las que no se consideran la maternidad por subrogación las que contribuyen a facilitar el cuidado de los niños en su primeros meses de vida y por sobre todo el apego con sus padres.

derechos que siempre deben ser reconocidos y protegidos más allá de lo que pueda establecer un ordenamiento jurídico en particular por lo que al denegar la inscripción del nacimiento se está vulnerando gravemente el IS de ese niño.

Por otra parte, se señala que al ser denegada la inscripción no se vulnera el IS ya que no se puede aplicar indiscriminadamente sin tener en cuenta otros bienes constitucionales con los que es preciso realizar una ponderación que se encuentran amparados en textos constitucionales y tratados del Derechos Humanos. Por otra parte, es posible que en la gestación subrogada exista una contraposición entre los intereses del niño y de la gestante ya que el niño necesita los afectos de la persona que lo gestó y la madre tratará de no involucrarse afectivamente con el niño.

Actualmente existe una presión social a fin de regular el contrato de gestación por sustitución lo que sin duda contribuiría a que exista un resguardo en los derechos de todas las partes del contrato pero especialmente una protección de quien no puede hablar ni opinar, el recién nacido. Sin duda la temática planteada recién comienza, revistiendo un número de aristas que en la actualidad ni siquiera son identificadas ni menos abordadas lo que implica un desafío para los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Volviendo la mirada hacia lo normativo, el concepto se encuentra establecido en un tratado de Derechos Humanos como se a considerado la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Convención que representa la culmine de un proceso gradual en la protección de los derechos de las personas que se encuentran en desarrollo, ya que desde su publicación se reconoce universalmente que los niños y niñas son titulares y sujetos de derechos, denominándolos la comunidad internacional, “sujetos de preferente tutela”¹¹⁴.

El elevarlo a la categoría de principio, se entiende como una limitación al actuar de los padres y del Estado lo que antes de la Convención no era cuestionado¹¹⁵.

¹¹⁴ Belaunzaran, en “Niñez y Derechos Humanos: Herramientas para un abordaje”. La Plata, Argentina, Universidad de la Plata, 2015, en concreto pág. 23.

¹¹⁵ Como lo menciona Cillero, M, en “El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. Justicia y Derechos del Niño, vol.1, 1999, en concreto pág. 53.

“Nada más lejano es creer que el interés superior del niño debe meramente inspirar las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una

En Chile, este principio se encuentra establecido en la ley que crea los Tribunales de Familia a propósito del título III que establece los principios del procedimiento. En razón de lo último surge como exigencia el deber de explorar como se ha ido incorporando al derecho civil chileno y al ordenamiento jurídico en general.

Para el ejercicio anterior es necesario tener presente las observaciones generales al cuarto y quinto informe periódico de Chile emitido por el Comité de los Derechos del Niño y Niña (2015)¹¹⁶ al manifestar su preocupación en que el interés superior no sea aplicado por los jueces en todos los ámbitos y de manera sistemática en todas las actuaciones y decisiones legislativas, administrativas y judiciales, debiendo elaborar procedimientos que garanticen que siempre sea aplicado como una consideración primordial, desde lo absoluto.

Señala que este principio se caracteriza por ser fundamental en el sistema legal del Estado Parte. Sin embargo, el Comité observa que no se aplica en todas las áreas de la ley, ejemplificando en cuanto a la decisión de condenar a los padres a extensas condenas privativas de libertad y que no siempre el Tribunal explica los criterios utilizados para determinar el interés superior del NNA y como fue considerado en el proceso de sus progenitores.

Con ello manifiesta su preocupación en examinar que tal principio no está siendo una consideración transversal en todas las áreas en que se ven envueltos NNA, además percibiendo ausencia en revelar el razonamiento jurídico que realiza el juez para determinar el mejor interés.

Lo anterior ha sido recogido en fallos de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, pretendiendo indagar si tal tendencia logra constituir jurisprudencia en los Tribunales chilenos, especialmente en los de competencia de Familia o bien sólo representan fallos aislados en la materia.

Un ejemplo de ello lo constituye la Sentencia de Amparo dictada el 23 de abril de 2015, por la Corte Suprema¹¹⁷, mediante la cual se Revoca la expulsión de la amparada por haber sido condenada como autora del delito previsto en el artículo 3 de la Ley N° 20.000, Ley que sanciona el tráfico ilícito de sustancias sicotrópicas y estupefacientes.

limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades”.

¹¹⁶ CRC/c/CHIL/CO/4-5.

¹¹⁷ Excelentísima Corte Suprema de Chile, Sala civil (23 de abril del 2015), Sentencia Rol N° 5276-2015.

En cuanto a la argumentación relevante del fallo, se puede consignar que el Ministerio del Interior le otorgó a la amparada permiso de permanencia definitiva. Que en su estadía en el país no se ha reclamado que haya participado en otro hecho delictivo, distinto al cual fue condenada, o se encuentre sujeta a alguna investigación penal por lo que su actuar constituye una conducta aislada que ya ha sido sancionada, no constituyendo habitualidad que determine el absoluto rechazo al territorio nacional.

Otro de los argumentos destacados hace referencia a las circunstancias personales y familiares de la amparada, estableciendo que no es posible desatender sus circunstancias personales y familiares de la persona que se encuentra actualmente en estado de gravidez y que tiene dos hijos menores nacidos en Chile de 4 y 8 años.

“De manera que de ejecutarse la medida ciertamente transgrede el interés superior de los menores al dictaminarse una medida que perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen a los Estados, especialmente lo contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política de la República, que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ella”. Finalmente y en atención a los argumentos considerados, se procede a Revocar el Fallo apelado.

Sin duda la Corte Suprema realiza una interpretación del principio de manera adecuada y armónica al espíritu de la Convención, estimándolo como una consideración primordial que integra a todo el ordenamiento jurídico del Estado chileno en donde se ven envueltos NNA, en este caso de manera indirecta ya que la aplicación de la sentencia a su progenitora sin duda genera consecuencias en la estructura familiar o en algunos casos en la desintegración de la misma.

Al observar el Comité de los Derechos del Niño y como una forma de acercarse a la manera cómo se ha entendido e incorporado en la norma, es necesario una aproximación a las discusiones en torno a la historia de la Ley 19.968¹¹⁸, norma que por primera vez regula el principio.

El mensaje del ejecutivo con el que se inicia el proyecto de ley (1997) da cuenta de “la asimetría de las transformaciones sociales y políticas que ha

¹¹⁸Historia de la ley N° 19.968. Recuperado de: <http://www.leychile.cl/navegar?idNorma=225597> (Consultado: sábado 30 de julio del año 2016).

experimentado el país y el estado de las instituciones jurisdiccionales, manifestándose en la incapacidad estructural del sistema de administración de justicia para hacer frente al crecimiento del litigio que ha experimentado el país”.

Hace referencia a la necesidad de atender cómo el sistema se ocupa del modo en resolver los conflictos asegurando que las decisiones tomadas sean percibidas por la sociedad como legítimas.

Se refiere a la forma en que “Los Instrumentos Internacionales y el Derecho Comparado aconsejan considerar a los niños que se relacionan con el sistema jurisdiccional, como sujetos de derechos que deben ser oídos, en un proceso interactivo en que sus intereses deben ser especialmente considerados”, naciendo una nueva concepción de los niños en la sociedad chilena, reconociendo en la legislación su calidad de sujetos de derecho.

Dentro de los ejes temáticos innovativos del proyecto de ley a propósito de la implementación de los Tribunales de Familia se encuentra el principio de inmediación lo que contribuye a ejercer justicia de manera directa, permitiendo vislumbrar elementos que deben ser tomados en consideración en la toma las decisiones.

La discusión en sala¹¹⁹, a cargo del diputado de la época de apellido Riveros da cuenta de la necesidad en la consagración de principios de procedimiento en materia de familia, oralidad, concentración, inmediación, actuación de oficio, colaboración, protección a la intimidad y el interés superior, indicando que tienen por objeto resguardar un factor básico, el acceso a la justicia.

Las ideas expuestas sugieren una interpretación inadecuada de abordar el interés superior en nuestro ordenamiento, situándolo fundamentalmente en establecerse como una regla procedimental de acceso a la justicia y cuya existencia obedece a la resolución de conflictos jurídicos cuando se presentan colisión de derechos, no reconociendo que su espíritu es otorgar una doble protección a niños, en su condición de titulares de derechos como personas y NNA.

Ante tal contexto, de universalidad y aparente indeterminación del principio se hace necesario considerar la forma en que los Tribunales Superiores de Justicia lo han interpretado he incorporado en sus fallos.

¹¹⁹ Sesión 21, 3 de diciembre del 2004. Cámara de diputados (Consultado: 31 de julio del año 2016).

Es nuevamente es la Excelentísima Corte Suprema en fallo de fecha 14 de enero del año 2013¹²⁰, que plantea los lineamientos en cuanto a la obligatoriedad en la aplicación del principio al establecer, “Si bien el interés superior se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobremanera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos, permitiendo así decidir situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna”.

Por otra parte la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en adelante CP, en fallo dictado en el año 2003¹²¹ sobre cuidado personal, considera una forma de darle sustento al caso concreto, atendiendo a ciertos criterios, en cuanto establece:

“Para la determinación en concreto y acudiendo a criterios estudiados por la doctrina, resulta necesario analizar el caso de autos en relación, al menos, a los siguientes factores: a) la opinión del menor; b) las necesidades materiales, educativas y emocionales del mismo y la probabilidad de que sean cubiertas por quien discuten la tuición; c) la relación afectiva con quien asumiría la tuición y el posible desarrollo afectivo y psicológico; d) el efecto probable de cualquier cambio de situación en la vida actual del menor; y e) si existiere algún daño sufrido o riesgo de sufrirlo por consecuencia de la tuición actual o futura”¹²².

¹²⁰ Excelentísima Corte Suprema, Sala Civil, Rol N° 7150-2012.

¹²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 7166 – 2003.

¹²² Esto, como una forma de establecer factores o criterios que aporten directrices a su determinación, como es recogido y mencionado por algunos autores.

“Nuestro legislador, siguiendo la técnica prototípica de los ordenamientos jurídicos anglosajones parece haber optado por incorporar junto con enunciados legales del tipo clausula general, un elenco de criterios indicativos que pretenden especificar y facilitar la búsqueda del interés de la persona menor de edad, criterios que vendrían a reflejar lo que la sociedad considera en cada momento como los factores más importantes o relevantes a la hora de definir lo que significa el interés de los niños y niñas” (Ravetllat & Pinochet 2015, p.4).

Ver Ravetllat & Pinochet, R en “Revista chilena de derecho”, vol. 42, N° 3 “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, 2015, en concreto pág. 4.

Es justamente con la dictación de la Ley N° 20.680 (2013)¹²³ que se pretende otorgar concreción y límites al principio del interés superior al realizar descripciones de conductas a modo de criterios indicativos, los cuales deben ser aplicados al caso concreto en razón de las materias de cuidado personal y fijación de un régimen comunicacional del padre no custodio cuando los padres viven separados, esto como una forma de resguardar la integridad del menor.

Sin embargo, resulta paradójico la utilización del concepto “menor” considerando que es una ley, cuya dictación se efectúa con posterioridad a la reforma del Derecho de Familia en Chile, donde a nivel Internacional se abandona el concepto menor y se adopta el de niño y niña.

Por otra parte, al analizar los criterios establecidos en la ley se puede observar que éstos se encuentran orientados a conductas propias que obedecen a los padres, más que a situaciones que busquen el bienestar de los niños. Nuevamente da cuenta que la temática es abordada desde la mirada del adulto no considerando de manera primordial las personas objetos de protección.

Otro aspecto que no se clarifica en este marco legal es el caso en que los padres no se encuentren separados, no determinando la necesidad o existencia de resguardos para la integridad de los mismos, presumiendo la norma que no son necesarios.

Se observa una objetivación y rigidez ya que se circunscribe a situaciones determinadas pero no determinables, concluyendo que nuevamente es dejado a la labor de los Tribunales de Justicia los que deben aproximarse a su concreción.

Igualmente la Excelentísima Corte Suprema, a través de sus fallos ha pretendido dar sustento y contenido al principio, generando directrices de la forma cómo es interpretado por el máximo Tribunal.

Efectivamente, en sentencia de fecha 14 de abril del año 2008¹²⁴ y ha propósito de un procedimiento de adopción de una niña por su padre de crianza en donde el Tribunal de primera instancia rechaza tal solicitud argumentando que lo contrario significaría la renuncia de la niña a conocer sus raíces y, en consecuencia, a su derecho a la identidad.

¹²³ Ministerio de Justicia. (21 de junio de 2013) Introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso que sus padres vivan separados (ley N° 20.680). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/N?i=1052090&f=2013-06-21&p=> (Consultado: 13 de septiembre del año 2016).

¹²⁴ Excelentísima Corte Suprema, Sala Civil, Rol N° 1384-2008.

La Corte Suprema ante tal razonamiento señala que los sentenciadores de primera instancia hacen primar el derecho de identidad, entendiendo éste su aspecto más restrictivo, por sobre el interés superior del menor, estableciendo: “Que en éstas materias cabe considerar como una regla de interpretación el interés superior del niño y aún cuando el concepto es jurídicamente indeterminado puede afirmarse que alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientado a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad”.

Siguiendo igual tendencia, la misma Corte Suprema en sentencia de fecha 23 de abril del año 2015¹²⁵, al pronunciarse respecto al interés superior, señala: “La Convención sobre los Derechos del Niño, que entre otro, en su artículo 3° obliga a la autoridad administrativa a tener especial consideración al interés superior del niño y su artículo 9° compele a los Estados partes a velar porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos”.

En el mismo sentido, en fallo 18 de mayo del año 2016¹²⁶ establece la forma como se ha considerado en la jurisprudencia chilena la correcta aplicación del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, al establecer de manera literal:

“Que el interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado en la especie por aquello que resulte ser lo más aconsejable para posibilitarle la mayor satisfacción de todos sus requerimientos de una vida orientada al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad, en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral, lo que se logra por regla general dentro de una familia”.

Finalmente, al reflexionar sobre el principio es necesario significarlo como un concepto que viene a reivindicar social y jurídicamente la posición de niños y niñas como personas titulares de derechos, otorgándoles un estatus que nunca antes había sido reconocido jurídicamente, por lo que se debe garantizar el ejercicio de tales derechos de los cuales son titulares con independencia de su edad, nacionalidad, capacidad, época y sociedad.

¹²⁵ Excelentísima Corte Suprema, Sala Civil, Rol N° 23.732-2014.

¹²⁶ Excelentísima Corte Suprema, Segunda Sala, Rol N° 35.532-2015.

Idéntico criterio, lo ha establecido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de fecha 19 de octubre del año 2004¹²⁷, al indicar que “No puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para disponer de la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo ciertos derechos”.

Los actos de obrar, vale decir, aquellos que generan efectos jurídicos, el ordenamiento normativo se los encarga a otros sujetos que generalmente son los padres los que no pueden privarle de sus derechos en razón de la edad ya que si tuvieran capacidad plena no serían niños, sino adultos. Sin embargo, el concepto que ha sido fuente de críticas por su falta de concreción, en ocasiones, no es aplicado de acuerdo al espíritu de la Convención.

Ante tal planteamiento se reflexiona en el sentido que la flexibilidad y lo acomodaticio que se presenta, es absolutamente acorde con el Derecho de Familia y es justamente garantía que su correcta aplicación va a otorgar la protección que se pretende, debiendo considerar, siempre, factores sociales y culturales propios de cada sociedad.

Lo contrario significaría la aplicación de un concepto rígido y estandarizado, que siempre ostentaría rasgos de incompleto por la dificultad de abordar todas las posibilidades que pueden otorgarse en la realidad de la vida cotidiana.

Se debe estimar a este respecto que el concepto de interés superior debe presentar características de una flexibilidad tal que lo hagan determinable, lo contrario significaría estandarizar conductas, intereses y necesidades de NNA generándose, justamente, el efecto adverso al pretendido.

Así, para modelar un concepto de interés superior del niño, como concepto propio y originario de esta investigación, es necesario considerar el momento histórico material. Dicho componente de actualidad es reflejado en la dictación de cada una de las resoluciones judicial como una forma de significar que el interés superior del niño, niña y adolescente es el mejor interés en la oportunidad que es tomada la decisión judicial o administrativa, entendiendo que solo de esta manera se atenderá a la protección integral de niños y niñas.

Reconociendo estas ideas y estimando la autonomía progresiva de los niños, existirá un interés superior en cada etapa de desarrollo de sus vidas,

¹²⁷ Tribunal de Justicia de la comunidad Europea (19 de octubre del año 2004) C-200/2002. Recuperado de: <http://www.curia.europea.eu> (Consultado el día 23 de noviembre del año 2016).

lo que debe reflejarse en las decisiones judiciales que el Tribunal adopta en las temáticas que se ve involucrado.

Una de las correctas formas de atender y entender el interés superior implica, necesariamente, participar en la construcción de su mejor interés y esto no puede concretarse sino existen los mecanismos de aseguramiento en que niños y niñas puedan expresar sentimientos, temores y necesidades, debiendo ser protagonista en la construcción de su interés superior. Lo contrario significaría un acto más de autoridad y una negación a ser considerado sujeto de derecho¹²⁸.

1.4 ¿Derecho a ser oído o escuchado? La voz de los niños judicializados

A través de la historia la tendencia ha sido a la discusión si NN deben ser considerados capaces de ejercer sus derechos de forma autónoma a la de los adultos. El argumento de la discusión se basa en cierta incompetencia en tomar decisiones trascendentes en su vida, ello debido a su inmadurez física, intelectual y emocional.

Por otra parte, los adultos, que son considerados personas maduras física, intelectual y emocionalmente y además competentes jurídicamente, hecho evidentemente cuestionable, si estimamos que las problemáticas sociofamiliares que se judicializan, es generado, en la mayoría de los casos, por adultos o al menos una de las partes en conflicto esta integrado por personas mayores de edad.

Si se estima por cierto, que el solo hecho de ser adulto es considerada una persona competente, se podría concluir, de manera errada, que no existiría ningún adulto que pudiera ser incompetente en ninguna de las áreas de su vida, lo cual no se condice con la realidad y con el accionar de personas que han alcanzado al menos jurídicamente su plena capacidad. No obstante, si se reconociera cierta incapacidad en NN para tomar decisiones fundadas y razonadas ello no se contrapone para un reconocimiento de sus derechos¹²⁹.

¹²⁸ Como lo expresa la doctora Herrera, M en "Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción", IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, 2006: "Hay una íntima relación entre el interés superior del niño -como paradigma de la mirada adulta- y el derecho a ser oído - como paradigma del protagonismo de niños y adolescente".Una correcta aplicación del principio supone necesariamente el ejercicio del derecho a ser oído.

¹²⁹ Mismo razonamiento que hace Verhellen, E en, "La Convención sobre los Derechos del Niño, trasfondo, motivo, estrategia, temas principales, España, Garant, 2002, en concreto pág.50, al argumentar que:

Sin duda la participación de niños y niñas en procesos judiciales es escasa, la razón de ello son variadas, no obstante la que más cobra relevancia se sustenta justamente en la ausencia de reconocimiento como personas titulares de derechos, siendo considerados simples destinatarios de normas que regulan su protección donde no tienen mucho que aportar, es decir, se adoptaría la tendencia a la incompetencia para la toma de decisiones que le afecten a su propia vida.

El derecho de toda persona a ser oída ha sido establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 10), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo N°14, inciso 1), Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo N°8, inciso 1), asimismo la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo N°12, número 2) establece que los Estados Partes deben dar en particular al niño la oportunidad de ser escuchado.

Con la dictación de la Convención, se transforma la mirada respecto a la infancia y adolescencia, abandonando un rol esencialmente paternalista, reconociéndole su capacidad progresiva, entendiéndola por dicha capacidad como la facultad creciente de ejercer los derechos de los cuales son titulares, cómo sujetos de derechos con participación efectiva y la posibilidad cierta a ejercer el derecho a ser oído en todo asunto que les afecte de manera directa o indirecta, lo cual resulta armonioso con la legislación respecto a los derechos humanos propios de la infancia y adolescencia que se han ido consagrando en los últimos cincuenta años.

Una forma de aproximarse al concepto de la consagración del derecho a ser oído, debe realizarse a la luz de lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N° 12 (2009)¹³⁰ en la cual se establece el derecho a ser escuchado. Como primera cuestión que fija la atención es la utilización del vocablo escuchar haciendo una diferenciación a ser oído¹³¹.

“No obstante, si fueran realmente incompetentes para ejercer sus derechos, no tendría que haber ningún problema para su reconocimiento, ya que, de todas maneras, no los ejercen. Seguramente esto no puede constituir en una razón para denegarles el derecho a ser consultados e informados de las decisiones importantes que se tomen sobre ellos, ni tampoco para no ser representados en aquellas situaciones en las que sus intereses puedan diferir de los de los adultos”.

¹³⁰ CRC/C/GC/12/ 20 de julio 2009, pág. 1-13.

¹³¹ Al respecto se considera pertinente lo que distingue Cussiánovich, A, en “Protagonismo, participación y ciudadanía como componentes de la educación y ejercicio de los derechos de

En el mismo sentido hay autores que opinan que este derecho debió ser definido como ser escuchado y no oído, aunque estos dos verbos son utilizados frecuentemente de manera inadecuada. Señalan que el derecho a ser escuchado pondría el acento en aquella persona a quién el niño exprese su voluntad u opinión, vale decir al receptor¹³².

A este respecto y de acuerdo a la intencionalidad que se intenta abordar, se estima adecuado la utilización del vocablo escuchar para consignar el ejercicio de participación de niños y niñas a expresar deseos, sentimientos, percepciones y requerimientos en procesos judiciales que se encuentran involucrados.

Volviendo la mirada hacia lo establecido en la observación general N° 12, la cual hace una distinción previa respecto a ser escuchado cada niño individualmente y un grupo de niños los que pueden aportar perspectivas y experiencias útiles para adoptar decisiones, formular políticas y preparar leyes o medidas, así como evaluar. Igual distinción se intentará acoger con la finalidad de obtener una aproximación en cuanto a si el ordenamiento normativo nacional recoge tal distinción.

De acuerdo al análisis jurídico que se realiza, los Estados partes deben garantizar en el sentido más amplio posible y a través de sus sistemas judiciales lo que involucra leyes acordes al espíritu de la Convención, infraestructura y recursos materiales que permitan promover, respetar, proteger y garantizar el ejercicio pleno del derecho a ser oído¹³³.

A nuestro juicio, se debe garantizar que se escuche a los niños, más allá del deber legal de ser oídos, implica un mandato para los Estados en cuanto al ejercicio efectivo y no una mera recomendación, orientado a que se

la infancia". En Historia del pensamiento social sobre la infancia, Lima, Revista de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, vol. 2, en concreto pág. 87.

"La escucha no es reducible al oír -mera función biológica- La escucha es un acto propio del ser humano, que sugiere reconocer al otro cómo otro, igual y diferente a mí y por igual, portador de los mismos derechos que yo, y por diferente fuente de novedad enriquecedora en mí y viceversa. La escucha supone encuentro, comunicación que apunten a la posibilidad de comunión, que sólo se da cuando se cree, se valora al otro, cuando emerge el respeto y la confianza. El oír es apenas registrar".

¹³² Zarraluqui, L, "La defensa de los menores y el Fiscal", 2016, de Boletín de derecho de familia Sitio web: www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_556930014.html (Consultado el 7 de noviembre del año 2016). El autor, en este sentido opina que: "Oír al menos es introducir su pensamiento, opinión o juicio en un proceso judicial o administrativo, pero no se trata que exprese su voluntad de manera eficaz, ni menos que se acuerde en dicho proceso en la forma deseada o en la forma expresada".

¹³³ Sin embargo, cómo lo percibe Bernuz, M, en "El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma", Derechos y libertades, N°33, Universidad de Zaragoza, 2015, en concreto pág.77: "Es un derecho de fácil enunciación y compleja ejecución".

dispongan los mecanismos necesarios de implementación material y humana, con dispositivos claros en cuanto a las maneras como se ejecuta y considera la opinión de los niños, sobre todo en los casos en que su opinión se aleja de la decisión adoptada y el procedimiento en la entrega de información oportuna antes, durante y posteriormente a su escucha¹³⁴.

Es por esto que la observación general N°12 incorpora ciertas medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser oído, orientadas en la preparación del ejercicio consistente básicamente en entregar información respecto a la forma, lugar, momento y las personas que participarán en la audiencia, considerando un entorno seguro y protegido, evaluación de la capacidad del niño, niña y adolescente, comunicación de los resultados, información sobre la consideración otorgada respecto a las opiniones y los recursos de queja, vías del recurso y de apelación. Mismos criterios que servirán de base para determinar el grado de cumplimiento del derecho en los Tribunales de Familia en Chile.

Considerar su opinión, involucra otorgar una especial atención y consideración y a la hora de ponderar diferentes principios en tensión o considerar diversas soluciones, debe conferirse por parte del juez un mayor peso relativo a la alternativa escogida por el niño, especialmente si su preferencia es a favor de una de las alternativas de solución¹³⁵.

El sentenciador se encuentra obligado social y jurídicamente a sustentar su decisión de acuerdo a un razonamiento lógico, sin embargo,

¹³⁴ Lo que Troncoso M y Puyol, C, en “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: Una aproximación psicojurídica”, Praxis, Revista de psicología, N°25, 2014. Recuperado de: <http://www.praxis.udp.cl/pdf/25/Praxis25.pdf> (Consultado el día 3 de enero del año 2017), asimilaban a la existencia de una instancia similar al llamado consentimiento informado a fin que exista un verdadero conocimiento del proceso en el cual intervendrán. Para las autoras es una instancia que posibilita la existencia de una opinión, pero además sentimientos asociados a la relación de los hechos, su situación actual como también la proyección de su vida futura. La ausencia o negación del ejercicio de este derecho es no reconocer a NNA como sujetos de derechos y desconocer las normas del debido proceso. Como lo afirma de manera acertada Figueredo, A, en “Derecho del niño a ser oído y participar en los procesos judiciales”, 2007. Recuperado de: www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/.../elderechoaseroido.pdf (Consultado el día 04 de enero del año 2017)

“La no puesta en marcha de los mecanismos que otorga la ley para que el niño pueda ejercer sus derechos vulnera la garantía del debido proceso puesto que los niños son personas en desarrollo, con capacidades progresivas. Por ello le corresponden las mismas garantías que los adultos, propias del debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio de su persona y sus derechos”.

¹³⁵ Ver Couso, J, en “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño. Autonomía progresiva y derecho a ser oído”, Revista de derechos del niño, N°3-4, Universidad Diego Portales- Unicef. Santiago, 2006, pág. 122-150.

debe estar especialmente obligado a fundamentarla cuando no considera la opinión del niño cómo la más ajustada al caso¹³⁶.

Por otra parte, el que no se establezca límite de edad debe ser considerado una nueva obligación orientado a generar procedimientos objetivos tendientes a determinar si el niño o niña se encuentra en condiciones de formar y emitir una opinión de acuerdo a su edad y madurez.

En la práctica, lo que se observa es que los jueces parten de la premisa que el niño es incapaz de emitirla o ésta carece de elementos apropiados para ser tomada en cuenta, recayendo en el niño la carga de la prueba para demostrar su capacidad. Lo trascendente es que sea capaz de entender y querer sus actos ¹³⁷.

Lo previo involucra la situación de aquellos menores que no pueden darse a entender por presentar algún tipo de capacidad diferente, el Estado debe de igual forma asegurar su participación en igualdad de condiciones. Lo que será tomado en cuenta a lo largo de la investigación.

Por otra parte, es necesario garantizar el derecho, a no ejercer el derecho, cuando el niño manifieste su voluntad en tal sentido, debiendo encontrarse previamente informado de los alcances y significación de su acto.

La observación menciona materias propias de procedimientos civiles, administrativos y penales en que deben ser escuchados. Claramente dichas decisiones en aquellas materias tendrán incidencia en la vida futura del niño o niña, debiendo existir una adecuación de los ordenamientos jurídicos y procedimientos administrativos para su concreción. Se podría señalar que

¹³⁶ Cómo lo establece Cabral, R, en “Implicancias de la participación del niño en su proceso de adopción- Una mirada psi-jurídica” N°08, Gobierno de la Argentina, 2012, en concreto pág.8. Recuperado de: ccycn.congreso.arg/export/hcdn/comisiones/...pdfs/018_ROSA_CA_BRAL.pdf (Consultado el día 25 de noviembre del año 2016).

“Cuando una resolución respeta la expresión de voluntad de un niño que tiene madurez suficiente para ser partícipe de su propio conflicto, este elemento es de tal peso que con su sola presencia la decisión quedaría debidamente fundada. En cambio, si la resolución es contraria a la voluntad del niño, el juzgador deberá fundar el porque se aparta de tal expresión de voluntad”.

Por hacer presente, en este mismo sentido es considerado lo que plantea Pérez Dauli, V., en, “Cuando deben oírse a los hijos menores de edad en los procesos de familia?”. Universidad de Barcelona, *Diario Ley* N° 8861, editorial Wolters Kluwers, 2016, págs. 12-25.

¹³⁷ En palabras de Alaéz, B, en “Minoría de edad y derechos fundamentales”, Madrid, España, Tecnos, 2003, en concreto pág. 154.

“La madurez del menor, cómo requisito para poseer la capacidad de obrar instrumental y pretender el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales, lejos de estar vinculada a la racionalidad, debe estarlo a la capacidad de querer y de entender el significado de sus actos-en particular a los derechos fundamentales- dentro de un proyecto vital propio”.

constituye el ejercicio de un derecho para el niño y una obligación para el Estado a través del juez.

Con lo último se quiere centrar la atención más bien en quién lo escucha, lo cual implica que el sentenciador adquiera, habilidades, capacidades y competencias orientadas a su correcta ejecución, reglamentado y asegurado la forma cómo se aplica tal derecho, resguardando criterios de eficacia en cuanto a parámetros que determinen grados de participación de los niños con pautas de flexibilidad que lo hagan atendibles al caso concreto.

Otra forma de contribuir a lograr un acercamiento en la manera de la aplicación del derecho a ser oído en los Tribunales de Familia en Chile es justamente conocer cómo a sido aplicando en el Orden Internacional y desde allí cotejar tal aplicación.

Una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre del año 2016¹³⁸ ha vuelto a centrar el interés en la importancia de escuchar a los menores –directamente- por el sentenciador, en juicios donde se discuten materias que les afecten. La sentencia aludida se pronuncia sobre un proceso de divorcio donde las hijas menores de edad solicitan ser escuchadas directamente por el juez, quien ordena sean oídas por el equipo psicosocial adscrito al Tribunal¹³⁹.

Se debe considerar que el equipo técnico judicial, son especialistas que asesoran al juez, pero no lo reemplazan y por último, porque estos profesionales no pueden ser considerados representantes del menor. Ante estos argumentos surge la interrogante en determinar si escuchar al NNA es considerado en la legislación un trámite esencial o carece de tal significación.

El Tribunal Constitucional de España, en sentencia 221/2002¹⁴⁰, resolviendo al respecto un recurso de amparo en materia de familia, se pronuncia acogiendo tal recurso en atención a que se adoptaron todas las

¹³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 3ª. (20 de septiembre del año 2016). Sentencia “Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias contra España” R.23298/12.

¹³⁹ Ante este contexto es necesario recoger lo que establece el profesor Pérez Daudí, V en “Cuando deben oírse a los hijos menores de edad en los procesos de familia?” Universidad de Barcelona, Diario Ley N° 8861, editorial Wolters Kluwers, 2016, pág. 12-25 y lo inadecuado de la decisión de ser escuchados a los NNA a través de representantes del juez, especialmente desde el punto de vista procesal, argumentando que el principio de inmediación judicial establece que las pruebas se practiquen ante el juez que dicta sentencia y no a través de intermediarios, como en éste caso serían los psicólogos y trabajadores sociales pertenecientes al tribunal.

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional Español, Segunda Sala (25 de noviembre del año 2002). Sentencia 221/2002.

decisiones en el proceso sin ser oída la menor, vulnerándose con ello el derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión. Elevando con ello a la calidad de trámite esencial en los procedimientos de Familia que le afecten en la esfera personal y familiar.

A mayor abundamiento, la sentencia dictada por el mismo Tribunal Constitucional Español 17/2006¹⁴¹, respecto a procedimiento sobre divorcio, en que si bien se escucha a los menores, ésta audiencia se realizó a puerta cerrada y en presencia exclusivamente de los miembros del Tribunal no permitiendo la presencia del Ministerio Fiscal, lesionando con ello la posibilidad de conocer por este órgano si las menores expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que les afecta.

Lo previo resulta interesante estimando el alcance y relevancia que se le otorga, el poder constatar que la opinión de las menores fue emitida de manera libre y en presencia de quien representa sus intereses, reconociendo de esta forma como un trámite esencial que debe ser observado en cada procedimiento judicial.

En el ordenamiento jurídico chileno y con anterioridad a la Ley N°19.968 no se establecía de manera explícita la consagración de este derecho, siendo sólo atendible por la vía de la interpretación. Con su establecimiento en los artículos N°16 y 69 de la ley, se pretende armonizar la normativa de infancia y adolescencia en Chile en razón de algunos derechos considerados articuladores de la Convención, sin perjuicio de ello, nada se dice en cuanto al procedimiento para llevar a cabo su ejecución y la oportunidad procesal para concretarlo.

No obstante, en la legislación existe diversa normativa que regula este derecho de manera explícita, Ley de adopción, Ley de matrimonio civil, Ley sobre cambio de nombre y Ley N° 20.680 que modifica los artículos N° 225-2 y N° 229 del Código Civil son algunos ejemplos de ello. Sin embargo, se aprecia escasa consistencia y coherencia en su reglamentación, siendo poco armónico entre la diversa normativa dejando al arbitrio del juez, la aplicación del procedimiento.

En efecto, resalta el hecho que no se establezca un procedimiento mediante el cual debe ser oído todo niño o niña, incluyendo lo que el juez debe preguntar, cómo y para qué lo hace, teniendo sólo como referente las

¹⁴¹ Tribunal Constitucional Español, Primera Sala (30 de enero del año 2006). Sentencia 17/2006.

materias relacionadas con el objeto del juicio en las que se puede ver afectado el niño.

En este sentido, la materialización del derecho se ha interpretado desde diferentes formas, manifestándose que no sólo se debe entender como el hecho material, sino que cuenten con un real acceso a la justicia, lo que se verá materializado en poder acceder a un abogado, ofrecer e incorporar prueba y hacer las alegaciones que estimen pertinentes, lo anterior como un requisito de procesabilidad¹⁴².

1.4.1 Formas de escuchar a los niños en los Tribunales de Familia en Chile

Los derechos fundamentales consagrados en favor de niños y niñas, el reconocimiento a su capacidad progresiva en el ejercicio de tales derechos, sin duda pierden significancia sino tienen una aplicación acorde a su espíritu, especialmente, en el lugar donde habitualmente se deciden los destinos de los menores como son los Tribunales de Justicia.

Recogiendo el sentido expuesto y producto de la observación diaria en la tramitación de causas en materias de competencia, especialmente de los Tribunales de Familia, es posible manifestar que la forma en que se aplica el derecho a ser oído está encaminado en dos vertientes, lo que se intentará demostrar.

1.4.2 Uso de la sala Gesell en los Tribunales

Según la publicación del Poder Judicial de Chile, denominada: “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia”¹⁴³, la adecuación de un espacio físico donde se desarrolle una entrevista judicial debe reunir las condiciones que aseguren la sensación de privacidad e intimidad junto a la satisfacción de necesidades de niños, niñas y adolescentes en relación a sentirse física y psicológicamente seguros durante los procesos de entrevista.

Sin duda, la reciente implementación de la sala Gesell en Chile ha sido un acercamiento a la satisfacción de tales necesidades. Esta fue creada por

¹⁴² Ver Riveros, F, en “Cuidado personal, interés superior del niño y derecho a ser oído en la jurisprudencia”, N° 20, Thomson Reuters Puntotex, 2016 Recuperado de: www.legalpublishing.cl (Consultado el día 22 de agosto del año 2016).

¹⁴³ Troncoso, M, Soto, R, Puyol, C, en “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia”, Santiago de Chile, Poder Judicial, 2015, pág. 33-60.

el psicólogo y pediatra Arnold Gesell como un espacio acondicionado, especialmente, para observar la conducta y realizar la entrevista judicial de personas, en este caso de niños.

La utilización de la sala como una de las formas de escucharlos representa la manera más inmediata y directa de hacerlo, sin embargo, en el procedimiento que se ha venido adoptando, el consejero técnico del tribunal ha asumido un real y excesivo protagonismo en el desarrollo de la entrevista ya que es el profesional, generalmente psicólogo, que participa directamente con el niño o niña entrevistado siendo quien dirige la misma, limitándose el juez a permanecer al otro lado del espejo observando y muchas veces interviniendo de manera secundaria. Debe ser el juez el que pueda ser asistido por especialistas, pero no reemplazado por ellos. Los protagonistas son el niño y el juez¹⁴⁴. Esto cobra sentido al considerar que es el juez quien en definitiva debe adoptar convicción la que debe reflejarse en la decisión final de acuerdo a los principios de la lógica y la sana crítica.

En este tenor, la forma en que habitualmente se desarrollan las audiencias reservadas de menores en sala Gesell queda de manifiesto la distancia y poca consistencia existente entre la reglamentación del derecho y su aplicación ya que existe evidentemente un divorcio entre lo reglamentado y la praxis, reconociendo de alguna forma los jueces que no se encuentran habilitados para dirigir una entrevista o al menos orientarla a fin que contribuya de manera efectiva al mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

1.4.3 Peritajes y la voz de los niños

Una de las primeras aproximaciones permite establecer que se reconoce una cierta preferencia del sistema judicial familiar chileno a escuchar a los niños a través de informes periciales que generalmente son ordenados confeccionar por una decisión adoptada por el propio juez en la audiencia preparatoria de juicio, peritaje que es elaborado por un organismo de la red de familia disponible en la jurisdicción. Este sentido, no se aprecia una participación directa del niño o niña, desapareciendo el principio de la inmediatez judicial, considerada una de las fortalezas del nuevo sistema.

Sin embargo, participación e inmediatez son principios recogidos por la ley de familia, suficientes para fundamentar la aplicación de la manera más

¹⁴⁴ Ver Vargas, M & Correa, P & Barros, P & Cerda, A, en “Informe final Estudio “Niños, Niñas y Adolescentes en los Tribunales de Familia” Universidad Diego Portales- Unicef, 2010, en concreto pág. 11.

amplia éste derecho, que el que ha resultado de la práctica judicial¹⁴⁵, esto último se condice con la práctica diaria que se observa en los Tribunales de Familia en general.

Realizar un peritaje basado en entrevistas estandarizadas, acotadas en tiempo y falta de técnicas a través de las cuales se pretende concluir respecto a las habilidades parentales y marentales, el riesgo y grado de vulneración del que ha sido víctima un menor y las sugerencias para salvar posibles dificultades es un objetivo ambicioso del sistema que se está convirtiendo en un mero trámite, con el mismo grado de importancia que otras diligencias, las que igualmente forman parte del proceso, sin la relevancia que debiera representar para el sentenciador.

Si bien el peritaje no es vinculante para la toma de la decisión del juez, es un antecedente considerado como fundamental y en el que se debe basar para la mejor resolución del asunto controvertido, lo que claramente sitúa en una posición de desventaja a niños y niñas haciéndolos vulnerables frente al sistema.

1.4.4 La figura del Curador ad litem y el derecho a ser oído

La figura del curador ad litem encuentra sustento en el artículo N° 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, normativa que ha sido interpretada en la Observación General 12 por el Comité de los Derechos del Niño en donde se establece que una vez consentido su derecho a ser escuchado existe la posibilidad que lo sea a través de sus progenitores, un abogado u otra persona, no obstante el Comité recomienda que en la medida de lo posible, pueda ser escuchado directamente en todo procedimiento, concordando con tal recomendación.

En Chile, el curador ad litem se encuentra consagrado en el artículo N°19, inciso 3° de la Ley N°19.968, a propósito de la comparecencia de los niños en juicio, representando el curador ad litem, sus intereses cuando éstos son independientes y contradictorios de los padres o sus representantes legales o cuando carecen de ellos, debiendo llevar la representación jurídica del niño o niña e intervenir en cada una de las actuaciones procesales en su defensa.

¹⁴⁵ Salum, E & Salum, S & Saavedra, R en “Derechos de los niños y niñas a ser oídos en los Tribunales de Familia Chilenos:La audiencia confidencial”, Revista Latinoamericana de derechos humanos. Volumen 26. II Semestre, 2015. Recuperado de: <http://www.revistas.una.ac.cr/derechos-humanos> (Consultado el día 14 de noviembre del año 2016).

La función del curador, es velar porque el interés superior sea aplicado como consideración primordial en la decisión final, apartándose del ejercicio del derecho a ser oído del niño que literalmente es exclusivo y excluyente de este último.

Curador ad litem y derecho a ser oído en el desarrollo de esta investigación, se consideran de manera distinta ya que funciones y fines se estiman diferentes, donde la representación jurídica en la defensa de los intereses y derechos del mandante no reemplaza la voz del niño o niña por lo que se intentará afrontar de manera diferenciada, sin embargo en la legislación nacional como internacional son tratados y estimados como la expresión y materialización de uno respecto del otro.

Desde ya el nombramiento del curador ad litem es controvertida, esto en razón a que en la legislación no existen parámetros claros en cuanto a criterios de designación, quedando a discreción del juez y no a la voluntad del representado, considerando al niño más que sujeto de derechos como un destinatario de protección¹⁴⁶. El Comité de los Derechos del niño señala que los representantes deben conocer y comprender los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo de niños.

No existen medios de control al menos en la legislación chilena respecto a si se cumplen con tales requisitos y lo que es más sugerente aún, si ha representado y defendido exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas que se contraponen con los derechos de su representado.

De igual manera la norma es poco clarificadora en determinar en qué debe fijar su atención, la forma de ejercer sus funciones y cuales son sus atribuciones.

1.4.5 La voz de los niños y niñas a través de terceros

Ello involucra a los operadores jurídicos, adultos responsables como padres, representantes legales o terceros significativos en la vida del niño o niña que manifiestan por éstos sus intereses y deseos donde es inevitable expresar su opinión de manera sesgada, con la carga emotiva y la mirada

¹⁴⁶ O, cómo lo refiere Pérez Manrique en ponencia realizada en el curso Internacional de Protección Jurisdiccional de los Derechos de los Niños para Jueces, Fiscales y Abogados Defensores. Editado en la publicación denominada “Justicia y Derechos del Niño” Número 9, 2007, en concreto pág. 256, “supone la incapacidad de poder discernir por sí”. De este modo, continua Pérez Manique, “El curador, por su propia definición, defenderá el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cual es su verdadera opinión.

propia de quien emite la opinión, motivada por el vínculo afectivo que presenta con el niño o niña, lo que no necesariamente coincide con sus intereses y deseos. Por otra parte, no se presentan elementos claros respecto a si esta forma de oír a los niños es considerado por el juez en la toma de la decisión final o qué valor procesal se le otorga, lo que no se encuentra reglamentado en la legislación.

Sin duda existe una dificultad manifiesta en traducir e interpretar la voces de los niños que es escuchada a través de los adultos ya que esta forma instrumentalizada de incorporar su voz en procesos judiciales sin duda es una expresión más del adultocentrismo del que se es parte.

Así, existirán tantas voces como interpretaciones sean incorporadas, sin importar si ellas pertenecen o no al sentenciador ya que cada una de ellas presenta una cierta tendencia de quien las interpreta y también de quien las emite, existiendo nula participación del verdadero protagonista, el niño, negando con ello la actuación procesal y legal que debe ser reconocida, aceptada y ejercida por el sistema.

Recogiendo el proceder de ejercer el derecho a ser oído y cómo una manera de ir reconstruyendo la orientación del mismo en el sentido que se le quiere otorgar en el estudio, se entenderá que la oportunidad para ejercer tal derecho es cualquier oportunidad dentro del proceso, lo que nada impide que pueda ser ejercido en más de una oportunidad, debidamente informado el NNA de la razón de su participación en el proceso. Ello considerando que el Derecho de Familia se caracteriza por ser un derecho dinámico, donde todo es provisorio y nada tiene el carácter de inmutable.

En cuanto a la forma válida de ejercerlo, se estima que es a través del principio de la inmediatez judicial, considerando fundamental que el juez conozca al niño o niña y que éste a su vez conozca quién decidirá sobre su vida futura, teniendo las restantes formas, el carácter de opiniones, ya que, son interpretables y mediatizadas. En este sentido existen dos manifestaciones o formas de concreción del derecho a ser oído en Chile, directa e indirectamente, este último otorgándole el carácter de opiniones, lo cual se ve ayudado por la falta de reglamentación en la norma.

1.5 Aplicabilidad y eficacia de la norma jurídica

Una de las características en cuanto a la estructura normativa de una sociedad es que debe ser capaz de dejar establecido que esperan los demás cuando me comporto de determinada manera y que espero yo, con el

comportamiento de los demás¹⁴⁷. El asunto es cuando esta norma legal cumple justamente tal objetivo para la cual fea creada y desde allí valorar el sistema normativo de una sociedad en cuanto al grado de cumplimiento de sus normas. En lo que concierne a la aplicabilidad y eficacia son conceptos que habitualmente se sobreponen no sólo en la norma sino en lo pragmático.

Lo que se pretende es identificar el nivel de aplicabilidad de la norma jurídica a la luz de los principios analizados y la eficacia de los mismos, especialmente cuando tal normativa es empleada en sentencias de primera instancia dictadas en los Tribunales de Familia en Chile.

Sin duda, las leyes nacen para ser aplicadas, debiendo ajustarse a la normativa de cada ordenamiento jurídico, por lo que surge la necesidad de saber cuándo lo son y cuándo correctamente lo son, las normas jurídicas se crean para aplicarse al caso concreto, este acto se realiza mediante la formulación de una decisión judicial, es decir de una sentencia¹⁴⁸.

No obstante, muchas veces esto no sucede, en este caso surgiendo una – carencia- en la adhesión de los Estados partes, específicamente del artículo N°12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños y que estos son oídos sin discriminación de materia ni a través de terceras personas o informes periciales.

Para que una norma sea utilizada, es necesario que cumpla con las condiciones que se establecen en el sistema para su correcta aplicación. Los requisitos de aplicabilidad que generalmente se establecen en el sistema normativo están relacionados con factores temporales, espaciales, personales y materiales que poseen un grado de generalidad al interior del sistema¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Como lo señala Cuenca, M, en “Sociología de la Desviación: Una aproximación a sus fundamentos”, España, Gamma, 2013, en concreto pág. 14.

“Las acciones legales recogen la idea de acciones exigibles a todos. La cultura compagina y correlaciona los derechos y deberes de los individuos (función distributiva) y regula la estructuración de los grupos y de los roles (función organizativa). Vienen caracterizadas por su institucionalización, de un lado, y por el establecimiento de sanciones, de otro, como conjunto estructurado y racional de los grupos sociales. Tienen carácter heterónomo (coacción externa), vigencia temporal y sobre un espacio concreto, requieren ciertos formalismos para su entrada en vigor y para su derogación, y pueden llegar a utilizar la fuerza para la exigencia de su cumplimiento”.

¹⁴⁸ Ver Grau, E, en “Interpretación y Aplicación del Derecho”, Madrid, España, Dykinson, 2007, en concreto pág. 18.

¹⁴⁹ Ver Mendoca, D, en “Interpretación y Aplicación del Derecho”, España, Universidad de Almería, 2ª edición 1998, pág. 60-61.

Lo que se intenta conocer en el desarrollo de la investigación, es si los jueces emplean la normativa vigente en el ordenamiento relativo a la infancia y adolescencia, es decir, si sustentan jurídicamente su decisión concretada en el fallo, respondiendo no sólo a los criterios establecidos en el sistema sino de acuerdo a factores propios de la persona que serían los niños y niñas, validando de ésta forma su decisión y en el caso que exista inconsistencia entre sistema y decisión cómo el primero de ellos responde a otorgar una solución jurídica respecto al segundo.

La doctrina ha manifestado que existen dos conceptos de aplicabilidad empleados en diferentes teorías jurídicas, aplicabilidad externa para hacer referencia a los deberes institucionales de los operadores jurídicos y la aplicabilidad interna orientada a la función de validez de las normas jurídicas¹⁵⁰.

Considerando lo expuesto, resulta interesante la conceptualización que la misma doctrina establece, otorgándole a la “observancia” de las normas para significar con dicho concepto, la forma en que se comportan los individuos frente a la obediencia de la norma jurídica, lo que se intentará notar en el desarrollo del presente estudio¹⁵¹.

No obstante lo anterior, no es posible hablar de eficacia sin considerar la validez de la normativa y es justamente donde surge la primera interrogante en razón de conocer cuando una norma reviste caracteres de validez y las diferencias que surgen entre ésta y la eficacia de la misma. Para la doctrina la validez esta dada por la existencia de la misma y su consiguiente pretensión de obligatoriedad, surgiendo las diferencias de manera natural.

Hace más de una década ambos conceptos eran ya superpuestos, así validez y eficacia son generalmente conceptos que se confunden, refiere que la validez de la norma se halla supeditada a la eficacia del orden jurídico total,

¹⁵⁰ Ver Navarro y Moreso en “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas” Isonomía N° 5, Revista de teoría y filosofía del derecho, 1996, pág. 119-139. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcc82n1>.

¹⁵¹ En cuanto a la eficacia, para el jurista y periodista Squella, A en “Introducción al Derecho”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 2007, pág. 80-81, la eficacia de la norma involucra ambos conceptos, ya que entiende que una norma o un conjunto de normas es eficaz cuando es efectivamente obedecida y aplicada en la mayoría de los casos por los ciudadanos y órganos jurisdiccionales. Señala que: “Decir de una norma jurídica que tiene eficacia equivale a afirmar que ella es generalmente obedecida y aplicada”. De igual forma establece que: “Una norma jurídica es válida cuando debe ser obedecida y aplicada, en tanto eficaz, cuando de hecho es obedecida y aplicada”.

entendiéndolo como un fenómeno real de conducta, es decir un acto de voluntad.

Para los objetivos de este estudio, se entenderá que una norma es eficaz cuando de hecho, como un acto de voluntad es obedecida por los sujetos normativos y aplicada por el órgano jurisdiccional en la sentencia. Como una forma de completar la conceptualización, se recogerá el concepto de observancia de la norma para comprender el actuar de los sujetos frente a la normativa de infancia y adolescencia en Chile¹⁵².

El conocimiento de la normativa, la obediencia y la aplicación de la misma por parte del órgano jurisdiccional, son aspectos relevantes que contribuyen a alcanzar los objetivos propuestos en la investigación ya que atraviesan la problemática y requieren un acercamiento en conocer si los principios del interés superior y el derecho a ser oído son aplicados en sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia.

Como se observa la tarea es ambiciosa y representa un desafío que se justifica al pretender contribuir a que niños y niñas sean visibilizados para que en la adultez consideren un compromiso tal comportamiento con las futuras generaciones. Una labor fundamental esta orientada en recoger información que contengan ideas, procedimientos y elementos comunes que conlleven a marcar tendencia significativa en lo observado.

1.6 Materias que serán tratadas a la luz de los principios analizados

Al referirse a materias de competencia de los Tribunales de Familia en Chile no se puede dejar de aludir al establecimiento de estos nuevos Tribunales que se instauran en el año 2004 a propósito de la publicación de ley que los crea y cuyos objetivos específicos se manifiestan en el Mensaje del Ejecutivo con el que se inicia el proyecto de ley en el año 1997¹⁵³.

Tales objetivos responden a condiciones que se estiman indispensables para una jurisdicción de familia, entendiéndose por ello, el establecimiento de una judicatura especializada en asuntos propios del orden familiar, evitando

¹⁵² Ver Millas, J, en "Validez y Eficacia de la Norma Jurídica". Revistas académicas de la Universidad de Chile, Vol. 3 N° 5, 2000, en concreto pág. 5. Recuperado de: <https://revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/6027/5893>. (Consultado el día 22 de noviembre del año 2016).

¹⁵³ Mensaje 81-336 de su Excelencia, el presidente de la República al Presidente de la Honorable Cámara de Diputados, de fecha 3 de noviembre de 1997. Cuenta en sesión 13, legislatura 336. Recuperado de: https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtiene_archivo?id=recursoslegales/10221.3 (Consultado el 27 de diciembre del año 2016).

de esta forma que exista una duplicidad de procedimientos judiciales que involucren a unos mismos integrantes de este tipo de organización. Se dispone el deber de proporcionar a las partes instancias necesarias para soluciones cooperativas, las que contribuyen a resolver situaciones de manera pacífica que favorezcan a la armonía del grupo familiar.

Es necesario que el establecimiento de los nuevos Tribunales tengan un carácter interdisciplinario a fin de ofrecer de igual forma soluciones integrales, todo ellos bajo el amparo de procedimientos que se basen en el principio de la inmediación.

Sin embargo, lo anterior no significa necesariamente, que la no persistencia de una falta de sistematización en las materias de su competencia, las que se encuentran reguladas en distintos cuerpos normativos de la legislación chilena, relativice los propósitos que se consideraron para su establecimiento.

Si bien, se ha avanzado en tal sentido y se ha procurado dar respuesta a la posición que se le otorga a la familia como base de la sociedad existe una manifiesta insuficiencia en tal orden¹⁵⁴.

Así encontramos que las materias de competencia de los Tribunales de Familia se encuentran establecidas en el artículo N° 8 de la Ley N°19.968, correspondiéndole conocerlas y resolverlas.

Si se analiza el mencionado artículo, sin duda la ley se hace cargo de consagrar el principio de especificidad en cuanto a la competencia de estos Tribunales, sin embargo, al compararlo con el artículo N° 26 de la ley de menores se establecen en gran número iguales materias, incorporando otras que anteriormente se entregaban a la competencia de los Tribunales Civiles y las propias de la ley de matrimonio civil.

El Código Civil chileno, regla actualmente materias propias del Derecho de Familia a pesar que carece de un apartado o libro que las reglamente, la razón de ello obedece a que dicho código se encuentra vigente desde el año 1957, siendo modificado de manera parcial, persistiendo la falta de sistematización entre sus normas que responda a una regulación propia de éste tipo de derecho.

¹⁵⁴ En este sentido, Garrido, C, en “Derecho de Familia. Contenido orgánico y procedimiento de violencia intrafamiliar de la ley 19.968”, Santiago de Chile, Metropolitana, 2009, en concreto pág. 47, indica que: “La preparación de esta judicatura, como asimismo la ley que la regula a pretendido adaptarse a una nueva realidad en que la relación familiar y la situación de los menores han adquirido una notoria relevancia”. Sin embargo se presenta de manera insuficiente percibiéndose una falta de orden riguroso en las materias abordadas.

Así se observan algunas materias de competencia del Tribunal de Familia en el libro I, a propósito de la regulación referida a las personas, libro IV que trata las obligaciones en general y los contratos, título XXII que regula las convenciones matrimoniales y la sociedad conyugal y el título XXII-A que trata el régimen de partición de las gananciales.

La observación práctica refleja que existen materias propias del ámbito familiar que se consideran primordial en su regulación cuando surge una ruptura o quiebre en la dinámica considerada normal al interior de una familia.

En este contexto, y de acuerdo al informe anual correspondiente al año 2015¹⁵⁵, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas de Chile para el sector justicia, en cuanto a las causas de familia reflejadas por sistema del poder judicial; las seis materias que representan una mayor frecuencia en el sistema en el año 2015, corresponden a alimentos, cuidado personal, actos constitutivos de violencia intrafamiliar, vulneración de derechos, régimen comunicacional, divorcio unilateral por cese de la convivencia y divorcio de común acuerdo. Sin duda, de las decisiones judiciales que se adoptan en cada una de las materias previamente indicadas, repercuten en la vida futura de niños y niñas, consecuencias que deben ser consideradas principalmente por los Tribunales de Justicia, especialmente a la luz de los principios estudiados fundamentalmente porque dichas materias simbolizan el mayor número de problemáticas judicializadas.

Los alimentos representa la materia con mayor ingreso al sistema de familia en Chile la cual se encuentra reglamentada de manera poco estructurada en diversos cuerpos legales, no obstante desde lo establecido en el Código Civil es posible aproximarse a una definición.

Los alimentos que se deben por ley se encuentran regulados en el libro I, “De las personas”, título XVIII del Código Civil. El artículo N°323 de la misma norma, establece que: “Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición

¹⁵⁵ Informe Anual del Instituto Nacional de Estadísticas de Chile (INE), publicado el 26 de septiembre del año 2016, en convenio con la Corporación Administrativa del Poder Judicial, muestra que el total de causas terminadas en Juzgados con competencia de los Tribunales de Familia con mayor frecuencia en el año 2015 corresponden a causas de alimentos, incluyendo demandas de aumento de alimentos que representan el 24,7 del total; causas sobre cuidado personal correspondiente al 21,9 del total, causas sobre actos constitutivos de violencia intrafamiliar al 13,5 del total, vulneración de derechos al 12,7 del total, régimen comunicacional con 11,7 del total y causas sobre divorcio de común acuerdo y unilateral por cese efectivo de la convivencia al 9,9 de un total anual de causas de 710.901. Recuperado de: http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php (Consultado el día 31 de diciembre del año 2016).

social”, ello implicaría que comprende más que los alimentos propiamente tal¹⁵⁶.

De este modo se entenderá que al referirse al derecho de alimentos, más aún cuando el alimentario es un menor de edad se considera la satisfacción de las necesidades básicas del alimentario. Ello es concordante con lo establecido por los Jueces de Familia respecto al establecimiento de los hechos a probar en juicio en este tipo de procedimiento, debiendo acreditarse las necesidades del alimentario, persiguiendo con la acción la subsistencia en la nueva condición familiar.

A este respecto de acuerdo a la edad y madurez, los niños y niñas que se ven involucrados podrán emitir su opinión respecto a las necesidades que requieren ser cubiertas con independencia a lo que señalen sus progenitores o quien se encuentre a cargo. Lo anterior cobra relevancia al no existir mecanismo legales de control sobre la forma en que son consumidos tales alimentos y si efectivamente cumplen con su propósito.

Atendiendo a estas consideraciones se intentará una aproximación en cuanto a la forma en que los jueces logran convicción en la determinación de las necesidades de los alimentarios menores de edad y si es considerada su opinión en tal sentido.

Con respecto a la materia de cuidado personal, se encuentra regulada en el Código Civil, libro I, De las Personas, título IX denominado “De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos”, artículo N° 224, y siguientes, donde se establece lo que se debe estimar como cuidado personal, regulándolo en los siguientes términos: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente el cuidado personal de sus hijos. Este se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados participaran en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos”.

La finalidad de tal proceder es determinar, judicialmente, una modificación en aquella persona que ejerce el cuidado personal del niño o niña, sustentado en el mejor interés.

La publicación de la Ley N° 20.680¹⁵⁷ vino a incorporar el principio de la corresponsabilidad parental en conjunto con criterios que apuntan a

¹⁵⁶ Como lo establece López, C, en “Tratado de Derecho de Familia”. Chile, Digesto, 2016, en concreto pág. 615: “Es una obligación legal impuesta a ciertas personas, para que efectúen, respecto de otras, las prestaciones necesarias con el fin de satisfacer las necesidades de existencia de éstas”. El derecho de alimentos comprende la satisfacción de necesidades básicas como alimentos, educación, salud y vivienda.

conductas observables relacionadas con los adultos más que con el actuar de los niños, no obstante obligan al sentenciador a un examen más exhaustivo del caso por resolver en contraposición a lo que sucedía antes de la dictación de la mencionada ley que se circunscribía a la acreditación de una causal de inhabilidad o incapacidad del aquel que ostentaba el cuidado personal.

Ante la existencia de una desestructuración familiar, es necesario propender a la máxima estabilidad emocional y la continuidad en el estilo de crianza y educación que era desarrollada por los progenitores o por el adulto responsable que los tenga a su cargo.

En este escenario el interés superior y el derecho a ser oído surgen casi de manera inmediata como criterios relevantes de adjudicación respecto de quien presenta las mejores habilidades parentales, parentales o las de un tercero significativo en la vida del niño para hacerse cargo de éste, el cual se a visto envuelto de manera involuntaria en un proceso judicial, siendo imperioso considerar factores relacionados con el apego emocional y el entorno del que a formado parte.

Así lo ha dejado de manifiesto la Excelentísima Corte Suprema en sentencia Rol N° 24.308-2014¹⁵⁸, sobre cuidado personal, numeral quinto, a propósito del Recurso de Casación en el fondo, al establece que:

“Se debe ponderar la vinculación afectiva de los niños con la madre, las demás personas que conforman el grupo familiar materno y su entorno –que en opinión de los falladores- aparece suficientemente cohesionado como para garantizar su bienestar y la mantención del hábitat al que están acostumbrados”.

Pareciera que la determinación de aquellos factores considerados por la Excelentísima Corte Suprema no es posible definirlos sin la incorporación de la voz de los niños involucrados en el proceso.

En cuanto a la materia de actos constitutivos de violencia intrafamiliar, es necesario realizar una precisión de manera previa a la luz de lo que establece la Ley N° 20.066 que regula la violencia intrafamiliar en Chile, normándose en su artículo 5° lo que se debe entender legalmente por este

¹⁵⁷ Ministerio de Justicia (21 de junio de 2013) Introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la Integridad del Menor en caso que sus padres vivan separados (Ley N° 20.680).

¹⁵⁸ Excelentísima Corte Suprema de Chile, libro Familia, (28 de noviembre del 2014) Sentencia Rol N° 24.308-2014. Recuperada de: www.poderjudicial.cl (Consultado el día 06 de enero del año 2017).

tipo de conductas. Desde un sentido amplio se encuentran comprendidos actos desde el hostigamiento hasta el empleo de la fuerza física entre personas que se identifiquen o se hayan identificado como familia.

Los actos de violencia intrafamiliar se originan generalmente en un contexto de disruptiva familiar donde los roles de cada uno de los integrantes se encuentra trastocado y los sentimientos y pasiones se hacen sentir de manera exacerbada en busca del control y el poder, tornándose en una relación abusiva y poco sana.

El Informe anual del Observatorio de Niñez y Adolescencia de Chile, correspondiente al año 2015¹⁵⁹, concluye que en calidad de víctima, donde se ven involucradas NNA, corresponde a la tasa país de 181,7 por cada 100.000 niños y niñas. Tres de cada cuatro denuncias corresponden a niñas, en el tramo etario de 14 a 17 años.

Ante este escenario los NNA que forman parte de tal contexto se encuentran en una situación que los hace sentir vulnerables y desprotegidos ante su familia, sociedad y Estado siendo imperioso conocer la manera en que son resguardados sus derechos como víctimas directas o indirectas en este tipo de actos.

Por su parte, la Ley N° 20.066 distingue entre aquellos actos que son constitutivos de delitos y aquellos que carecen de tal tipificación, estableciéndose que son de competencia de los Tribunales de Familia aquellos actos de violencia intrafamiliar que no constituyen delito, vale decir, aquellos actos donde se ejerce violencia psicológica y no se cumple el requisito de la habitualidad.

Para aquellos actos que si tienen tal significación, se tipifica el maltrato habitual, siendo el Ministerio Público¹⁶⁰, el órgano encargado de dar inicio a la investigación donde el Tribunal competente para el juzgamiento de dichos delitos es el Tribunal de Garantía bajo el procedimiento propio del ámbito penal.

¹⁵⁹ Ver “Infancia. Cuenta en Chile 2016. Cuarto Informe”, Observatorio Niñez y Adolescencia, 2016, en concreto pág. 28.

¹⁶⁰ Ministerio de Justicia. (15 de noviembre de 1999) Establece Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Ley N° 19.640) Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=145437> (Consultado el día 7 de enero del año 2017). El artículo 1, inciso 1 de la noma establece que: “El ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir de forma exclusiva la investigación en hechos constitutivos de delitos, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley”.

El análisis de la materia a través del desarrollo de la investigación se circunscribirá a los actos de violencia intrafamiliar de competencia de los Tribunales de Familia donde se ven involucrados niños y niñas ya sea en calidad de víctimas o victimarios.

Por otra parte y atendiendo a las materias propias del ámbito proteccional, se entenderá por vulneración de derechos toda acción u omisión de terceros que tengan como resultados la amenaza o vulneración de los derechos de NNA.

Tal materia se encuentra regulada dentro de los procedimientos especiales establecidos en la Ley N° 19.968, constituyendo una de las expresiones más claras del legislador en su afán de otorgar protección a NNA, caracterizándose dicho procedimiento por su celeridad y desformalización.

Considerando lo previo, se persiguen dos objetivos con tal proceso, por una parte evitar el daño de alguno de los derechos consagrados en favor de niños y niñas y por otro restablecerlos en el caso que se hayan visto vulnerados, vale decir, tienen un carácter preventivo y restaurador.

El Código Civil en su artículo N°225, inciso 5° y artículo N°229, establece que el juez de oficio o a petición de parte deberá regular cuando se le atribuya el cuidado personal a uno de los padres la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con sus hijos. Sin duda, el régimen comunicacional es un derecho establecido a favor de los hijos e hijas a mantener una vinculación con aquel de los padres con que no vive, siendo una clara manifestación de considerarlos sujetos de derechos y un deber de los padres a seguir vinculándose con sus hijos.

Si bien la regulación judicial del régimen comunicacional se concibe en un contexto de conflicto familiar es considerado fundamental mantener las relaciones más cercanas, la vinculación con los parientes y la identidad de los menores, lo cual contribuye a la estabilidad emocional y a un desarrollo sano de las personas que se encuentran en formación.

La forma de reglamentar el régimen comunicacional es de acuerdo a la manera en cuanto lo determine el Tribunal, sin embargo de acuerdo a las reglas de la sana crítica y la lógica parece que escuchar al niño o niña es del todo aconsejable estimando que es un derecho establecido en su favor.

Finalmente, la materia de divorcio de común acuerdo solicitada por los cónyuges considera de acuerdo a la ley, debe regularse en un acuerdo completo y suficiente las materias propias de sus hijos comunes menores de

edad, considerando al menos las materias de alimentos menores, cuidado personal y régimen comunicacional.

Es en este ámbito de materias, a los hijos menores involucrados deberá otorgársele una participación activa a fin que emitan su opinión de acuerdo a su edad y madurez en asuntos que les afecta directamente como es en el contexto que se dará por terminado el vínculo matrimonial entre sus padres.

De las materias mencionadas, la totalidad representan en las decisiones judiciales que se adopten consecuencias directas en los NNA involucrados y por ende el interés superior y el derecho a ser oído cobran especial relevancia, como lo hace de igual forma el artículo N° 12 de la Convención en donde se regula el considerar una participación activa del NNA en un proceso en el cual son el centro de la protección.

Es por ello que se intentará conocer el grado de participación en tales procesos y de aplicabilidad de la norma a la luz de los dos principios en estudio y desde allí generar críticas al sistema judicial chileno desde la línea de desarrollo planteada.

Conclusiones preliminares

De frente al análisis del objeto de estudio surge la necesidad de realizar la precisión del mismo, desde un punto de vista ontológico, biológico, social y jurídico, toda vez que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho que deben tener una conceptualización desde los distintos aspectos antes referidos, en el marco de determinar que es ser NNA en la especie humana, tanto desde una concepción universal, desde una caracterización biológica, la forma en que cada sociedad los define, y finalmente como la normativa internacional y doméstica los reconoce y les atribuye derechos y participación en todo proceso que se vean involucrados.

Sin duda, lo anterior se ve fuertemente ligado a la concepción de familia que cada sociedad le atribuye y como esta conceptualización se va adecuando a los nuevos tiempos, lo que debe reflejarse en la normativa.

No obstante, se percibe una legislación poco sistemática y en algunos aspectos anacrónica en cuanto a la precisión de conceptos y al rol y constitución de la familia en la sociedad actual, lo que dificulta su análisis y correcta aplicación, debiendo existir una universalidad unívoca en los mismos reflejado no solo en la normativa sino en la doctrina y jurisprudencia.

Todos estos elementos contribuyen a determinar el real contenido y alcance en cuanto a la aplicación de los principios de interés superior del

NNA y el derecho a ser oído, debiendo ser un reflejo en las normas generales, las decisiones jurisdiccionales de los tribunales domésticos y el control convencional frente al derecho internacional.

En este sentido surge la necesidad de conocer los comportamientos e interacciones que determinan la intervención jurisdiccional respecto de los NNA, y su entorno más cercano, lo que se abordará en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO 2:

Aproximación al entorno social y a las conductas relacionales que influyen en el proceder legal respecto de los niños, niñas y adolescentes en el sistema jurídico en Chile

Para todo NNA resulta relevante lo que sucede a su alrededor, generándose de manera constante estímulos y respuestas con su entorno; siendo muchas de sus acciones el resultado de la interrelación que se produce entre éste y aquel. Es por ello que tanto los factores de riesgo y de protección no solo deben ser atribuidos a la persona de manera individual y aislada sino de igual forma, y especialmente se deben estimar los entornos de forma relacional, considerándolos como un tejido conductual que se entrecruzan entre sí. Es por ello necesario conocer y analizar las condicionantes en las conductas que van presentando los NNA a través de su desarrollo.

Así, incluso antes de nacer, el entorno social de la madre es un agente que colabora en moldear la conducta futura del niño, especialmente en el desarrollo de su niñez y adolescencia¹⁶¹.

De allí radica la necesidad de generar un entorno agradable y confortable en la madre a fin que sea transmitido ese ambiente de bienestar que resulta ser fundamental para relacionarse en lo futuro con el mundo que lo rodea. Posteriormente y en las etapas de niñez y adolescencia, comienza a

¹⁶¹ Ello es resaltado por Orihuel, A en “Transforma las Heridas de tu Infancia: Rechazo, abandono, humillación e injusticia”, México, Penguin Random House, 2016, en concreto pág. 25, al manifestar que:

“Desde que se está en el vientre materno, el niño recibe información del medio, de las emociones y de los sentimientos que su madre le transmite y de lo que pasa fuera del vientre de la madre. Desde ese momento construimos nuestra relación con la vida, y en los niveles físicos y emocional se forma nuestra personalidad”.

entender, explorar y adaptarse tanto a su contexto físico, social y relacional que contribuirá a generar una adaptación social adecuada.

Como en todo orden de cosas, especialmente en los primeros años de vida, debe existir un equilibrio entre las fortalezas y debilidades de la persona, entre las competencias y la vulnerabilidad a la que puede verse expuesta¹⁶².

Lo anterior no significa que la eliminación de los factores de riesgo implique necesariamente el surgimiento de factores de protección, los que de igual forma deben ser promovidos constantemente. En este contexto, el desarrollo de las competencias en el desarrollo de la vida de una persona resulta fundamental, ya que involucra la capacidad de adaptación que posee ante las demandas ambientales las que pueden ser positivas o negativas y la forma como son enfrentadas.

Es por ello, que resulta significativo el contexto en que se desenvuelven y las condiciones del ambiente que son consideradas protectoras, peligrosas, destructivas y que marcarán e influirán significativamente en los destinos de su adultez.

En ese sentido, sin duda uno de los principales factores que interviene sobre el actuar de NNA es justamente el medio social que los rodea. De allí la relevancia de explorar cómo este agente puede influir en su comportamiento desde los primeros años de vida y la forma en que se encontrará presente en el transcurso de toda su vida.

2.1 Factores protectores de la infancia, niñez y adolescencia

Desde siempre, pero más intensamente en la última década, ha existido una preocupación en el fortalecimiento de los factores protectores en los menores de edad con la finalidad que actúen como una especie de barrera que contribuyen a neutralizar, en el evento que NNA se encuentren expuestos a factores de riesgo.

¹⁶² Así lo describe Rodríguez, J, lo cual es atendible hasta la actualidad, en “Psicopatología del niño y del adolescente”, Sevilla, España, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1998, en concreto pág.1033:

“Se entiende por vulnerabilidad las condiciones con las que el individuo nace y que le hacen más o menos sensible a los factores de riesgo, necesitando en mayor o menor grado factores de protección para conservar un equilibrio, regulación u homeostasis determinados; la vulnerabilidad expresa la debilidad del individuo frente a los factores de riesgo; lo que le hará a aquel más necesitado de factores de protección para conservar el equilibrio”.

Para conocer la influencia del entorno y las conductas de los menores de edad, la ciencia nos provee de propuestas de modelos analíticos, entre los que destaca el de competencias de Albee (1982), proveniente de la psicología comunitaria que ubicó a la persona en el centro de la observación, primicia del modelo para su época.

Esta forma de mirar a la persona como lo relevante de la observación ha marcado un hito que se mantiene hasta la actualidad, considerando que es justamente el objeto de examen el que puede llegar a modificar su proceder, a pesar que se vea expuesto a factores de riesgo durante gran parte de su vida, ello con acciones de educación y prevención, ya que al verse comprometido a tales factores es presumible la realización de acciones que socialmente son inaceptables.

El conocimiento de factores de riesgo preexistentes y el análisis de comportamientos de riesgo en NNA, permite deducir problemas de desadaptación, los que no se presentan de manera repentina ni son producto del azar. Dichas conductas eran previsibles desde los primeros años de vida, incluso antes de nacer, razón por lo cual resulta relevante la detección y prevención de conductas en aquellos menores que se ven expuesto a factores de riesgo, con respuestas preventivas y educativas de manera integral¹⁶³.

Sin duda, el estilo de vida basado en relaciones sanas que son vivenciados por NNA de manera consciente o inconsciente favorece la construcción de factores protectores. Tales factores han sido identificados y se encuentran representados en gran medida por la familia, la escuela y la comunidad donde se insertan los NNA; a pesar que tales organizaciones han sufrido transformaciones en el ejercicio de su función y que por sus características pueden representar, en algunas ocasiones, un factor de riesgo de igual forma tiende a ser considerado una causa de protección.

¹⁶³ Ver Gózález, M, en “Poniendo otras miradas a la Adolescencia: Conviviendo con los Riesgos drogas, violencia, sexualidad y tecnología”, España, Deusto Digita, 2015, en concreto pág. 141. Todo ello, con la finalidad que exista un reforzamiento positivo en sus agentes de sociabilización como es la familia, escuela, comunidad y la sociedad en su conjunto. Tal como lo expone Calero, J, en “Adicciones y Conductas Negligentes. Respuestas desde la acción socioeducativas. Juventud en Conflicto Social. Análisis y propuestas desde el enfoque multidisciplinar”, España, Universidad Politécnica de Valencia, 2016, en concreto pág. 177:

“Si los agentes primarios de protección social, familia, escuela, instituciones, no ejercen de manera preventiva la función de detección de falta de capacidades y habilidades sociales en los menores para la adaptación adecuada al medio social, estos son proclives a derivar en conductas negligentes, adictivas o antisociales.

En esta misma línea se enmarca, Peralta, A., en “*Importancia de la Educación Socioemocional en el Jardín de Infantes*”. Buenos Aires, Argentina: Dunken, 2013.

En el caso de la familia es también un sistema que se encuentra en constante interacción con el entorno, relacionándose con otras familias, por lo que de igual forma está expuesta a ser influenciada por este, de manera positiva o negativa¹⁶⁴.

A pesar de las complejidades, transformaciones y diversificaciones en la constitución y relaciones, la familia es considerado primeramente un factor de protección primario, rector, y de contención cuyas prácticas contribuyen a la formación de sus miembros, especialmente de los que se encuentran en formación; se sientan las bases de la individualidad y se instauran las primeras normas de conductas, considerándose un agente social fundamental para la sociabilización de los individuos desde los primeros años de vida y que perdura durante toda esta. Se considera que el apego a la familia desde los primeros años, con la figura materna y paterna, resulta significativo y vital para relacionarse con otros y una adecuación de su actuar en los diferentes contextos en su vida. Este apego permanece durante su desarrollo y se mantiene hasta el fin de su existir¹⁶⁵. Dentro de este marco, definir lo que es familia desde diferentes aristas resulta un ejercicio siempre incompleto, complejo y prácticamente inútil¹⁶⁶, ello por las adecuaciones que de manera constante sufre la constitución de las familias respondiendo a las necesidades, valores e intereses de cada época y de cada sociedad.

Todo NNA que forma parte de este núcleo en donde existe una dinámica relacional positiva, adopta de mejor manera sus procesos he internaliza la interacción con los demás, teniendo como patrón la forma de

¹⁶⁴ Es coincidente como lo expuesto por Barcelata, B, en “Adolescentes en riesgo: Una mirada a partir de la resiliencia”, México, Manual Moderno S.A, 2015, en concreto pág.13.

“Las familias con niños y adolescentes son tal vez las que tienen mayor presión para lograr un espacio de desarrollo armónico para sus miembros, ya que la falta de recursos para cumplir con las funciones sustantivas ha generado cambios en su configuración y dinámica, lo cual pone en riesgo su estabilidad como grupo así como la de sus miembros”.

¹⁶⁵ Ver Felman, R, en “Desarrollo en la Infancia”, México, Pearson Educación, 2008, pág. 200-230.

¹⁶⁶ En razón de expuesto y según las palabras de Gracia, E y Misitu,G en “Psicología social de la familia”, Barcelona, España. Paidós, 2000, en concreto pág. 1, señala que:

“El concepto de familia no necesita explicación, ya que es como el lenguaje, un atributo de la condición humana”, y por ende un ente regulador en las conductas desde siempre.

comunicación, negociación y cooperación observada entre sus padres y su familia nuclear¹⁶⁷.

Desde allí surge la necesidad, no solo de la preservación de la familia, sino de su fortalecimiento, sobre todo de sus funciones consideradas básicas que contribuyen a la satisfacción de las necesidades emocionales, sociales y personales propias del desarrollo de los NNA.

El ejercicio se encuentra orientado a reconocer y potenciar factores protectores de cada una de las familias de acuerdo con su propia dinámica, sin embargo, aparecen algunas conductas transversales que se deben considerar de modo constante.

En este contexto, resulta básico reconocer los vínculos que se generan al interior de esta, en cuanto a la función que ejerce, respecto al apoyo emocional, el buen trato basado en el cariño, el respeto, y la forma cómo acostumbra resolver en su interior los conflictos o dificultades que se presentan. Para ello, deben existir padres interesados e involucrados en el entorno que se relacionan sus hijos, especialmente, en las actividades que desarrollan y los amigos que frecuentan, lo que resulta ser fundamental.

Ello resulta del todo positivo, ya que al producirse las relaciones sociales, se introduce la formación del autoconcepto, teniendo una injerencia significativa en el desarrollo cognitivo, ya que se comienzan a generar procesos reflexivos relacionados con el yo. Con la incorporación de los niños en diferentes contextos, lo que genera es que recogen la percepción que tienen sobre si mismo, lo que colabora en la construcción de su propia imagen, ello basado en sus atributos, valores y aptitudes que lo comienzan a definir. Lo que contribuye a un desarrollo armónico de la personalidad de los niños que lo marcara durante todo el desarrollo de su vida.

La familia, de esta forma, se constituye en una fuente insustituible de factores protectores para sus integrantes, especialmente de poca edad. Este grupo se inserta en un contexto que otorga, además otras posibilidades de

¹⁶⁷ Así es observado por Buxarrais, M, en “Conciliación Familiar, Laborar, Social y personal Una cuestión ética” España, Universidad de Barcelona, 2014, en concreto pág. 87.

“Los vínculos afectivos positivos son la perspectiva más apropiada para la educación en valores, porque permiten interiorizar la disciplina externa y convertirla en disciplina interna. Es decir, dota a los niños de la capacidad para respetar las normas, aceptarlas, cumplir sus proyectos personales y superar con éxito las dificultades”.

relación positiva como lo son los afectos y formación ética primaria, entre otras, los cuales reciben de su entorno ¹⁶⁸.

La familia también es identificada como responsable de construir en los NNA otro de los factores relevantes denominado “resiliencia”, la cual se define para Rutter (2003)¹⁶⁹, como “La variación individual en la manera en que las personas responden a los riesgos a lo largo del tiempo”. El autor sitúa el acento en la capacidad de los individuos de mantener una actitud positiva y sortear los factores de riesgo a los cuales fue expuesto.

La resiliencia es identificada como la capacidad de sobreponerse a la diversidad y sortear de manera positiva situaciones que se presentan de modo adverso. Frente a ello la persona es capaz de modificar las causas de riesgo y salir fortalecido de tales situaciones.

Existe consenso en que la resiliencia debe estar constituida al menos por tres factores, el primero de ellos en cuanto a la adquisición de factores internos que se generan desde los primeros años, lo que explicaría la forma de reaccionar frente a las dificultades que le presente la vida, el segundo de los factores constituido por una dinámica de agresión que se produce los primeros daños, el cual dependiendo de su entorno familiar y social explicaría los efectos y los traumas asociados al daño y finalmente la posibilidad de insertarse en lugares de protección y de afecto que proporciona las directrices de la resiliencia que le permitirán continuar con su desarrollo de manera adecuada ¹⁷⁰. Desde allí nace la relevancia en generar factores positivos que otorguen las condicionantes necesarias para generar las herramientas que ayudaran a un comportamiento sano y eficaz en NNA.

Desde siempre, un patrón conductual sano reflejado en una parentalidad adecuada ha significado de igual forma un factor protector en NNA, queriendo significar con ello, la capacidad de los padres de criar a sus

¹⁶⁸ Ver Barudy, J,& Dantagnan, M, en “Resiliencia y Buenos Tratos Infantiles”. En Los Buenos Tratos a la Infancia, España, Gedisa S.A, 2013, en concreto pág. 58. Para Barudy, es relevante las relaciones y la función que desempeña una persona significativa en el desarrollo de niños y niñas que contribuya a generar la resiliencia en situaciones estresoras, generalmente se espera que tal persona sea representada por los padres o por un tercero significativo en la vida de los niños y niñas.

¹⁶⁹ Ver Rutter, M, en “Categorías, dimensiones y salud mental de niños, niñas y adolescentes”. Recuperado de: <https://nyaspubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1196/annals.1301.002> (Consultado el día 02 de octubre del 2018), 2003, pág. 100-121.

¹⁷⁰ Ver Cyrunik, B, en “Los Patitos Feos: La Resiliencia. Una Infancia Infeliz no determina la vida”, España, Penguin Random House, 2013, pág. 100-120.

hijos, dando respuesta a las necesidades, y además, potenciar y promover sus capacidades¹⁷¹.

En cuanto a la empatía parental, aborda la relación sana entre padres e hijos y la capacidad de entender y conocer las necesidades de estos, siendo capaces de ponerse en el lugar de ellos. Un estilo de parentalidad bien tratante, es la que se asume con responsabilidad, caracterizada por la empatía y la dominancia, relacionada con la idea de competencia, lo cual contribuye a que los NNA identifiquen su espacio familiar como un lugar seguro, de protección y sobre todo como el entorno donde se adquiere un aprendizaje para hacer frente a todos los desafíos que la vida les imponga.

Una parentalidad adecuada es aquella que logra aportar experiencias positivas desde lo sensorial, emocional y lo afectivo, que tiendan a un apego seguro, no solo en lo familiar sino lo que comprende en el orden social, siendo relevante para una adaptación adecuada.

Junto con la familia, la escuela se convierte en un agente socializador y uno de los entornos más significativos en la vida de un niño o niña, especialmente en sus primeros años. Un adecuado tratamiento a la diversidad, a las necesidades especiales y finalmente un apego positivo con la escuela se configura en un potente factor de protección frente a los riesgos. Justamente constituye una de las grandes finalidades del sistema educativo, entregar una enseñanza integral que considere todos los aspectos de su desarrollo.

Por otra parte, representa el inicio de la interacción con sus compañeros, comienza a interiorizar sus formas de autocontrol ante situaciones estresoras, el modo que enfrenta las vías de solución a sus problemas, refuerza su autoestima y la actitud que se dispone a la exposición del consumo de alcohol y drogas frente a sus pares¹⁷²

¹⁷¹ Según Barudy, J & Dantagnan, M, en "Los Desafíos Invisibles de ser Padre o Madre", Barcelona, España, Gedisa, 2013 b, en concreto pág. 34, existen dos tipos de competencias parentales; la parentalidad social, refiriéndose por ella a la capacidad de los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos y la parentalidad biológica que es la capacidad de procrear o dar vida a una cría.

Como lo señalan los autores "La buena crianza depende en gran medida de una experiencia emocional que genere un apego seguro y una capacidad de empatía entre padre/madre e hijos". Por apego seguro se entenderá en el desarrollo de la investigación como la capacidad de los padres de crear vínculos con sus hijos que respondan a sus necesidades, biológicas, emocionales, sociales y sensoriales de manera normal y adecuada de acuerdo a su edad.

¹⁷² El aumento sostenido de alcohol y drogas en la población es una problemática a nivel mundial, así da cuenta las estadísticas sobre la materia. Esta mirada da cuenta Rojas, M. en "Algunos comentarios sobre el consumo de alcohol y marihuana en población escolar". En *Abuso de drogas en adolescentes y jóvenes y vulnerabilidad familiar* (18). Perú: Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito, 2013.

Lo que se espera del sistema educativo es que genere y potencie las habilidades sociales y académicas de NNA. La escuela establece reglas que deben ser cumplidas por todos, este hecho es muy significativo cuando en el hogar los roles y funciones no son claras o no se encuentran delimitadas.

Dentro de dicho sistema, los profesores como modelos positivos pueden llegar a representar en la vida de un niño o niña una persona significativa en su adecuado desarrollo¹⁷³.

Cuando el profesor es cercano a sus alumnos y demuestra empatía, es valorado por los jóvenes, lo que contribuye a que estos tengan las herramientas necesarias para saber como actuar ante una situación de riesgo y las confianzas necesarias para solicitar apoyo.

Las funciones de los profesores, dentro de un sistema educativo, están orientadas a realizar acciones tendientes a la prevención, identificación e intervención de factores de riesgo. Ello ayudado por el contacto regular y cercano que tienen con NNA y sus familias, situándolos en una posición relevante para el cumplimiento de tales funciones.

La escuela representa una organización que debe velar por el bienestar de sus alumnos, obligándolos a tomar una posición activa cuando existe una sospecha de vulneración en sus derechos en cualquiera de sus entornos en donde el niño o niña se relaciona. Por ello debe ser un agente que se adecue al entorno social, siendo flexible en su sistema educativo que atienda a la diversidad y a las desventajas personales, fortaleciendo las habilidades y capacidades de cada uno de sus integrantes.

Un establecimiento educacional centrado en el alumno y la familia, con vías de comunicación basadas en el diálogo y respeto, con reglas y cometidos claros de cada uno de los integrantes de la comunidad educativa se convierte en un factor protector en NNA. En definitiva, su fortaleza y los entornos por donde transita, especialmente la familia y la escuela, se convertirán

¹⁷³ Como lo ha explicado Torres, R, Ochoa, H, Ibarra, F & Ramírez, A, en “Acompañamiento de Jóvenes ante Situaciones de Riesgo: Manual para profesores”, México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 2016, en concreto pág. 10, señala que:

“El profesor juega un papel fundamental en la consolidación de un sistema educativo integral, ya que la relación que entabla con sus alumnos, es portador de un cúmulo importante de recursos para la generación de aprendizajes significativos en distintos ámbitos del ser y quehacer humano”.

inevitablemente en factores de riesgo o protección que conducirán los destinos de su vida en la adultez¹⁷⁴.

Es por ello que resulta relevante que estos dos agentes socializadores, familia y escuela, representen un entorno seguro; lo contrario los convertiría en factores de riesgo con la agravante que siempre se encontrarán presentes en la vida de los NNA, de allí radica la importancia de tales agentes.

Junto con la escuela, otro de los entornos que cobra relevancia está representado por la comunidad, debiendo considerarlo como un agente regulador del comportamiento social del niño desde muy temprana edad. Una de las grandes finalidades de la comunidad es el preservar y prevenir los riesgos de todos sus integrantes, especialmente de los más indefensos.

Para cumplir lo anterior y transformarse en una causa de protección es necesario que adopte una posición activa frente a sus integrantes, considerando la participación en su conformación, no únicamente de los adultos sino de los NNA que forman parte de la comunidad.

Para alcanzar lo señalado, debe existir una armonización con las políticas públicas que emanan del Estado y la sociedad civil de manera transversal, formando redes y generando espacios que tributen al respeto en el ejercicio de los derechos de los niños en un ambiente armónico y seguro.

La familia en su totalidad debe ser un agente integrado en su comunidad, debiendo ser capaz de conocer sus fortalezas y detectar las necesidades del entorno.

Sin embargo, una comunidad que se presenta desarticulada socialmente, con un importante grado de desvinculación con sus integrantes, más aún cuando es observable rasgos de extrema pobreza en dicho ambiente, puede llegar a representar un factor de riesgo, ya que ello contribuye a facilitar rasgos de desadaptación social de niños y niñas.

¹⁷⁴ Igual mirada que señalan Morón, J, Pérez, I & Pedrero, E, en “Educación para la Salud y Prevención de Riesgos Psicosociales. En Jóvenes y Adolescentes”, Madrid, España, Narcea, 2017, en concreto pág. 32, al indicar que:

“En definitiva, la familia y la escuela son dos agentes socializadores que desempeñan un papel crucial en el desarrollo del adolescente. Pueden proporcionar recursos al adolescente para afrontar con éxito las demandas propias de su transición evolutiva sin implicarse en conductas de riesgo o participando en ellas de un modo exploratorio y transitorio. No obstante, unas relaciones disfuncionales con la escuela y con la familia parecen dejar al adolescente desprotegido, con una carencia de recursos que lo predisponen para implicarse en conductas de riesgo de un modo persistente”.

Lo relevante, según los autores, es que al persistir un entorno riesgoso, el paso a la adultez estará marcado por un proceso de socialización, considerando y conformado por factores de riesgo, habiéndolos normalizados como parte de este tránsito.

Ello facilitado, especialmente cuando se encuentra asociado, además de la pobreza, a diversos factores que la debilitan y la hacen vulnerable. Ejemplo de ello está constituido por una comunidad multicultural, conformada especialmente por familias transnacionales y migrantes, en donde el tema de la exclusión social y grados de vulnerabilidad resultan relevantes en mucho de los casos. Es allí donde cobra notoriedad la conformación de factores protectores de todos sus integrantes¹⁷⁵.

De allí que resulte fundamental la promoción de la participación de los integrantes en la conformación de su propia comunidad. No obstante, para lograr tal cometido es necesario reconocer a los NNA como sujetos de derechos, generando los espacios en el entorno de acuerdo a sus necesidades e intereses. Ello necesariamente conlleva a una valoración crítica del ambiente en que interactúan, lo cual resulta relevante para saber lo que existe y lo que se espera de tal ambiente.

Desde esa mirada radica la importancia de generar entornos conocidos, los cuales generan sensación de seguridad, ya que existen intereses comunes y espacios reales de participación donde cada uno se siente parte del proyecto, generándose vínculos positivos que es muy difícil de romper¹⁷⁶.

En consecuencia, en una primera etapa tanto la interacción con la familia, escuela, servicios de salud y la comunidad deben ser el soporte en cuanto a la protección de NNA desde el punto de vista físico, de salud, psicológico, emocional y social. Ello debe ir preparándolos para el futuro, debiendo aprender y asumir acciones que le permitan detectar no solo factores de protección sino además de riesgos a los que se pueden ver expuestos. Por ello resulta vital las acciones preventivas, lo que significa

¹⁷⁵ Tal factor de multiculturalidad en la conformación de la comunidad ha sido explicado por Villena, J & Molina, E, en “Ciudades con vida: Infancia, Participación y Movilidad”, Barcelona, España, Graó, 2015, en concreto pág.109, al señalar que:

“Realizar una mirada sobre la realidad compleja y cambiante de los barrios multiculturales nos permite acercarnos a las características físicas y habitacionales de estos espacios, comprender las relaciones de convivencia y los procesos sociales que se generan en torno a ellos y, además, dar cuenta de las tensiones y conflictos que surgen ante la diversidad social, cultural y económica de sus habitantes. Entender todos estos procesos y dinámicas se convierte en un requisito indispensable para abrir espacios de diálogo y propiciar experiencias orientadas a la convivencia e integración social, con la participación activa de sus protagonistas”.

¹⁷⁶ Así lo menciona Padial, A, en “El acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada”, leila, España, Universidad de Leila, 2012, pág. en concreto pág. 135, al señalar que: “Para sentirse completos e integrados, los niños necesitan crecer en una comunidad estable. No solo con entorno familiar sino entorno social ampliado”. Indica que la comunidad representa la continuidad de los valores de la familia, los intereses de sus pares y el respeto a la diversidad.

actuar anticipadamente ante los factores de riesgo. Para lograr tal objetivo es necesaria la existencia de una legislación integral y articulada que tribute a la protección efectiva de los derechos de los NNA, los cuales deben ser considerados como sujetos de derechos¹⁷⁷. En este caso es necesario establecer mecanismos de detección temprana de factores de riesgo y derivación de NNA a programas focalizados con un seguimiento efectivo que involucre evidentemente a su entorno más cercano como es la familia.

2.2 Los factores de riesgo en niños, niñas y adolescentes

Evidentemente, las situaciones de riesgo son favorecidas por la presencia de factores de riesgo, considerando por ellos las causales o indicadores observables que pueden influir en conductas con resultados negativos, no solo para los NNA, sino para el entorno más cercano y para toda la sociedad¹⁷⁸.

Tales factores pueden influir de manera directa e indirecta en conductas problemáticas y consecuentemente en el proceder legal de NNA. Ejemplo de ello lo constituye una serie de factores biológicos y cognitivos asociados al individuo, como conductas de agresividad, impulsividad, ausencia de empatía, entre otros¹⁷⁹.

Es por ello la relevancia del diagnóstico y prevención en cuanto a la interrelación que se genera entre individuo y su entorno, entre individuo y

¹⁷⁷ De ello da cuenta el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en *“Protección a la Infancia vulnerada en Chile: La gran deuda pendiente”*, coord. Y edición Piña, E. y Lara, G. Santiago de Chile, UC, N°101, 2017- año 12, en concreto pág. 17.(Consultado el día 27 de octubre del año 2017) al concluir que:

“A nivel sistémico, es necesario revisar el enfoque que se la a dado a la orgánica existente, la cual ha dejado en segundo plano la labor de prevención y ha carecido de una visión integral y articulada. Para ello, se propone reforzar las alertas tempranas, principalmente en el espacio escolar y en el sistema de salud primaria, ante factores que indiquen cuando un menor esta en riesgo de sufrir algún tipo de vulneración.

¹⁷⁸ “Los niños y jóvenes van a encontrarse en situaciones de riesgo y hemos de formales para vadear esos torbellinos existenciales que podrían engullirlos, también de adultos”, ver Urra, J, en “Primeros Auxilios Emocionales para niños y Adolescentes”, España, La esfera de los Libros, 2017, en concreto pág.8.

¹⁷⁹ Así es señalado por Gómez Da Acosta, en “Pedagogía y Justicia”, 2014, en concreto pág. 119. Recuperado de: www.ceja.cl/index.php/biblioteca/biblioteca.../doc.../1946-pedagogia-y-justicia.html (Consultado el día 20 de febrero del año 2017), al indicar que “El ejercicio de conductas antisociales, esta determinado por la interacción de características intrínsecas del individuo con las influencias provenientes de los diferentes grupos humanos”.

relaciones humanas significativas en el desarrollo de su vida, las cuales pueden determinar la vida futura en NNA¹⁸⁰.

Justamente es este último grupo de factores es que se deben dirigir las acciones preventivas que tiendan a ayudar a jóvenes a consolidar sus habilidades, actitudes y fortalezas que colaboren en una adecuada integración social desde los primeros años de vida.

Uno de los primeros factores que puede constituir un riesgo esta conformado por acciones asociadas al grupo de pares donde se busca imitar ciertas conductas, con el objetivo de ser aceptados por sus iguales. La influencia con este grupo, se produce principalmente en la niñez y adolescencia, ya que en estas etapas resulta relevante, el conseguir y sobretodo mantener relaciones adecuadas con los iguales, lo cual se relaciona de manera positiva con un ajuste social, en esta etapa llegan a representar un apoyo emocional, fundamentalmente porque comparten sus intereses¹⁸¹.

De igual manera, existen factores relacionados con la comunidad escolar como la aparición de conductas de agresividad y antisociales que traen aparejadas el fracaso escolar. La violencia en instituciones educativas ha crecido en los últimos años, razón por la cual se debe intentar conocer sus causas y sus consecuencias.

Ella se concreta por las faltas de respeto que son aprendidas, especialmente imitadas al observar los adultos agresividad injustificada, abusos y malos tratos de unos a otros, convirtiéndose en un fenómeno social y psicológico. El primero de ellos surgiendo y desarrollándose en un clima de relaciones humanas que lo permite y lo tolera y psicológico porque afecta personalmente a los individuos, transformándose en víctimas ya sea de

¹⁸⁰ Según Catena, A & Redondo, S, en “Carreras Delictivas Juveniles y Tratamiento”. Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, vol. 54, en concreto pág. 176. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4536460> (Consultado el día 12 de enero del año 2018), diferencian los factores de riesgo en estáticos y dinámicos:

“Los primeros son correlatos vinculados al pasado del individuo, o a otras características personales de difícil o nula modificación, como por ejemplo hiperactividad, fracaso escolar o experiencias de maltrato en la infancia. En cambio los factores de riesgo dinámicos, llamados necesidades criminógenas, corresponden a aquellos elementos que si podrían modificarse con una intervención, tales como cogniciones o actitudes delictivas, o hábitos antisociales”.

¹⁸¹ Ver Fariña, F; Arce, en “Avances en Torno al Comportamiento Antisocial, Evaluación y Tratamiento”, Madrid, España, Ministerio del Trabajo y asuntos sociales, 2003, en concreto pág. 119.

manera directa o indirecta¹⁸². Desde allí nace la necesidad de potenciar las actitudes basadas en el respeto y la convivencia sana.

Finalmente la pobreza, condiciones de habitabilidad y hacinamiento son factores que tributan de igual forma en la observancia de factores de riesgo, especialmente en niños y niñas y las consecuencias en cuanto a la dificultad en su crecimiento y desarrollo adecuado.

Al encontrarse presente la pobreza familiar, evidentemente es observable una pobreza infantil, la cual sitúa en situaciones de riesgo el bienestar, la integración, las oportunidades y las perspectivas de futuro de esta población, lo que se transforma en un factor de riesgo que no depende su superación de los afectados de manera directa, sino de sus progenitores o de su entorno más cercano, lo cual los hace especialmente vulnerables.

Poner el énfasis en la pobreza infantil, implica una visión reduccionista del problema. La prevención y el abordaje, exige prevenir y abordar la pobreza del conjunto de la población, especialmente la pobreza de las familias. Es por ello la relevancia en generar políticas públicas que tributen a un empleo de calidad en igualdad de condiciones, al acceso a un mercado laboral especialmente dirigido a la mujer, políticas públicas orientadas al ámbito de la salud, educación y vivienda familiar que contribuyan a disminuir su falta de recursos materiales, tan perjudicial en el desarrollo normal de la población.

Junto con la superación de este factor de riesgo, es necesario reforzar una estructura familiar, capaz de sustentar los cimientos de una dinámica en las relaciones de familia adecuada, lo contrario, representa la hostilidad en las conductas parentales, aparejadas a ausencia de lazos de apego y de cercanía, a una mala comunicación entre los niños y sus progenitores, lo cual es proclive a generar conductas antisociales.

Dentro de esta dinámica familiar, el hecho que los menores de edad presencien situaciones de violencia entre sus más cercanos, sin duda representa un obstáculo que puede considerar consecuencias nefastas a lo largo de su vida. Ello colabora en que tal comportamiento sea construido,

¹⁸² Ver Brandón, L & Jiménez, en "Factores Asociados al Comportamiento Agresivo en estudiantes de secundaria en una comunidad educativa en la ciudad de Medellín", de Universidad CES, 2016. Recuperado de: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4398/1/Factores_Asociados_comportamiento_agresivo.pdf (Consultado el día 21 de diciembre de 2017).

internalizado y normalizado, repitiéndolas en una etapa adulta como parte de su accionar. La observancia de violencia puede representar alteraciones en su funcionamiento y desarrollo psicológico que, como una forma de resguardarse los hace adquirir características necesarias de protección ante este tipo de conductas que son presenciadas al interior de la vida familiar.

Al respecto, cabría preguntarse, como estos factores de riesgo pueden llegar a determinar conductas negativas en NNA y como consecuencia de ello, verse enfrentados a procesos judiciales de manera directa o indirecta.

2.3 Las familias multiproblemáticas como factor de riesgo en niños, niñas y adolescentes

Resulta indiscutible que la familia puede convertirse en un factor de riesgo a través de la práctica de estilos propios de cada una de ellas que son desfavorables con una formación adecuada e íntegra en NNA; aparejado a una comunicación familiar de mala calidad y la existencia de conflictos entre hijos y padres que generan disputas frecuentes entre ambos. Todo lo anterior, facilitado por un déficit o exceso de disciplina, límites pocos claros, ausencia o inadecuadas relaciones afectivas o bien un evento específico como se presenta ante la separación o divorcio de sus padres, generando condiciones negativas en su desarrollo de acuerdo con su edad.

Dentro de las diversas conformaciones familiares se encuentran las llamadas familias no competentes o multiproblemáticas, consideradas de alto riesgo por la acción de sus mecanismos internos como por los contextos sociales que favorecen su disfuncionalidad, son caracterizadas por un estilo de interacción interna de manera conflictuada; favorecido por historias de desadaptación, comunicación disfuncional, promovido en muchas ocasiones por el alcoholismo, abandono, depresión, delincuencia, escaso apego a la familia de origen, rigidez o dificultades para asumir cambios en la dinámica familiar, malos tratos. Ello sumado a factores con el medio, tales como un ambiente marginal, pobreza, malas condiciones de habitabilidad, problemas legales, deudas; etc.

Al interior de este tipo de familia, las funciones parentales se encuentran desvirtuadas, deterioradas o son inexistentes, no siendo los padres capaces de responder a tal función de la manera esperada. Los hijos no se sienten seguros, valorados ni queridos en la relación con sus padres ni con su entorno más cercano. Todo ello contribuye a que su adaptación sea dificultosa y conflictiva.

Entre los cónyuges existen desavenencias lo que hace que la relación sea tensionada todo el tiempo, existiendo descalificaciones mutuas que fomentan el conflicto y la forma de relacionarse, existe tendencia a la inestabilidad psicosocial de los integrantes como resultado de la desorganización familiar.

No existen límites claros ni definidos entre los integrantes de la familia, los roles y las funciones son difusos, lo que impide que se desarrollen con normalidad e interactúen de manera adecuada entre ellos y el medio ambiente. Ello contribuye a que existan hijos parentalizados los cuales asumen funciones y responsabilidades que les corresponde ejercer a los padres.

El poder en su interior es realizado por uno o varios miembros que no necesariamente son las figuras parentales, formándose alianzas o coaliciones entre los miembros y polarizándose aún más los roles.

Existe una inadecuada organización económica, lo que contribuye a tener un menor número de oportunidades culturales y educativas, ello caracterizado por la inestabilidad en los ingresos familiares y la precariedad. Lo anterior se manifiesta en todos los aspectos, incluyendo las condiciones de habitabilidad de las familias caracterizadas por tener gran cantidad de espacios comunes lo que dificulta los espacios propios en NNA que tributen en la construcción de su identidad y del sentido de pertenencia.

Otro de los aspectos de las familias multiproblema es la no formalización en las relaciones familiares en donde es posible observar un número significativo de matrimonios no disueltos, relaciones afectivas sin formalización legal y un alto número de hijos no reconocidos legalmente.

Especialmente cuando se producen las separaciones de los padres, ellos deben hacer compatible el ejercicio de este derecho con el derecho de los hijos de seguir siendo hijos de ambos. Es por ello que ante un quiebre es necesario favorecer factores protectores, considerando por ellos, aquellos que son capaces de promover la satisfacción plena de las necesidades de sus hijos, fundamentalmente la colaboración y los acuerdos a que pueden llegar los padres en relación a ellos¹⁸³.

Lo contrario implica que tales factores contribuyen a que exista una alto grado de vulnerabilidad que afecta especialmente a NNA ya que deben enfrentar las consecuencias negativas que surgen de una mala conformación

¹⁸³ Ver, López, en "Separarse sin grietas", Barcelona, España, Graó de Irif, S.L, 2010, pág. 120-150.

familiar. Con ello surge la probabilidad que ante la incapacidad de solucionar sus conflictos de forma no adversarial deban ser resueltos de manera judicializada¹⁸⁴.

2.4 Factores de Riesgo: Trabajo infantil, deserción escolar, pares, pobreza y migración

La familia y la sociedad en más de una ocasión, pueden contribuir con su pasividad en generar un estado de fragilidad en NNA, ello ayudado por la displicencia y falta de límites en como se encuentran expuestos ciertos factores de riesgo al alcance de los más débiles.

Una de tales situaciones de peligro, sin duda, se encuentra representado por el trabajo infantil. Las problemáticas que pueden surgir desde este tipo de actividad, como su eventual contribución a factores de peligro, se pueden identificar en una multiplicidad de circunstancias que se ven identificadas en cuanto a su existencia, desarrollo y consecuencias.

En este contexto, se entenderá en el desarrollo de la investigación a todo niño, niña y adolescente que no ha cumplido 18 años de edad y que se encuentran realizando alguna actividad laboral sin ningún tipo de relación laboral formalizada, con ausencia de pago de cotizaciones y sin una remuneración periódica que cumpla los montos mínimos establecidos en la legislación laboral del país.

La problemática que puede llegar a representar en los niños trabajadores, especialmente en cuanto a su desarrollo normal, se puede percibir desde diferentes líneas¹⁸⁵.

Generalmente los niños y niñas trabajadores provienen de familias pobres que presentan dificultades en generar ingresos, que exhiben un número elevado de hijos, de estructuras monoparentales, siendo la figura materna quien representa el jefe de hogar, proceden de familias donde los actos de violencia intrafamiliar personifica la forma de solucionar dificultades,

¹⁸⁴ Ver Gomez, Costa, “Factores asociados a la violencia: Revisión y posibilidades de abordaje”, 2014. Revista Iberoamericana de psicología: Ciencia y Tecnología, N° 7.

¹⁸⁵ Así es indicado por Ros, L, en “Trabajo Infantil y Salud. Enfermedades y Lesiones según el tipo de trabajo realizado”, Barcelona, España, Ariel S.A, 2016, en concreto pág. 9, al señalar que:

“El trabajo infantil no solo viola los derechos humanos fundamentales de la infancia y la adolescencia, sino que acelera inapropiadamente su proceso de maduración, impide o limita el adecuado proceso educativo, provoca el enfrentamiento precoz a un ambiente adulto y a veces hostil y la posible pérdida de la autoestima, problemas de adaptación social y traumas”.

donde existe falta de oportunidades y finalmente la deserción escolar es percibida como una vía de solución.

Según la Dirección del Trabajo, en Chile en el mes de junio del año 2017, existían 220.000¹⁸⁶ niños y adolescentes trabajadores, a pesar que existe una prohibición legal de contratar a niños menores de 15 años y permitido desde esa edad y hasta antes de los 18 años, siempre que cuenten con una autorización legal de sus padres o tutores, no vean interrumpidos sus estudios formales y no se encuentren expuestos a exigencias superiores a sus capacidades o tareas peligrosas. Si bien la cifra es menor en proporción a otros países de Latinoamérica, sin embargo sigue siendo una preocupación constante del Gobierno de turno de erradicar definitivamente el trabajo infantil en Chile.

El tipo de actividad laboral que realizan los menores de edad, varía de acuerdo a la zona del país, así en el norte de Chile la actividad laboral infantil se concentra en el comercio y en la zona sur se percibe principalmente en la agricultura, perteneciendo el 70% de los niños trabajadores a los dos quintiles más pobres del país.

Generalmente este tipo de labor surge desde la misma necesidad del NNA de obtener ingresos como una vía de sentirse reconocidos, respondiendo a patrones culturales que son aceptados y que la familia se encuentra imposibilitada de proporcionar. Ello conlleva que los menores tengan menos tiempo para internalizar conductas de sociabilización de acuerdo a su edad e incide negativamente en el rendimiento escolar, generándose una mala vinculación entre niño y escuela. Justamente la deserción escolar representa otro de los factores de riesgo, incorporado a diversas conductas peligrosas, no encontrándose asociado solo a la decisión exclusiva del NNA ni a su familia.

Efectivamente, existe una multiplicidad de factores mancomunados a tal decisión, económicos, falta de establecimientos educacionales con las matriculas necesarias, especialmente la situación que abordan los niños migrantes, conflictos familiares con hijos parentalizados, embarazo adolescente, falta de interés claro de los menores y su núcleo familiar, bajo nivel de escolaridad de la familia por lo que se le otorga una escasa

¹⁸⁶ Dirección del Trabajo. Gobierno de Chile. Documentación y Estadísticas 2017. Recuperado de: <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-112147.html> (Consultado el día 24 de diciembre del año 2017).

valoración a la educación formal, mínimo rendimiento escolar entre otros, factores que se dan especialmente en los estratos sociales más bajos¹⁸⁷.

Sin duda, al generarse la deserción, los NNA se ven imposibilitados de alcanzar los estándares mínimo de conocimientos y destrezas para socializar de manera adecuada, convirtiéndose en una de las causas de exclusión social.

La conexión entre exclusión social y precariedad educativa es clara, ya que el abandono del proceso educativo es una de las dimensiones de la separación social en orden a los ingresos económicos, trabajo, educación, vivienda, salud, relaciones sociofamiliares y participación. Es por ello que el abandono escolar es un fenómeno grave y representa la imposibilidad que los jóvenes sean educados y formados, siendo la vía de salir de los círculos de pobreza y exclusión social en que se encuentran insertos. Se transforma en un factor que agranda la brecha en cuanto a la movilidad social que debe considerar las mismas oportunidades y derechos para todos.

Las consecuencias de la deserción genera un alto grado de posibilidad que se comiencen a ejecutar acciones que se encuentran fuera del marco legal. En efecto, el proceso de renuncia a la vía legítima de promoción social que representa la escuela, surge como un proceso fundamental para comprender los procesos de deserción escolar que se relacionan con la delincuencia en los adolescentes. Los procesos de estigmatización estrechan las opciones de los NNA que optan por la deserción escolar. Los jóvenes van asumiendo prácticas excluyentes como resultado de sus propios comportamientos, asumiendo su incapacidad de poder integrarse al espacio escolar formal comenzando, en muchos casos, su carrera delictiva¹⁸⁸.

Por otra parte, se inician diversas conductas asociadas a la deserción escolar como prostitución, vagancia, empleos o subempleos en condiciones

¹⁸⁷ Siguiendo la misma tendencia, Román, M, en “Factores Asociados al Abandono y la Deserción Escolar en América Latina: Una mirada en conjunto”, Revista Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambio en educación. Volumen 11 N° 2, 2013. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/551/55127024002.pdf>. (Consultado el día 26 de diciembre del año 2017), lo manifiesta de tal manera:

“Las condiciones estructurales y materiales de vida, las características socioeconómica de los grupos sociales, las pautas culturales y los universos simbólicos de las familias y las comunidades educativas, determinan el desarrollo de actitudes, expectativas, acciones y comportamientos que no siempre favorecen el éxito escolar de los niños, niñas y jóvenes”.

¹⁸⁸ Ver Tsukame, A, en “Deserción Escolar, Reinserción Educativa y Control Social del Delito del Adolescente”, Biblioteca digital de la academia cristiana, 2010. Recuperado de: http://www.cva.itesm.mx/biblioteca/pagina_con_formato_version_oct/apaweb.html (Consultado el día 28 de diciembre del año 2017).

laborables que no resguardan sus derechos. Finalmente, la calle pasa a convertirse en un agente socializador donde se sienten valorados y entendidos. La decisión de abandonar la escuela, como agente socioeducativo influye en el transcurso de su vida, especialmente en la vida futura ya que sus hijos podrán adoptar la misma decisión, resultando dificultoso romper el círculo de la pobreza por generación en generación.

Ante este escenario, el grupo de pares cobra relevancia y ejercen influencia para proporcionarle cierto grado de libertad y autonomía, moldeando la personalidad en NNA, ya que son los modelos en los cuales se reflejan y con los cuales se identifican. Es por ello la significación que representan sus iguales, especialmente en los primeros años de edad.

En la niñez simbolizan un grupo donde se sienten miembros y pueden contribuir en juegos y conversaciones. Ya en la adolescencia, el grupo de amigos representan un número reducido de amistades, resultando de gran importancia ya que personifica una de las formas de verse aceptados, lo que les proporciona seguridad y un reconocimiento social, compartiendo con el grupo ciertas similitudes en cuanto a sus intereses y gustos.

El grupo actúa de acuerdo a una identidad, por cuanto la manera de mantenerse formando parte de éste es, justamente compartiendo tal identidad en cuanto a las normas que prevalecen en su interior y los valores que representa. Esto hace que lo riesgoso surja cuando tales valores se presentan como reñidos con la moral y la justicia. Desapareciendo dichos límites, representa un factor de riesgo por las conductas que el grupo comienza adoptar convirtiéndose en una pandilla, la cual se caracteriza por actuar en los límites de las conductas socialmente aceptadas.

Justamente el surgimiento de las pandillas representan una organización que se caracteriza por exteriorizar un rechazo a las normas sociales aceptadas, las que no fueron capaces de internalizar por diversas razones, especialmente económicas.

En esta etapa de desarrollo del adolescente, comienza a buscar una identidad distinta a la de sus referentes de niñez que generalmente se encuentran representados por sus padres, de allí radica la importancia en canalizar de manera positiva la búsqueda de su propia identidad y la importancia que simboliza esta época de su crecimiento¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Según lo observa El Sahili, L, en "Psicología Social", México, Helénica S.A, 2013, en concreto pág. 97, indicando que:

"La pandilla representa una red social que atrapa a sus miembros y le evita que utilicen recursos convencionales para resolver sus

La presencia de las pandillas en la vida de los NNA debe representar un llamado de atención en las conductas que comienzan a realizar sus integrantes ya que estas son caracterizadas regularmente como aquellas que se encuentran al margen de las aceptadas socialmente lo que siempre representa un riesgo en el accionar. Mas aún si en la vida de los NNA no es el único factor de riesgo que se encuentra presente.

En efecto, otra de las conductas de riesgo que han existido desde siempre es el flagelo de la pobreza. La pobreza infantil es un problema global que siempre se ha mantenido presente e incide de manera directa o indirecta en su adaptación social, impidiéndole gozar de su niñez y de sus capacidades para desarrollarse y superarse adecuadamente de acuerdo a la etapa de su crecimiento, especialmente resulta vulnerable para niños y niñas menores de 14 años.

En este sentido es necesario señalar que este factor de riesgo no solo responde a carencias desde lo económico, sino que actualmente se concibe desde una forma más compleja, considerando justamente variables que van más allá de la satisfacción de necesidades¹⁹⁰.

Es considerado un fenómeno multidimensional, asociado especialmente a las carencias, ausencias y privación. Ello redundando en un estado de salud de los niños desde lo emocional y física caracterizada como débil, lo que genera consecuencias desde las falencias que ha experimentado en sus primeros años de vida.

Así, pobreza y una frágil salud son elementos que generalmente se encuentran interrelacionados. Las insuficiencias materiales y la falta de una alimentación adecuada influyen en el estado de salud de manera integral, causando enfermedades por factores ambientales y de habitabilidad que los presenta como más vulnerables a contraer algún tipo de enfermedad asociada a sus malas condiciones de vida. Influye además, en sus capacidades intelectuales, autoestima, viven bajo un estrés constante y la

problemas; además, mantenerse en ellas incrementa la deserción escolar, los embarazos no deseados y que sus miembros participen en actividades delictivas y vinculadas con el rencor social”.

¹⁹⁰ Según Torres, C. en “Situación social”, Madrid, España, Centro de Investigaciones sociológicas, 2015, en concreto pág. 874, establece que:

“Los factores que inciden en la pobreza infantil, son la composición del hogar, hogares monoparentales, familias numerosas, la vinculación de padre/madre con el mercado laboral, los costos de la vida para la unidad familiar, incremento de los impuestos, reducción de ayuda económica para la infancia y sus familias y en general el gasto social”.

posición con la cual se enfrentan a su vida futura lo posesiona de manera significativamente más desfavorable frente a un niño que no es considerado pobre.

Por ello, resulta relevante acciones preventivas orientadas al fortalecimiento de las familias ya que al salir del estado de pobreza cada uno de sus integrantes podrán salvar este factor riesgoso asociado a sus malas condiciones de vida y las consecuencias negativas que ello implica.

Otra de las realidades sociales y propia de los tiempos actuales, lo constituye el incremento progresivo en los flujos migratorios, lo cual ha evidenciado obstáculos para enfrentar los desafíos que impone esta nueva realidad. Ello conlleva implicancias para todos los que forman parte de la unidad familiar en el orden, social, cultural, económico pero igualmente jurídico, especialmente para niños, niñas y adolescentes.

Sin duda, todo participante de un proceso migratorio presenta cierto grado de vulnerabilidad. El hecho de dejar su país de origen y radicarse en una nueva sociedad exterioriza dificultades desde diferentes aristas que todos los componentes de la familia deben afrontar. En ese contexto, quienes se consideran doblemente vulnerables, esta conformado por los NNA, particularmente cuando ellos se encuentran de manera irregular en el país de destino con independencia a la situación migratoria de sus padres o tutores¹⁹¹.

El estado de vulneración se hace más evidente en cuanto a la desigualdad en el acceso a recursos y beneficios que son otorgados por el Estado del país en que se asientan, falta de redes de apoyo, pobreza, limitación en el idioma, dinámica familiar incompatible con la protección y resguardo en sus derechos y un sistema judicial desconocido o poco amigable que los hace en muchos casos doblemente frágiles. Además de prejuicios éticos, xenofobia y racismo que son factores que sin duda dificultan la integración a la sociedad en la cual pretenden ser parte.

Ante tal escenario, es posible observar la existencia de una doble vulnerabilidad dada por su condición de NNA e hijos de padres migrantes ya que en muchos aspectos en el país de destino, no le es reconocida esta mayor

¹⁹¹ Ver Vaccotti Martins L, en “*Derechos Humanos de la Niñez Migrante. Migración y Derechos Humanos*”. Buenos Aires: Argentina: Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, 2016.

protección que tiende a satisfacer necesidades especiales y propias de su condición de persona que se encuentra en desarrollo¹⁹².

Realizando una doble lectura es posible considerar que constituyen uno de los grupos humanos más vulnerables¹⁹³. La doctrina realiza una interesante diferenciación en cuanto a los marcos normativos que regulan a estos niños y niñas, identificándolos como un marco normativo incluyente y un marco normativo excluyente. El primero de ellos estaría compuesto por el derecho de los niños que por definición es protector y garantista de sus derechos humanos en cuanto a su condición de niño, los cuáles estarían reconocidos en el ámbito internacional por una serie de Tratados Internacionales que resguardan los derechos humanos de las personas, incluidos los niños y niñas.

En Chile, el marco incluyente estaría resguardado al ser ratificado por la norma más significativa en este sentido como es la Convención sobre los Derechos del Niño la cual los protege sin discriminación alguna, entendiéndose por ello que le es absolutamente oponible a los niños migrantes irregulares.

En cuanto al marco excluyente comprende la normativa de extranjería y políticas de control en temas de migración irregular del país de destino o asentamiento familiar. La doctrina refiere que generalmente no presentan un enfoque compatible con los derechos del niño con lo cual se dificulta el acceso a los beneficios sociales y dificultades con la ley. En este contexto es necesario indagar si efectivamente existe un marco normativo interno que responda al cumplimiento de los derechos, pero particularmente que responda a los requerimientos y necesidades de las personas que se encuentran en formación.

¹⁹² De lo anterior, da cuenta en una publicación reciente del Instituto de políticas públicas en Derechos Humanos del Mercosur (2016)¹⁹², al señalar que: “Los niños y niñas migrantes, se encuentran en una “doble” situación de vulnerabilidad: la combinación entre edad y condición migratoria demanda una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito, y destino de migrantes) y de otros actores involucrados”. Ello se refleja igualmente ante un sistema administrativo desconocido y muchas veces poco amigable que hace de los niños y niñas aún más frágiles no sólo ante su familia, sino ante el Estado y la sociedad desde el comienzo del proceso migratorio y hasta el final.

¹⁹³ Como lo establece Ortega, E, en *Los Niños Migrantes Irregulares y sus Derechos Humanos en la práctica Europea y Americana: Entre el control y la protección*. Boletín mexicano de derecho comparado, vol.48, N°142, pág. 185-221, 2015. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000100006 (Consultado el día 25 de octubre del año 2017).

“De hecho son triplemente vulnerables: “Como niños, como migrantes y como personas en situación irregular”.

Sin duda esta doble vulnerabilidad constituye un factor de riesgo en niños migrantes ya que deben enfrentar una desestructuración familiar como resultado de este proceso. La ausencia de los padres influye en el desarrollo psicológico de los niños y niñas debiendo estos asumir, en muchos casos, responsabilidades que no les corresponde de acuerdo a su edad. Sus nuevos entornos naturales y culturales se tornan esenciales para generar nuevas conductas de sociabilización por lo que resulta esencial políticas públicas orientadas en ese sentido.

2.5 Conductas de riesgo

Por conductas de riesgo se entenderá toda acción realizada por NNA que ponen en peligro bienes jurídicos protegidos, especialmente la vida y salud, las que pueden tener repercusiones en su vida actual y futura. La búsqueda constante del peligro muy propia de la etapa de la adolescencia, se encuentra marcada por la exploración y la realización de comportamientos que tienen como finalidad indagar de manera constante nuevas sensaciones.

Las conductas de riesgo que serán visibilizadas están conformadas por el uso y abuso del tabaco, alcohol y drogas, hábitos alimenticios extremos y violencia en NNA.

2.5.1 Uso y abuso del tabaco

Las consecuencias negativas del tabaquismo activo en los niños y adolescentes es evidente, demostrándose además que tales efectos no queridos forman parte de su vida hasta la adultez. El consumo del tabaco, constituido por la adicción a la nicotina de los niños y adolescentes que fuman cigarrillos, puros o bien lo mastican constituye un problema social que debiera ser abordado en las políticas públicas. Según un estudio del año 2014, del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Droga y Alcohol (Senda)¹⁹⁴, indicó que el consumo de tabaco en jóvenes entre 12 a 18 años, en Chile, subió de 6,4 a 8,4 en los últimos cinco años. Dichas cifras son preocupantes por las edades que implica y las consecuencias que conlleva.

Es importante resaltar que este tipo de consumo es el resultado de diversos factores psicosociales generados por la presión social de sus pares,

¹⁹⁴ Ministerio de Salud. Servicio Nacional para la prevención y Rehabilitación del Consumo de Droga y Alcohol Vida libre de humo de tabaco para niños y adolescentes, 2015, pág. 80-150. Recuperado de: www.dejaloahora.cl/wp-content/uploads/2015/04/Vida-Libre-de-Humo-Niños-y-Adolescentes1.pdf (Consultado el día 27 de diciembre del año 2017).

signos de rebeldía, baja autoestima, los referentes que son percibidos de los adultos, particularmente de los padres, modelos del cine o la TV. Especialmente importante es la etapa de la adolescencia que implica experimentar nuevas experiencias de conductas, relaciones y formas de percibir la realidad que van a perdurar hasta la adultez.

No obstante, de igual manera, existen razones biológicas de adicción incentivados por el grado de vulnerabilidad que presenta esta etapa de la vida y factores genéticos que predisponen al ejercicio de esta conducta.

El consumo de tabaco constituye una conducta de riesgo no solo por lo peligroso para la salud de NNA, sino porque representa el inicio del consumo de otras drogas consideradas duras. Sin duda, la familia es un agente fundamental en la prevención de esta conducta de riesgo, sin embargo no es menos cierto que puede ser un factor que contribuya a generar las condiciones para la realización del tabaquismo, por la influencia de los referentes en sus conductas.

2.5.2 Uso y abuso del alcohol

Hablar del uso o abuso de alcohol de NNA es referirse a una situación compleja no solo para niños y adolescentes sino para las familias y para la sociedad en general, encontrándose asociadas innegablemente a conductas de riesgo y la significación negativa que ello implica.

Los patrones de conducta en el consumo de alcohol en menores de edad se debe a variadas causales. Los factores sociales y personales actúan de manera conjunta facilitando la iniciación en el consumo de alcohol. En este contexto, la presencia de familiares bebedores actúan como un factor de riesgo estadísticamente significativo. Por otra parte, las influencias sociales generan un mayor impacto en los adolescentes psicológicamente más vulnerables, cuyas conductas se presentan como pobres, entre ellas déficit sociales o académicas, baja autoestima, ansiedad o estrés¹⁹⁵.

Sin duda el uso y abuso del alcohol en NNA puede llegar a representar una baja en los resultados sociales, personales, psicológicos, físicos y en general, llegar a generar cambios negativos en su desarrollo. Puede estimular

¹⁹⁵ Ver Amaro, V, Fernández, J, González, M, Pardo, M Zunino, C, Pascale, A, García, L, Pérez, en "Consumo de alcohol en niños y adolescentes: Una mirada desde el tercer nivel de atención", en "Archivos de Pediatría del Uruguay", 87(Supl. 1), S40-S47, 2016. Recuperado de: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-1249201600050006&lng=es&tlng=es (Consultado el día 28 de diciembre del año 2017).

conductas de riesgo y comprometer un desarrollo personal, social normal y adecuado de acuerdo a su edad.

Uno de los efectos considerados más negativos se concentran en su cerebro, lo que conduce a generar conductas perjudiciales debido a que se presentan orientadas a beber en exceso, haciéndose perceptible en cuanto origina conductas de inseguridad en los menores de edad y aumenta el riesgo de verse involucrados en hechos que revisten características de delito ya que existe un evidente deterioro en la capacidad de raciocinio.

Es observable que el consumo de alcohol en menores de edad en Chile se direcciona en un aumento sostenido. Según las estadísticas del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, Senda¹⁹⁶, registró 5.904 casos de adolescentes bebedores, lo que supone un aumento de un 3,3 entre el año 2015-2016 y un aumento en el consumo de la población infanto juvenil, donde el número de casos aumento en un 11%, registrándose 1214 casos en el año 2016.

Por ello, es imprescindible la construcción de aprendizajes desde la reflexión y la prevención orientados a satisfacer demandas, intereses y necesidades de los NNA desde el fortalecimiento de otras conductas que generen resultados positivos en cuanto al desarrollo de estos.

Un agente socializador relevante esta constituido por la familia, no obstante de igual forma se puede presentar como un factor de riesgo frente al consumo, cuando en los referentes se encuentra presente esta conducta o cuando existe una mala o nula comunicación, falta de afectos o familias que no saben relacionarse de manera sana, o bien obedecen a un estilo educativo permisivo.

Por otra parte, resulta del todo contradictorio que a través de los medios de comunicación exista un doble discurso en donde se observan campañas orientadas a la prevención en el consumo y por otra inviten a los NNA a consumir como una conducta aceptada socialmente¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Ministerio de Salud. Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Droga y Alcohol. Estadísticas 2015-2016. Recuperado de: <http://www.senda.gob.cl/> (Consultado el día 28 de diciembre del año 2017).

¹⁹⁷ Así es manifestado por Elzo, J en “La necesidad de comprender el consumo de alcohol entre los jóvenes y los/las adolescentes. En Consumo de alcohol entre los jóvenes y adolescentes. Una mirada ecológica” N°56. Universidad de Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2014, en concreto pág. 56, observando que:

“La regulación de la sustancia y la propia actitud social ante el consumo de alcohol no parecen estar en concordancia con el mensaje preventivo que se transmite, mediante campañas en los medios o programas educativos. Lo que se “demoniza” por un lado en el discurso, es de fácil acceso y esta normalizado socialmente por

La interrogante surge, porque los NNA usan y abusan del consumo de tabaco y alcohol, considerándolas vías de escapar de su vida cotidiana, estimándolos en muchas ocasiones un muro de contención en donde se escapan al abandono o conflictos que presentan con su entorno. Desde allí surge la necesidad de una reorientación en su vida que tribute a encontrar su identidad desde una significación positiva con el apoyo de referentes que tributen en tal sentido.

Según un estudio reciente de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito,¹⁹⁸ uno de los aspectos más relevantes tiene que ver con la reducción de la conciencia de riesgo, lo cual hace más vulnerable al consumo de cierta población de jóvenes y adolescentes en el uso y abuso de drogas.

El consumo de sustancias, tanto las denominadas drogas duras, considerando estupefacientes o sicotrópicos, que son aquellas caracterizadas por producir un alto grado de adicción y efectos nocivos para el ser humano y las drogas blandas, como la cannabis que producen un menor grado de dependencia y trastorno a la salud, son consumidas con la finalidad de la experimentación, en cuanto a generar resultados como trastornos graves por el uso y abuso de diferentes drogas. Ello se debe generalmente a que presentan altos factores de riesgo y bajos protectores lo que los hace vulnerables frente a la sociedad.

Sin duda el consumo de drogas representa una fuente de vulnerabilidad ya que conlleva consecuencias negativas en su desarrollo desde lo social, personal y fundamentalmente desde lo emocional. La delincuencia juvenil y la comisión de delitos aparece como una posibilidad cierta que persigue al adolescente hasta su vida adulta.

La relación entre el consumo de drogas y la comisión de delitos esta dada generalmente por la transgresión a bienes jurídicos contra la propiedad con la finalidad de obtener recursos para seguir consumiendo o bien experimentar conductas transgresoras en donde el consumo de drogas es

otro". Ante esta situación parece lógico que el adolescente no perciba un riesgo real en el consumo y no entienda además porque se le "castiga" cuando trata de imitar en parte el modelo en el que es socializado, y se sienta reprimido o tratado injustamente".

¹⁹⁸ Ver Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito. Comisión económica de las Naciones Unidas para Europa. "Manual para encuestas de victimización", 2013, pág. 153-225. Recuperado de: www.unodc.org/doc/wdr2013/World_Drug_Report_2013_Spanish.pdf (Consultado el día 19 de octubre del 2018).

sinónimo de una posición social¹⁹⁹. Este consumo genera conductas desviadas que en muchas ocasiones tienen como resultado el reñir con pautas aceptadas socialmente, lo que trae aparejado consecuencias negativas en la vida de tales personas²⁰⁰.

Es por ello que el consumo problemático de drogas en NNA no se restringe a un tema de salud y social, sino que debe representar un eje fundamental en las estrategias de seguridad pública. De igual forma en materia judicial, se observa ausencia de procedimientos claros y definidos en la norma cuando son niños que se ven involucrados en la comisión de delitos a causa del abuso problemático de drogas, debiendo existir programas orientados en la prevención de estas conductas.

2.5.3 Hábitos alimenticios extremos

Conectados con el hambre y la comida se encuentran los hábitos alimenticios que varían de sociedad en sociedad. En todos los países los factores sociales y culturales tienen una gran ascendencia respecto a lo que su población consume de acuerdo a su geografía, factores económicos, comunicacional, prácticas alimenticias y aquellos alimentos que están prohibidos ya sea por tradición o religión.

En cuanto a tales hábitos, pueden existir dos posiciones bastante extremas, la carencia total y la abundancia excesiva en la ingesta de alimentos. Ninguna de estas opciones ofrece una vida saludable desde lo

¹⁹⁹ En efecto, siguiendo esta relación, es sostenido por Valenzuela, E & Larroulet, P, en “La Relación Droga Delito”, Ministerio de Planificación Social de Chile, 2016, en concreto pág. 38. Recuperado de: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304095323/rev119_valenzuela_larroulet.pdf (Consultado el día 28 de diciembre del año 2017), señala que:

“La relación teórica más sostenida entre delito y droga es la que responde a la violencia económico-compulsiva que comprende el delito realizado con el propósito de adquirir drogas. Las dificultades de financiar hábitos de consumo conducen al delito, cualquiera sea su nivel de violencia, especialmente entre adictos que necesitan dosis mayores y más frecuentes”.

²⁰⁰ Así es resaltado por Nieto, C, en “Discurso de los Menores bajo Medida Judicial”, Madrid, España, Dykinson S.A, 2016, en concreto pág. 40:

“Tanto las conductas delictivas como el consumo de drogas son actividades que suponen un enfrentamiento con las normas sociales y con las leyes, incluyéndose en el marco de conductas socialmente desviadas... sociológicamente esta comprobado que las drogas interfieren en las relaciones humanas y crean conflicto en la convivencia social. Nos encontramos con personas con cierta frecuencia en consumo, ante drogodependientes que han participado en la comisión de delitos, lo que no quiere decir que todo el que es consumidor de sustancias tóxicas sea delincuente ni todo delincuente sea drogadicto”.

social, físico y psicológico, especialmente para aquellas personas que se encuentran en desarrollo. Una deficiente nutrición traerá aparejada dificultades orgánicas, un insuficiente desarrollo muscular y ausencia de energía física que le impedirá el incremento de sus actividades cotidianas. Por otra parte, el exceso de comida puede presentar diversas dificultades en su organismo y especialmente una baja autoestima que los hace más vulnerables.

Dentro de las características comunes de esta clase de niños se puede mencionar su inseguridad, ya que buscan de manera constante la aceptación de los demás y una de las vías para ello es un control excesivo en el peso. Este comportamiento se encuentra asociada a factores genéticos de la madre, de igual forma a factores educativos y familiares.

Los medios de comunicación, cada vez más importantes en la vida de las personas, generan muchas expectativas en niños y adolescentes frente a las costumbres alimenticias, ya que se dejan conquistar por la tendencia sin importar mayormente su aporte nutricional. En el caso de los adolescentes, comienzan a sentirse influidos por la presión de los esquemas sociales que avalan el bajo peso como un estereotipo al cual se debe adscribir²⁰¹. El practicar pautas anómalas en cuanto a la alimentación constituye una conducta de riesgo. Todas estas conductas deben ser observadas y controladas a fin de evitar trastornos que impidan su crecimiento normal.

2.5.4 La violencia en los niños, niñas y adolescentes

Es difícil aceptar que al interior de una familia exista algún tipo de violencia, tales acciones nacen de la interrelación entre los distintos sexos y diversidad generacional los cuales conviven en un espacio muchas veces reducido, sin tener los roles y los límites definidos²⁰².

La situación se vuelve aún más compleja si se considera que en la sociedad se encuentra una serie de conductas que en muchas ocasiones se encuentran presentes, patrones culturales que pueden llegar a justificar conductas que impliquen violencia en contra de los niños. Su situación es

²⁰¹ Ver López, M & González, M, en “Disciplinar con Inteligencia Emocional”, España, Gamma, 2016, pág. 120-150.

²⁰² Ver Franco, S en “El Maltrato Infantil: Concepto y Taxonomía, En La protección de la Infancia y los derechos de los niños y de las niñas”, vol.35, España, Universidad de Murcia, servicio de publicaciones, 2014, en concreto pág. 35, quien establece que:

“La defensa de los derechos de niños y las niñas y la comprensión que es el maltrato infantil se han de enfocar y abordar siempre desde las necesidades de éstos”.

particularmente compleja ya que son los adultos quienes deben entregarles una debida protección.

La forma en que se visibiliza la violencia responde a múltiples acciones. No solo se considera la violencia física, sino además como violencia secundaria o indirecta, en donde NNA aprenden a vivir, convivir e internalizar con la violencia que es ejercida al interior de su familia. De igual manera es posible percibir cierta violencia en la Institucionalidad del Estado referida a la pasividad de este en prevenir o evitar ciertas carencias o desatención a sus necesidades materiales o afectivas.

El maltrato verbal, físico, por abandono o negligencia o cualquier otra forma de manifestación afecta en su normal desarrollo, especialmente en su autoestima, lo cual dificulta tener un concepto adecuado y normal de sí mismo, sintiéndose inútil e innecesario, pudiendo convertirse en agresivos, sumisos o pasivos pero todos en mayor medida vulnerable ante la presencia de estímulos externos que son enfrentados de manera rutinaria y que pueden ocasionar efectos negativos en su vida futura.

Todos los NNA que son vulnerados en sus derechos, se encuentran más proclives a ser influenciados de manera negativa en su vida futura, generando conductas que pueden llegar a reñir con la justicia.

2.5.5 Los operadores de la justicia de familia que intervienen en los procesos judiciales que forman parte los niños, niñas y adolescentes

El término operador jurídico es muy propio de la cultura anglosajona, procede de la voz latina *operator operatoris*, que significa “el que hace”. Con ello se quiere reconocer a los que hacen del derecho su profesión²⁰³.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (2013), han utilizado la noción de operador de justicia para referirse a “Las y los funcionarios del Estado que intervienen en los sistemas de justicia y desempeñan funciones esenciales para el respeto y garantía de los derechos

²⁰³ Como lo manifiesta Peces-Barbas, G en “Los operadores jurídicos”, Revista de Derecho de la Universidad Complutense, N° 72, 1986/87, en concreto pág. 448.

“Identifica a todos los que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos”.

Una de las características de los operadores jurídicos, como lo manifestara el autor es que cumplen y obedecen el derecho en cada actuación que realizan en este ámbito.

de protección y debido proceso”. Así la, Convención Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la CIDH, consideró a “jueces y juezas que de manera primordial les compete la función jurisdiccional”

Sin duda el juez, como operador jurídico, es considerado un actor relevante dentro de cualquier proceso judicial. Para la Real Academia Española la palabra juez significa “Persona que tiene potestad y autoridad para juzgar” y es justamente tales características las que se esperan de su actuar, especialmente su rectitud al momento de fallar²⁰⁴.

Ello implica que al ejercer sus funciones, no solo debe comprender la norma e interpretarla, sino considerar los hechos materiales que forman parte de la realidad, solo de esta manera se decidirá de manera integrada y no segmentada lo que contribuirá a tomar la decisión más justa al caso en concreto, llegando con ello a un alto grado de certeza. Lo contrario significaría una injusticia jurídica que conlleva a la arbitrariedad, característica contraria a lo que se persigue en la actividad jurisdiccional propiamente tal. En efecto, un operador de justicia debe involucrar habilidades, conocimientos y actitudes en situaciones determinadas que habilitaran al juzgador a tomar la mejor decisión en el caso concreto.

En este contexto, lo que se espera que toda decisión que adopte el juez o jueza en su rol de operador jurídico debe responder a criterios de objetividad e imparcialidad, tal como lo demanda la función pública²⁰⁵.

Esta aparente claridad desde las funciones, se ve conflictuada al evaluar si al ejercer la jurisdicción se agota al momento de aplicar la norma o bien debe existir una interpretación y adecuación de la misma considerando el caso en concreto, especialmente cuando se ven involucrados menores de edad.

En Chile, la potestad jurisdiccional de los jueces de familia se encuentra en el artículo N°3 de la Ley N°19.968, estableciendo la norma que la ejercerá de manera unipersonal, respecto a los asuntos que las leyes le sean encomendadas en los Tribunales de Familia. Sin duda dicho operador jurídico representa un actor fundamental en la justicia de familia en el país,

²⁰⁴ De igual forma como lo manifiesta Julve, A, en “Policía Nacional.Escala Ejecutiva”, España: CEP S.L, 2017, en concreto pág.267, al señalar que:

“Deberá ejercer sus funciones con toda imparcialidad y en conciencia que no violará de modo alguno el secreto de sus deliberaciones”.

²⁰⁵ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). “*Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*”. España: Oas/Ser.l.

ello porque es el encargado de plasmar la ley y obtener los objetivos que considero el legislador al dictar la norma.

De lo considerado de manera previa, surge la interrogante si efectivamente existe una correcta aplicación por parte de los jueces de familia de la normativa, o bien existe un acto de creación de derecho al aplicar justicia a las relaciones de familia conflictuadas, especialmente cuando se ven involucrados de manera directa o indirecta NNA.

En efecto, cuando el juez resuelve un caso, aplica la norma establecida de manera general a un caso particular para darle la solución más justa, por ello se podría estimar que la sentencia estaría creando derecho, no obstante ella debe ser sustentada y respaldada en la norma jurídica aplicada al caso.

En la justicia de familia, por las características de dinamismo y movilidad de las materias, es esperable que las sentencias dictadas por los jueces se vea reflejado en dicho acto, todo lo que conlleva las características propias que envuelven los hechos que han sido sometidos a su conocimiento, especialmente los factores de riesgo y de protección a que fueron sometidos los NNA y sus entornos más cercanos.

Lo contrario significaría una rigidez tal que podría considerarse un acto de injusticia. Desde allí surge nuevamente la importancia de observar la aplicación de los dos principios rectores del Derecho de Familia que deben garantizar tal protección y el trabajo interdisciplinario que aborde cada una de las aristas que se encuentra insertas en la problemática²⁰⁶.

En este sentido, cabría preguntarse si la actividad jurisdiccional, materializada por las decisiones adoptadas por los jueces podría convertirse en un factor de riesgo para NNA.

Es observable la existencia de un atisbo de riesgo siempre presente, especialmente cuando existe ausencia de rigurosidad tanto en el desarrollo del proceso judicial como en el resultado del mismo, con ello se quiere significar que existen factores externos, tales como, excesiva carga laboral,

²⁰⁶ Así, lo manifiesta García, M^a Ángeles, en “Carácter Interdisciplinario del Derecho de Familia e Intervención de los profesionales no jurídicos. En La nueva regulación del Derecho de Familia”, Legislación y Doctrina del Tribunal Supremo. España: Dykinson, 2012, en concreto pág. 160.

“El carácter interdisciplinario del derecho de familia y la importancia de la perspectiva no jurídicas en los conflictos de los que se ocupa, hacen imprescindibles que el juez que conoce de estos procesos cuente con la concurrencia de recursos sociales que le presten asesoramiento y apoyo. Dificilmente puede darse hoy día una respuesta jurídico social de calidad desde el sistema judicial a los conflictos familiares que se someten a su conocimiento, sin que el juez cuente con tales recursos”.

ausencia de recursos humanos y materiales, falta de capacitación de los funcionarios judiciales, ausencia de políticas públicas orientadas a una efectiva protección de los derechos de los NNA que pueden llegar a incidir en los resultados del mismo.

Por otra parte, es necesario considerar las características personales de cada sentenciador, valores, principios, experiencias personales y profesionales y como tales características son incorporadas o no en la sentencia. Por otra parte, existe una falta de seguimiento en los resultados que se consideraron al adoptar la decisión en un sentido u otro por lo que es poco probable tomar conocimiento real si se logra con los objetivos considerados. Por ello resulta relevante la función que cumplen los profesionales que se encuentran fuera de la esfera del derecho, en el asesoramiento de los sentenciadores y dentro de sus conocimientos especializados y técnicos.

Es por esto que uno de los operadores jurídicos relevantes en la justicia de familia lo constituye los consejeros técnicos, los que en Chile se encuentran establecidos en el artículo 5° de la Ley N°19.968, siendo los encargados de aportar elementos psicosociales que le otorguen especificidad a la judicatura de familia.

De las funciones normadas se encuentra, asesorar individual o colectivamente a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos que son sometidos a su conocimiento, ello considerando el ámbito de la especialidad de cada consejero técnico.

Sin embargo, no queda establecido cual es la naturaleza jurídica de la institución a pesar que se establece que son auxiliares de la administración de justicia pero que no participan de la actividad jurisdiccional. Otra de las aristas que no queda del todo claro es la razón o razones del porque se considera preferentemente determinadas profesionales, o ante que condicionantes deben intervenir y cuando el juez puede o deber requerir de tal intervención.

Esto cobra sentido si se considera que por la naturaleza de las materias debe existir un trabajo multidisciplinario a fin que sean abordadas de manera integral, toda vez que su asesoría le permite a jueces y juezas una mayor y mejor comprensión de los hechos, lo cual contribuye a lograr los objetivos de la judicatura propia del Derecho de Familia. No obstante se observa dentro de sus funciones una ausencia de normalización orientadas a reglamentar las mismas, presentando mayor coherencia en cuanto a las competencias de los distintos profesionales.

Así, los consejeros técnicos psicólogos, dada su profesión de base, son aquellos profesionales que se encuentran mejor dotados para diagnosticar el conocimiento en el carácter, la intimidad y las relaciones interpersonales de los intervinientes en un proceso judicial. Una de sus participaciones relevantes lo constituye el formar parte del equipo, junto al juez o jueza que realizan la entrevista a NNA en sala Gessel, donde por su expertiz sin duda se encuentran capacitados para que el ejercicio del derecho a ser oído se realice en un ambiente confortable y sobre todo tomando las providencias en que se evitara una doble exposición de los menores de edad involucrados.

En este sentido es necesario mencionar a los (as) trabajadores sociales que son aquellos profesionales que se vinculan de manera más regular y cercana en el ámbito propio de la familia y la niñez, son los encargados del análisis en la constitución y sistemas familiares. Ello permite obtener una visión global y contextualizada de las situaciones que son sometidas al conocimiento y juzgamiento en los Tribunales de Familia.

La visión de estos profesionales resulta fundamental para detectar situaciones complejas en el diario vivir de los involucrados, especialmente factores extralegales, ejerciendo un rol complementario e integrado en todo proceso legal. Deberán sugerir al juez, cual constituye la mejor opción desde lo relacional, habitacional y la constitución en las relaciones familiares.

Otro de los operadores jurídicos relevante dentro de la justicia de familia esta constituido por los abogados (as) que litigan en dicha sede legal. Dichos profesionales no se encuentran fuera de la critica la cual responde a que se encuentran defendiendo intereses de una de las partes involucrada en el proceso judicial, con ello careciendo de la imparcialidad suficiente para defender los intereses de los NNA con la objetividad necesaria mirando el mejor interés de tales intervinientes²⁰⁷.

En este sentido, es necesario repensar los roles que dicho profesional desarrolla en la justicia de familia donde la confrontación no debe representar la única vía de solución en las relaciones familiares. Se espera una actitud de cooperación que contribuya con su actuar al esclarecimiento de la verdad de los hechos que han sido sometidos al conocimiento de la judicatura. Debe ser capaz de convertirse en un factor de protección respecto

²⁰⁷ Como lo resalta Sierra, I, en "Decisiones sobre custodia y visitas: La perspectiva Jurídica y Familiar", Bogotá, Colombia: Kimpres S.A, 2015, en concreto pág. 115:

"Los abogados se empeñan en seguir una línea de litigio adversarial, sin considerar el daño que su estrategia puede causarles a los menores implicados en el caso".

a los intereses de los niños que representa, es por ello que debe existir una profesionalización en la materia de tales profesionales, especialmente considerando la sensibilidad de la misma.

Desde allí, se hace necesario que surja la defensoría de los niños, no solo como un ente encargado de labores administrativas sino más bien de litigante, el cual ante los Tribunales de Justicia actúe en representación de éstos, utilizando las armas que le otorga el derecho y además sea el ente encargado de realizar actividades de seguimiento de las decisiones judiciales a fin de visibilizar que las decisiones que se adoptaron fueron las correctas o bien reconsiderar las mismas.

Evidentemente se requiere de este profesional una capacidad de reflexión y análisis que necesita la intervención en el actual Derecho de Familia. Esta nueva realidad exige un acabado conocimiento de las familias, especialmente en el ámbito local, a fin de internalizar las características, intereses y necesidades que se requieren en el medio donde litiga habitualmente.

Su labor debe enmarcarse no solo en la aplicación de la norma jurídica al caso en concreto, sino considerar toda norma de orden público orientada al bienestar general²⁰⁸. Su correcta función debe tributar en una pronta y eficaz resolución del conflicto que sin duda contribuirá a la paz familiar y a disminuir la judicialización nociva de NNA.

El título V de la ley que crea los Tribunales de Familia, específicamente el artículo N°103, regula el proceso de mediación familiar, constituyéndose los mediadores familiares en un operador jurídico que si bien se encuentran fuera del proceso judicial propiamente tal resultan fundamentales para llegar a solucionar los conflictos familiares en un ambiente de respeto y basado en la comunicación positiva²⁰⁹.

²⁰⁸ Haciendo propio lo señalado por Roca, M, en “¡Sí, abogado: Lo que no aprendí en la facultad”, España, Critica, Barcelona, 2007, en concreto pág. 20.

“Ser abogado es dotar de sentido práctico los grandes principios, es aterrizar en la realidad la letra de la norma. Garantizar la convivencia es obligación de todos, pero los abogados son una pieza fundamental de la misma”.

²⁰⁹ Como lo resalta Rua, D, en “Mediación Comunitaria”, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, 2010, en concreto pág. 80.

“La clave para la resolución de un conflicto es que las partes amplíen su percepción sobre él y sobre las alternativas de resolución que podrían alcanzarse, abriéndose a considerar factores que no hubieran registrado antes”.

Al momento de surgir un conflicto en el orden familiar es necesario que las partes internalicen que son competentes de resolverlo a través del diálogo, los cuales ayudados por un mediador, quien representa un profesional neutral, imparcial y sin poder de decisión en el proceso, las asiste en generar áreas de acuerdo de manera conjunta. De esta forma, se pueden evitar las consecuencias negativas de un conflicto no resuelto ya sea eliminándolo, consensuando o regulándolo, sintiendo los intervinientes que se ven involucradas en el conflicto que son capaces de generar sus propios acuerdos.

La función de los mediadores (as) se encuentra regulado de manera obligatoria en tres materias, cuidado personal, alimentos y relación directa y regular considerándose un requisito de admisibilidad de la demanda, la cual se hará efectiva solo en el evento que se encuentre frustrado dicho proceso.

Ello constituye un avance en la legislatura de familia ya que personaliza la posibilidad de introducir el diálogo y la comunicación al interior del mundo de las normas jurídicas y el derecho. Representa un proceso normado y coordinado en las expectativas de las partes, generando la posibilidad que éstas desplieguen lo mejor de sí mismas en aras de construir nuevas y mejores relaciones familiares, haciéndose cargo de su propio destino y asumiendo las responsabilidades de los que forman parte de su núcleo más íntimo.

Hasta el 2005, año de implementación de los Tribunales de Familia la única vía de solución de un conflicto era a través de un proceso judicial que se caracteriza por ser un sistema confrontacional donde un juez que no conoce de manera plena a las partes ni menos aún a los NNA debe decidir sobre sus destinos, debiendo ser acatada tal decisión.

En este proceso la participación activa de los menores de edad resulta ser fundamental ya que parece complejo de alcanzar el interés superior de los niños que se encuentren involucrados en un proceso judicial sin que se observe su participación en la generación de las soluciones, ello, ya que atendido los acuerdos que alcancen las partes tendrán repercusiones directas en todas las relaciones de familia.

Lo anterior se encuentra en concordancia con el artículo N°12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños en donde se establece que debe ser escuchados de acuerdo a sus capacidades evolutivas en todo procedimiento judicial o administrativo en que se encuentren directa o indirectamente implicados y cuya decisión les afecte en su vida futura.

Por otra parte, la participación activa en un ambiente diverso al judicial, menos invasivo como es representado por una sala de mediación constituye un ambiente favorable para el normal desenvolvimiento de los NNA donde se podrá construir los mejores acuerdos adoptados por los padres y la participación de los niños.

Por ello, es que el proceso de mediación familiar debe llegar a consolidarse como en un factor de protección en materias propias del Derecho de Familia, debiendo existir una educación temprana en cuanto a las formas de internalización en relación a la solución no adversarial de los conflictos, solo de esta forma las nuevas generaciones cambiaran su visión de la forma de enfrentar las dificultades de manera amigable y colaborativa. De igual manera forman los operadores jurídicos como todo aquel auxiliar de la administración de justicia que trabajan en los Tribunales de Familia, deben contribuir desde aquella vereda para contribuir al correcto funcionamiento de la actividad jurisdiccional.

Dichos funcionarios resultan de vital importancia y cada vez más necesaria su especialización. La Ley de Familia establece un administrador del tribunal y funcionarios administrativos que son los encargados por áreas de organizar y generar las condiciones necesarias para el correcto funcionamiento del mismo. Sin duda, ello representa una actualización y modernización en la administración de justicia cada vez más aplicada, especialmente en el área de la familia que se ve enfrentada a problemáticas complejas y de relaciones humanas tan sensibles como la conformación del núcleo más básico de una sociedad, la familia.

Finalmente los programas de la red de familia se han constituido en un actor relevante en tales procesos. Estos pueden ser agrupados en dos grandes lineamientos, desde la evaluación, diagnóstico y residenciales con objetivos definidos en su parrilla programática.

El primero de los lineamientos esta constituido por los modelos de Diagnósticos Ambulatorios (DAM), los que tienen como objetivo diagnosticar la existencia de vulneraciones de derechos y los factores de riesgo y protección en las familias, especialmente orientado a percibir tales factores en los NNA cuando ellos han sido judicializados. Ello se traduce en informes periciales que han sido ordenados por los Jueces de Familia, debiendo recomendar o sugerir las líneas de acción más adecuadas orientadas a salvar la situación de vulneración si esta se encuentra presente.

Para el sentenciador, no implica una sugerencia vinculante, sino más bien una opinión generada desde la interdisciplinidad que debe representar una mejor visión de los hechos, los que deben ser evaluados por el juez de la causa.

Sin embargo, desde la observación crítica, es necesario resaltar que los informes periciales DAM, psicológicos, sociales y psicosociales, a través del tiempo se han convertido en una pieza clave y exclusiva en la resolución de causas en los Tribunales de Familia, relativizándose la función jurisdiccional exclusiva del juez de acuerdo a lo establecido en la ley.

En cuanto al proceso en la confección de tales pericias se percibe mínima rigurosidad, ello facilitado por múltiples factores, especialmente de carga de trabajo de los profesionales que conforman la red, lo cual dificulta los espacios y tiempos necesarios para una adecuada confección de los mismos. Ello representa una dificultad y un “riesgo” si se considera la relevancia que han adquirido tales pericias en los procesos y la importancia de las sugerencias en los mismos que puede llegar a incidir en los destinos de la vida futura en los NNA.

En cuanto a los peritajes que son ofrecidos por las partes en juicio, en la ley de familia se establecen dos tipos de controles en cuanto a la confección de peritajes, así el artículo N°45, inciso 1° y N°47, inciso 1°, establecen como requisitos el acompañar documentos que den cuenta de la seriedad y profesionalismo del perito como un punto de discusión en cuanto a la idoneidad del mismo. No obstante, el hecho de acreditar experiencia profesional de acuerdo a sus competencias no asegura necesariamente la rigurosidad del mismo, considerando que representa los intereses de una de las partes involucradas en el juicio. Es por ello que el control, la pertinencia y el valor que se le otorgue debe quedar entregado al juzgador, el cual no debería basarse de manera exclusiva en tal diligencia. Tal intervención debe caracterizarse por ser realizada resguardando siempre el interés superior del NNA, asegurando la confiabilidad en la información lo que en ocasiones no se logra percibir.

Sin duda los informes periciales representan una herramienta fundamental para el mejor decidir del juez, es justamente la razón de ello que deben representar una diligencia sustentada en estándares de calidad por la significancia que representa dentro del proceso judicial, lo contrario representaría una denegación de justicia cuyos resultados se verían

reflejados justamente en aquellos que el sistema pretende dar una efectiva protección.

El segundo de los lineamientos de la red de familia esta constituido por la atención residencial de niños y niñas, programas que han sido diseñados de acuerdo a requerimientos específicos cuando aquellos deben ser separados transitoriamente de su entorno. Se debe generar una intervención familiar, orientada a generar las condiciones para un retorno a su núcleo más íntimo que garanticen el legitimo resguardo y ejercicio de sus derechos, de allí surge la interrogante si este lineamiento se cumple en la practica.

2.5.6 Las condiciones socioculturales de los usuarios del sistema judicial familiar y como estos influyen en los niños, niñas y adolescentes

Los cambios demográficos y socioeconómicos han afectado a la población en general, especialmente a las familias donde los NNA se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Factores como pobreza, deficiente educación, imposibilidad de acceso a salud de calidad, carencia de vivienda adecuada, trabajo infantil, dinámica familiar conflictuada y factores negativos externos al medio, influyen en la presencia de riesgo social, el cual puede significar que las familias se vean expuestas a conductas que riñan con lo legal y deban enfrentarse a un proceso judicial, involucrando a niños y niñas.

Efectivamente, las carencias familiares, entendidas como “falta de algo” genera desigualdades y exclusión que conlleva comportamientos que son transmitidos generacionalmente, normalizando respuestas adaptativas para afrontar situaciones carenciadas y de un alto grado de vulnerabilidad social, económica, psicológica, física y judicial entre otras.

Alguno de los factores que caracteriza a las familias dan cuenta que se encuentra presente algún grado de violencia intrafamiliar entre los miembros de ésta, donde los NNA se transforman en victimas indirectas de dicha violencia la cual en la mayoría de los casos es judicializada. El resultado de dicha violencia genera en muchos casos el abandono del hogar común de uno de los progenitores generándose nuevos factores de riesgo y un grado mayor de carencias, donde la vía judicial aparece como un canal de solución y de regulación en cuanto a la dictación de medidas de protección tendientes a asegurar el otorgamiento de alimentos mayores y menores, el

establecimiento de un régimen de relación directa y regular, además de establecer el ejercicio del cuidado personal de NNA.

Relacionado con lo precedente, en cuanto a factores de riesgo, se encuentra el maltrato infantil, donde los NNA van internalizando patrones violentos como una forma de relación que reviste para ellos características de normalidad.

Considerando aquello, la legislación actual en materia de actos constitutivos de violencia intrafamiliar, no contempla en su reglamentación a los NNA como víctimas directas de este flagelo, sino más bien regula ciertas materias como consecuencia de dicha violencia entre adultos. Existe ausencia de políticas públicas con una reglamentación específica que asegure la protección de NNA en este tipo de actos y no simplemente como una consecuencia de la violencia que se genera en su círculo más cercano.

Otro de los factores que incide en conductas que riñen con la justicia es el hecho que alguno de los miembros de la familia nuclear o extensa presenten antecedentes delictivos, y por lo tanto se encuentren o hayan estado privados de libertad por lo que el mundo delictual no es desconocido para los miembros de dichas familias considerándolo como parte de su historia familiar, repitiendo en muchos casos tales conductas.

La baja escolaridad o la deserción de la misma a temprana edad es considerada otra de las particularidades de las familias que se ven enfrentadas al algún tipo de conflicto con la justicia. Ello puede llegar a influir en los menores que se encuentran en desarrollo ya que existe ausencia de motivación y apoyo académico al interior del grupo familiar repitiéndose el patrón de conflictualidad con el sistema judicial.

Otro de los factores que pueden llegar a incidir en conductas antijurídicas en niños y adolescentes está relacionada con el desconocimiento de los padres o adulto responsable de las actividades rutinarias de sus hijos, ya que gran parte del día es ocupado en realizar actividades remuneradas fuera del hogar común. En cuanto a los empleos que se presentan mayoritariamente están asociadas a actividades menores como obreros de la construcción, vendedores ambulantes, pionetas, jardineros, repartidores de gas, recolectores de basura, lava autos entre otros. En el caso de las mujeres realizan actividades como asesoras del hogar, auxiliar de aseo, vendedoras ambulantes, garzonas, costureras y ayudantes de peluquería con una remuneración que es considerada mínima para solventar las necesidades básicas del grupo familiar.

En este sentido, ante la ausencia de control respecto a las actividades diarias de sus hijos son capaces de reconocer la adquisición de bienes y servicios sin cuestionar su procedencia, ignorando o minimizando el origen de los mismos, constituyendo una autorización implícita de actividades que pueden llegar a transgredir la legalidad de las mismas.

El consumo importante o problemático de algún tipo de drogas al interior del núcleo familiar, el cual en la mayoría de los casos es detectado por algún adulto responsable, es considerado un factor presente en las dinámicas familiares conflictuadas, sin embargo el desconocimiento de los dispositivos públicos en busca de atención y apoyo, la falta de recursos y escases de tiempo hacen que no se adopten las decisiones necesarias que conduzcan a evitar el uso de drogas en adultos y adolescentes.

Por otra parte, la poca o nula presencia de actividades familiares o espacios donde se pueda dialogar sobre los intereses, inquietudes o problemas familiares hace que la dinámica se vea dificultada en la solución de problemas, aprehendiendo a evitar o evadir la solución de los mismos de manera no adversarial. En este sentido la calle y los pares aparecen como una vía de escape que no siempre muestran su lado más amable en la protección de la infancia y adolescencia en general.

Sin duda, el interés superior del niño, se encuentra íntimamente ligado a su realidad, a su entorno, sin embargo, lo esperable es que exista un aseguramiento en el pleno ejercicio de sus derechos, siendo los encargados de su aseguramiento, la familia, el Estado, la sociedad y de manera subsidiaria el poder judicial.

Desde esta mirada, las condiciones de su entorno familiar, entregan información relevante en cuanto a la situación de vulnerabilidad social a la cual se encuentran expuestos de manera diaria lo que no siempre es detectado de manera preventiva y solo se hace patente cuando el sistema judicial conoce de la vulnerabilidad de estos niños.

En este contexto, el camino a la delincuencia y de actuaciones que transgredan normas jurídicas, aparece como una vía fácil, la cual, en ocasiones, es validado por los demás integrantes de la familia, especialmente en la obtención de bienes materiales carenciados.

No obstante, lo más complejo se presenta al exponer con este tipo de conductas a NNA a la dictación de medidas de protección, lo que implica la intervención de Estado como una forma de protegerlos ante la propia familia, la cual terminó por vulnerar sus derechos.

Por su parte, la intervención judicial tiende a enfrentar problemáticas que no resuelven su conflictividad solo por su intervención, sino debe existir conciencia en la situación judicial que enfrentan y un compromiso real en la solución de las conductas antijurídicas y sobre todo el daño que se le ocasiona a los más vulnerables.

Desde tal contexto surge la necesidad que el Estado desarrolle políticas criminales preventivas que vengán a minimizar los factores de riesgos que inciden en comportamientos delictivos en niños y adolescentes, y que se encuentren presentes en familias disfuncionales. Es por ello que debe existir una mayor protección a las familias, especialmente considerando el factor demográfico propio de los tiempos actuales, lo cual incide sobre la estructura familiar, el que puede llegar a ser considerado un factor de desintegración de la misma.

2.5.7 Variables de contexto en el Derecho Familiar

La actividad jurisdiccional, desde siempre, es considerada como aquella que debe cumplir y satisfacer ciertos estándares, caracterizándose en un proceso justo o debido que lleve como resultado a la dictación de una sentencia con caracteres de imparcialidad y justicia. Por ello, es necesario generar un acercamiento en conocer el contexto propio de tal actividad y de ciertas variables que pueden influenciar en el desarrollo en cuanto al proceso y resultado, especialmente centrando la atención en los juicios de familia.

Evidentemente, la función jurisdiccional debe ser gestionada adecuadamente desde las diferentes aristas para que cumpla los objetivos esperables en cuanto a eficacia y eficiencia de la misma, caracteres propios de disciplinas distintas a las jurídicas, pero que no los transforma en elementos ajenos a la actividad propia del derecho. Muy por el contrario, forma parte de los principios bajo los cuales deben responder los órganos de la Administración del Estado, de acuerdo lo dispone el N° 3 de la Ley Orgánica Constitucional de bases de la Administración del Estado²¹⁰.

Dentro de los indicadores de eficacia se debe atender a medir cuantos de los requerimientos son abordados de manera satisfactoria por el Tribunal, considerando por ello aquellos que cumplieron los resultados esperados. En cuanto a la eficiencia debe medir las actividades y recursos que formaron

²¹⁰ Ministerio del Interior. Subsecretaría del Interior. (05 de diciembre de 1986) ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N°18.575) Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967> (Consultado el día 06 de diciembre del año 2017).

parte del mismo en atención al número de requerimientos que fueron atendidos con la menor cantidad de recursos posibles.

En este contexto, la estructura administrativa cobra relevancia ya que debe disponer de recursos humanos, financieros y materiales que colaboren en la consecución de tales objetivos. Dentro de los recursos humanos, es la norma la que establece los roles y funciones de los empleados judiciales, existiendo una jerarquización basada en la antigüedad al interior del poder judicial.

En la justicia reformada, incluyendo el ámbito familiar, de acuerdo a la ley se crea la figura del administrador del tribunal que es el encargado de organizar de manera competente las unidades que lo conforman. Así el artículo N°389 B, letra E, del Código Orgánico de Tribunales, dispone que es el administrador del tribunal al que le corresponderá distribuir las causas, conforme al acuerdo del comité de jueces del tribunal respectivo.

Ello contribuye a que los procesos se presenten como eficaces desde lo administrativo en cuanto a la planificación y orden de los mismos. No obstante, el hecho que el administrador provenga de un mundo distinto al derecho genera ciertas dificultades en la forma de comunicarse con el resto de los operadores jurídicos lo que puede generar dificultades que se presentan como evitables. Por otra parte, el volumen en la carga de trabajo y el número de audiencias hace que en ocasiones los juicios se vean retrasados, lo que sin duda afecta a todos los intervinientes en dicho proceso.

Ello representa un conflicto, especialmente cuando el retraso por suspensiones de audiencias genera el dilatar la decisión y por ende, especialmente en causas proteccionales, el sistema permite que se sigan cometiendo amenazas o vulneración en el ejercicio legítimo de los derechos de NNA que forman parte de dichos juicios.

Otras de las variables propias de la actividad jurisdiccional esta relacionada con la estandarización de los procesos. En el ámbito judicial es posible normalizar una serie de actuaciones relacionadas con la atención a usuarios, ingreso de causas y programación de audiencias. Con ello se permite una precisión en los procedimientos, uniformidad en el uso del lenguaje y traspaso preciso de la información asociada al juicio, lo cual, en cuanto a los procesos judiciales propios del Derecho de Familia no se encuentran ajenos a esta norma.

Por otra parte, el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) no ha estado ajeno al mundo del derecho a pesar que

no se encuentra normado de manera orgánica en la ley procesal, sólo se perciben normas dispersas en el Código Orgánico de Tribunales, Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Ley Orgánica de los Tribunales de Familia, Código del Trabajo y Ley sobre documentos electrónicos y firma digital.

Actualmente gran parte de los sistemas judiciales cuenta con soporte tecnológico que se encuentran en ejecución, ellos cumplen un rol fundamental en cuanto a la información que se le entrega a las partes y transmite información propia al interior del poder judicial.

En cuanto a las materias reformadas, penal, familia y laboral, la ley establece que las actuaciones propias del proceso judicial se pueden registrar por el tribunal por cualquier medio apto para producir fe, tratándose de las audiencias, ello incluye el registro fonográfico o digital, artículo N°39 y N°41 del Código Procesal Penal, N°10 de la Ley N°19.968, referido a las actuaciones orales y N°425 y N°433 del Código del Trabajo.

En la justicia de familia, el sistema informático de los Tribunales de Familia (SITFA), es la vía actual de comunicación entre el tribunal y los operadores jurídicos. Lo que se espera sea más eficiente y de mayor utilidad en el trabajo en cuanto al ejercicio de la actividad jurisdiccional en cada uno de los actores que participan en él. Este sistema representa una modernización y genera grados de seguridad en la misma, ya que disminuye el riesgo que la información se extravié como ocurría con los antiguos expedientes físicos. Por otra parte, se asegura que todos los participantes en los procesos judiciales puedan acceder a la información en su totalidad.

Desde el punto de vista organizacional, el sistema integral de administrador de causas permite definir los perfiles de trabajo, dentro de un modelo estandarizado, lo que permite que cualquier funcionario se encuentra capacitado para realizar control, gestión y detectar dificultades que se producen en el sistema.

La conveniencia de este tipo de procedimiento radica en la funcionalidad del mismo, especialmente en los tiempos asociados en generar comunicación escrita por medios físicos, procedimiento que lleva mancomunado una disminución en los recursos materiales.

Por otra parte, la masificación del uso del internet ha facilitado la comunicación entre los usuarios y el sistema judicial, especialmente respecto a la información contenida en la tramitación de causas, pudiendo incluso realizar algunos actos procesales a través de la web.

En cuanto a la tramitación de causas de los profesionales abogados en materias reformadas, esta se realiza de manera íntegra vía electrónica a través de la página del poder judicial.

En el mismo orden de ideas y mirando la calidad en la administración de justicia se deben considerar los recursos económicos que se ven involucrados en los procesos, los cuales siempre presentan características de ser escasos e insuficientes como en cualquier institución pública, pero especialmente en la judicial por el alto grado de recursos involucrados y lo elevado del número de causas, donde se trabaja con una sensibilidad especial, fundamentalmente por las materias que se conocen en los Tribunales de Familia.

Los recursos financieros y la gestión de los mismos, al interior del Poder Judicial se encuentra a cargo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la cual es dirigida por un Consejo, integrado por cinco Ministros de la Corte Suprema. Dicha Corporación fue creada por la Ley N° 18.969, publicada en el diario oficial el 10 de marzo del año 1990, norma que introduce modificaciones al Código Orgánico de Tribunales (COT), regulándose en el Título XIV la Corporación.

Se establece en dicho título que será el órgano encargado de los recursos financieros, tecnológicos y materiales, destinado a la Excelentísima Corte Suprema, Ilustrísimas Corte de Apelaciones y Tribunales de Primera Instancia del país. Además se le atribuyen funciones en cuanto a la organización de cursos y conferencias destinados al perfeccionamiento de los funcionarios judiciales, mantención de inmuebles y la creación, mantención e implementación de salas cunas, las que de acuerdo a la ley estén destinadas a los hijos de los funcionarios judiciales.

La gestión administrativa del poder judicial, sin duda representa una variable de contexto fundamental en la correcta consecución de los procesos judiciales. Dentro de este orden de ideas, si bien existe un avance y modernización, es perceptible una disparidad entre la teoría y la práctica que rutinariamente se observa en los Tribunales de Justicia, ello como resultado del escaso control y seguimiento de los roles y funciones de cada uno de los actores que miran tanto a la eficacia y eficiencia de la actividad jurisdiccional.

2.5.8 Descripción de las características sociofamiliares de los usuarios, a los que se les aplica los principios en estudio

La globalización y la modernidad propia de los tiempos actuales, han sido factores que lentamente contribuyen en modificar la conformación de las familias alrededor de todo el mundo. En este sentido, Chile no se encuentra alejado de tal transformación²¹¹.

Dichos cambios, según el estudio indicado son percibidos desde tres directrices, en cuanto al nivel estructural, principalmente en su composición, tamaño y comportamiento reproductivo en las familias chilenas.

Actualmente existen diversos tipos o modelos de familias que si bien cumplen con sus funciones propias desde lo económico y de socialización, involucran dinámicas y conformaciones diferentes. Es percibida una tendencia a la familia nuclear y tradicional, no obstante las familias extensas han ido en progresivo aumento, las cuales se caracterizan en su conformación por adultos con o sin hijos comunes y familias vinculadas por lazos de filiación.

Igual tendencia es advertida en hogares conformados por familias monoparentales, fundamentalmente donde la mujer cumple el rol de jefe de hogar, las que presentan en su mayoría, una escolaridad cada vez superior en años. Por lo anterior, es que se puede apreciar un aumento de mujeres profesionales solas a cargo de sus hijos y cumpliendo el rol de jefas de hogar.

Por otra parte, se estima una disminución en el número de hijos, lo cual es posible asimilar a una mayor preocupación en el cuidado y mejor calidad de vida de estos y la incorporación de la mujer al mercado laboral. Lo que hace mermar en el cuidado directo de los niños y niñas.

Otro aspecto relevante que presentan las familia en Chile esta orientado en el desplazamiento de la fecundidad al interior del matrimonio, siendo una tendencia el nacimiento de hijos fuera de dicho enlace. En efecto, el número de matrimonios ha disminuido considerablemente y la edad en la celebración de dicho acto es cada vez más tardío.

²¹¹ Ver Baeza, J., Donoso, M. y Rojas, P, en “Familias fragilizadas en Chile: propuestas para políticas públicas y la formación de profesionales”, de acuerdo al Estudio realizado por las Federación Internacional de Universidades Católicas, 2013, en concreto pág. 25, al concluir que:

“Diferentes fenómenos como la incorporación de la mujer al mercado laboral, los cambios demográficos, la inestabilidad laboral, el impacto de las tecnologías de informática y comunicación y las nuevas políticas sociales entre otros, que afectan a la vida familiar, han significado que surjan nuevas configuraciones o tipos de familias, las que siguen coexistiendo con la familia nuclear tradicional”.

Como colorario de lo anterior, la convivencia se ha institucionalizado como una opción distinta al matrimonio y una alternativa válida, especialmente en parejas jóvenes. Se presenta una tendencia a un envejecimiento en la población, ello por las mayores expectativas de vida de los adultos mayores en donde la sociedad chilena debe trabajar y generar políticas públicas orientadas en su protección.

Por otra parte, el flagelo de la violencia al interior de las familias es un fenómeno que se encuentra presente en dicho ámbito, haciéndose cada vez más visible hacia el exterior de las mismas. En este sentido existe más conciencia en judicializar tales acciones que sin duda representan conductas y consecuencias negativas en todos los miembros, especialmente en NNA ya que puede contribuir en generar un factor de riesgo que se encuentre presente a lo largo de su vida y orientar en la comisión de delitos como una vía de escape a la violencia de la que fueron espectadores desde pequeños.

Este cambio evolutivo de las familias se encuentra complementado con cambios personales propios de la sociedad actual, los cuales no siempre son compatibles entre ambos, pudiendo generarse desigualdades, especialmente cuando el grupo familiar esta constituido por generaciones distintas, lo que trae como consecuencia que la familia presente grados de rechazo ante uno de sus miembros, el cual busca aceptación en otras organizaciones como pandillas o amigos con desadaptaciones sociales orientadas hacia la comisión de delitos.

Es justamente donde se debe poner el acento en tales cambios socioculturales que experimentan las familias y el entender algunos factores transversales como la comprensión de conductas antisociales y factores de riesgo que influyen de manera significativa en el aprendizaje y ejecución de conductas delictivas. El entender las características sociofamiliares de niños, jóvenes y adultos que realizan conductas delictivas ha sido una preocupación constante en el último tiempo. Ello debido a que con un nuevo rostro, cada vez con menor edad jóvenes y niños inician su carrera delictiva y de manera más violenta²¹².

²¹² Ver, Hein., Blanco, J. y Mertz, C, en “Factores de riesgo y delincuencia juvenil: revisión de literatura nacional e internacional”. Fundación Paz Ciudadana, 2004. Recuperado de: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34713405/FACTORES_DE_RIESGO_DE_LA_DELINCUENCIA_JUVENIL.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1515455499&Signature=2C8h16AyflkehVrafl8zRYqaIag%3D&response-

Sin embargo, es observable que en algunos menores y jóvenes, las conductas disruptivas son algo transitorias, siendo utilizadas solo como una forma de llamar la atención o por falta de autodominio o control, no obstante otro grupo lo convierte en una forma de vida. Es posible percibir que a más temprana edad comienzan a realizar conductas disruptivas, existen más posibilidades de reincidencia en este tipo de conductas que mantendrán hasta su adultez. Desde aquella mirada nace la necesidad de conocer patrones comunes y generar las acciones preventivas que correspondan, tendientes a evitar tales conductas.

Una de las primeras características de este tipo de personas, esta orientada en indicar que exhiben cierto grado de negligencia en su actuar, alcoholismo, violencia intrafamiliar, abuso de sustancias y depresión. Este patrón es observable en una gran cantidad de usuarios del sistema judicial, presentando una serie de problemas en cuanto a factores estrés y de riesgo que desencadenan en un alto porcentaje en una dinámica delictual.

En este contexto, se podría señalar que una comunicación adecuada al interior de la familia con alguno de los padres o un tercero significativo en la vida, especialmente de los más pequeños, podría disminuir conductas desviadas que riñan con la justicia ya que los factores protectores actuarían como un catalizador en cuanto a conductas disruptivas.

Según un estudio realizado por la Fundación Paz Ciudadana (2004)²¹³, el comportamiento delictivo es multicausal y puede entenderse por la relación de variables asociadas a factores individuales, familiares y sociales²¹⁴.

En cuanto a los factores individuales, específicamente características personales que han sido asociadas al comportamiento delictivo se encuentra

*%3DFactor es_de_riesgo_y_deincuenc**ia_juvenil.pdf* (Consultado el día 08 de enero del año 2018).

²¹³ Ver Memoria 2004 Fundación Paz ciudadana, 2004, pág. 1-22. Recuperado de: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2005-07-25_memoria-2004.pdf (Consultado el día 05 de octubre del año 2018).

²¹⁴ En igual sentido, es representado por Suría, R, en “Prevención y Tratamiento de la Delincuencia”, Alicante, España, Editorial Club Universitario, 2014, en concreto pág. 76: “Ningún factor, tomado de manera aislada, justifica la conducta delictiva o violenta. La comprensión científica de los patrones sociales requiere una visión holística e integrada de la persona a lo largo del tiempo. Así, una perspectiva que contemple el desarrollo de la carrera delictiva ha de señalar que los factores que influyen las conductas sociales se funden y mezclan en ese desarrollo”.

una baja inteligencia en la comisión de delitos comunes, no así otro tipo de delitos de mayor complejidad intelectual como los económicos que requieren un alto grado de análisis y planificación.

Es observable de igual forma, una baja escolaridad en jóvenes en conflicto con la justicia, una niñez conflictuada caracterizada por la irritabilidad, hiperactividad, agresividad temprana han sido asociadas al desarrollo de conductas delictivas con posterioridad.

En cuanto a los factores familiares, una parentalidad inadecuada, contribuye al deterioro de las relaciones armónicas familiares, expone a los niños a factores de riesgo asociados a este tipo de conductas, la existencia de una baja cohesión familiar, padres que presenten alguna enfermedad mental, o estilos parentales coercitivos, ambivalentes o permisivos contribuyen de igual forma a la realización de conductas que riñen con la justicia.

En cuanto a factores sociales, estos se relacionan con la vinculación de pares involucrados en actividades riesgosas como uso abusivo de alcohol y drogas, normalizando tales conductas como una forma de sentirse aceptado por el grupo.

La prevalencia de conductas delictivas tiende a elevarse en la etapa de la adolescencia, ya que en este periodo de la vida más que en cualquier otra, las personas exploran y experimentan diversos comportamientos como una forma de buscar su identidad. Cuando niños y adolescentes no reciben límites suficientes que generen líneas diferenciadoras entre lo correcto y lo que no es, se estará formando un adulto con valores distorsionados, poco claros y ambiguos²¹⁵.

La familias generadoras de delincuentes permiten y hasta promueven conductas transgresoras que se irán repitiendo a través de los ejemplos hasta normalizar dichas conductas. Se dejan de lado valores al interior de la familia propios de una sociedad y estado de derecho privilegiando intereses propios por sobre los sociales.

Desde esta perspectiva surge la importancia en el funcionamiento familiar, así en hogares con muchos miembros o en donde existe ausencia de uno o ambos padres, llevan asociados características como falta de atención a sus miembros, ausencia de muestras afectivas, límites poco claros que

²¹⁵ Como lo señala Carnival, O, en "Claves para criar a un hijo delincuente", Buenos Aires, Argentina, Vida, 2013, en concreto pág. 25:

"Una persona sin límites va a vivir, irremediablemente, en problemas durante toda su vida".

pueden llegar a convertirse en factores responsables en las conductas delictivas de los hijos.

Es por ello que la falta de apego en el grupo familiar dificulta el proceso de socialización. Una relación conflictuada entre los padres puede llegar a generar conductas delictivas en los hijos como una forma de llamar su atención y reprochar la dinámica que se genera entre sus progenitores, vale decir, una relación afectiva adecuada entre padres e hijos y entre los progenitores disminuyen las posibilidades a conductas delictivas entre sus miembros.

Por otra parte, el control que se genera al interior del núcleo familiar contribuye a generar pautas que deben ser respetadas por todos sus integrantes lo que tributa al orden y dirección. La sujeción a normas contribuyen a que pueda, de mejor manera, internalizar las conductas sociales que se encuentran al exterior de su ambiente familiar.

Conclusiones preliminares

En el estudio del contenido y alcance de los principios objeto de este trabajo, en cuanto a su fuente material y ámbito de aplicación, se desarrolló de manera transversal, desde el análisis de los factores psicológicos y sociales denominados de protección y riesgo de la infancia, niñez y adolescencia, pudiendo concluir que respecto de éstos, contribuyen como una base y tutor en su desarrollo normal de acuerdo a su edad. Nuevamente la familia como factor de protección al igual que el entorno y la escuela, se convierten en elementos significativos en el soporte emocional y material de estas personas.

Sin embargo, del estudio realizado, la promoción de estos factores de protección no se ven reflejados en las políticas públicas, ni tampoco en la prevención de los factores de riesgo, más bien existe una ausencia de ellas.

Esta falta de institucionalidad orientada a promover los factores protectores y resolver los de riesgo, se muestra en que la única respuesta del sistema es la institucionalización, sin que tampoco en esta etapa el Estado intervenga de manera favorable respecto del NNA en su proceso de institucionalización, ineficiencia que se muestra en los últimos acontecimientos de manera dramática con la iniciativa y consenso nacional de reformar el servicio público, debido a la percepción social y negativa de este tipo de acciones que incluso han causado la muerte de niños chilenos.

Evidentemente, respecto a los NNA y los principios en estudio, es evidente que ante más factores de riesgo aumentan las probabilidades que

las familias terminen judicializadas por conductas antijurídicas que conlleva a que terminen siendo víctimas indirectas y en muchas ocasiones directas de las conductas de los adultos, supuestamente responsables, agravando aún más su situación.

Se observa una falta de acciones preventivas, sistematizadas y coherentes que conlleven a evitar factores de riesgos y refuercen factores protectores en familias vulnerables, ello, sumado a una deficitaria destinación de recursos público orientado a generar políticas públicas en la materia, hace que necesariamente la una solución se encuentre en la judicialización de conflictos que pudieron ser evitados.

CAPÍTULO 3:

Análisis a la normativa nacional e internacional en materia de infancia y adolescencia

3.1 Del llamado Derecho de Menores al Derecho de Familia en Chile

Es observable la constante y progresiva evolución en la conciencia colectiva de la sociedad chilena sobre la obligación y necesidad de reconocer, proteger y garantizar los derechos de los menores de edad. Los inicios de las formas de protección orientadas a estas personas respondían a la separación de su contexto natural de desarrollo, generando entornos alternativos, generalmente centros de protección o residencias.

La protección de la infancia y adolescencia en Chile como en el resto de América del sur tuvo sus orígenes desde una mirada asistencialista, donde los menores eran considerados simples receptores de protección y debida ayuda por parte del Estado. Por otra parte, los esfuerzos se centraban básicamente en los menores y no en sus familias, desconociendo que las problemáticas provenían de las familias en muchos de los casos.

En cuanto a la legislación, se caracterizó por ser *sui generis* desde sus orígenes, haciendo dificultoso determinar una clasificación o sistematización ya que combinaba, y en muchos casos confundía, normas de derecho penal, civil y procesal aplicables al mismo caso, al mismo tiempo y con un mismo objetivo.

Sin embargo, se pueden distinguir ciertas tendencias en la legislación de menores en Chile. Así desde una mirada hacia la historia y siguiendo a Sboccia Espinosa²¹⁶, quien diferenciaba dos periodos basados en la posición del menor en situación irregular; el primero de los periodos que se situaba

²¹⁶ Ver Sboccia, E, en “El Problema de los Menores en situación irregular y su solución integral”. Valparaíso: Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1971, pág. 50-80.

antes del año 1928, en el cual se dicta la primera normativa especializada en la materia y un segundo periodo que comienza después del referido año.

El primero de ellos, de acuerdo a la autora, se caracteriza por una total ausencia del Estado en cuanto a un rol activo en la materia. No existía un marco jurídico que permitiera la intervención del Estado, reconociendo la legislación imperante un asunto propio del orden privado, prueba de ello es la regulación del derecho de corrección como un asunto referido a los padres o aquel adulto responsable en la formación y crianza de los menores. Las instituciones que existían en éste ámbito estaban a cargo de la Iglesia Católica con clara orientación a la protección de los menores abandonados o en situación de peligro.

El ordenamiento jurídico respondía ante un menor con perfil de delincuente, en estado de abandono o con alguna irregularidad que requería inmediata atención, sin embargo, la respuesta del sistema, más que protección, era la dictación y aplicación de medidas que revestían caracteres de verdaderas sanciones restrictivas o privativas de libertad.

Recogiendo esta ideas, el periodo se caracteriza por ausencia de una legislación especializada y sistematizada, los intentos en tal sentido tenían mayor significación desde una mirada de adultos más que desde el orden proteccional de los menores.

A través del tiempo se toma conciencia que los menores, además, de ser titulares de derechos inherentes a toda persona humana, no ostentan la misma condición jurídica que los adultos y deben ser regulados en una normativa especializada, acorde a su condición de menor, la cual debe responder a una protección integral, desde su concepción hasta que cumplan la mayoría de edad y se encuentren preparados para el mundo de los mayores.

Una muestra de lo anterior es la dictación de la Ley N° 2.675²¹⁷, considerada una de las primeras normativas de menores en regular y presumir de derecho el abandono paterno, abuso de menores y formas de explotación, diferenciando el concepto de menor y menor impúber.

Se describen, fundamentalmente, acciones con caracteres de delitos donde son castigados los adultos que indujeran a ejecutar tales acciones a menores de edad. No obstante, de las conductas prescritas existe una

²¹⁷ Ministerio de Justicia. (4 de septiembre de 1912) Sobre protección a la Infancia Desvalida (Ley N°2.675). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=23424> (Consultado el día 17 de enero del año 2017).

tendencia a describir comportamientos propios de los padres que vulneran derechos de los hijos, más que garantizar o proteger los derechos de éstos últimos.

Se acuña el término “riesgo social del menor”, comprendiendo la posibilidad que menores queden al margen de lo social, es decir que no tengan acceso a ello, lo que conlleva como resultado la imposibilidad de un desarrollo normal, lo que grafica la tendencia de la época²¹⁸. Lo relevante de la norma es que marca el inicio de la intervención y preocupación del Estado por la temática en el país.

De acuerdo a la propia Sboccia Espinosa, el segundo periodo comienza en el año 1928, con la dictación de la Ley N°4.447²¹⁹, norma en la cual se pretendía establecer un sistema que intenta ser más integral en la protección de menores, ya que procura regular y alcanzar a los que cometían delitos y aquellos que se encontraban en situaciones de riesgo; existía una mayor intervención del Estado y una considerable preocupación por la problemática.

Según la autora, la ley pretendía reducir la delincuencia juvenil y reemplazar el concepto de sanción represiva, por la de menores, en situación irregular de manera definitiva.

La infancia irregular, o en situación irregular²²⁰, era aquella niñez que nacía en condiciones irregulares o con una formación irregular a consecuencia del abandono de los padres o guardadores. Se clasifica tales situaciones en abandono material o físico, (abandonados, sin hogar o huérfanos) y abandono moral y peligro social (maltratados, explotados y descuidado) por sus padres o guardadores.

Se caracteriza el periodo por tomar conciencia colectiva que la legislación en materia de menores se ha vuelto cada vez más ineficaz e

²¹⁸ En palabras de SEDA, E, en “El Nuevo Paradigma de la Niña y el Niño en América Latina. En Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia”, Quito, Ecuador, V&M Gráficas 2010, en concreto pág. 172.

“Hay quienes dicen que niños y niñas fuera de la escuela, limosneando, maltratados, explotados, atraídos por pandillas o traficantes están en situación de riesgo. No están. En situación de riesgo están antes de sufrir esos males”.

²¹⁹ Ministerio de Justicia. (23 de octubre de 1928) (Ley N°4.447). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=24742>. (Consultado el día 16 de enero del año 2017).

²²⁰ Ver Poblete, S. en “Abandono y vagabundaje infantil en Santiago de Chile 1930-1950”. Revista de Historia Social y de las Mentalidades, vol. 4, N°199, 2000. Recuperado de: www.rhistoria.usach.cl/sites/historia/files/298-654-1-sm.pdf (Consultado el día 14 de febrero del año 2017).

insuficiente, surgiendo la necesidad de una adecuación a las necesidades de los nuevos tiempos²²¹.

Así, la doctrina de la situación irregular significó un adelanto para la época, claramente, revestía características que, actualmente, serían estimadas desventajosas²²², no consideraba al universo de la población de menores de edad sino más bien sólo aquellos que se encontraban en situación irregular, es decir, se dirigía a asegurar protección a los pobres, abandonados, y a los que requerían algún grado de vigilancia, infractores e inadaptados.

Sin embargo, y desde otra mirada, significó un adelanto en la normativa ya que es la primera norma que visualiza a los menores desde su individualidad, orientada a conocer y reparar la situación que lo mantiene en situación irregular²²³.

La ley marca varios hitos en la legislación, regula que menor de edad es toda persona que no cumple 20 años de vida. Radica la responsabilidad de atender a los cuidados de los menores, en el Estado; creando para tal efecto la Dirección General de Protección de Menores, cuya finalidad era ejercer la

²²¹ En éste sentido Pereira, H, en “Curso de Derecho Procesal”, Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur, 1993, en concreto pág. 414, señalaba que:

“Ha surgido la conciencia general y universal de que el derecho común se ha hecho inepto para la solución de los problemas propios de los niños, adolescentes y menores de edad, de donde deriva el nacimiento de un conjunto de principios jurídicos y de instituciones cuya finalidad es la protección de la persona del menor de edad, llamado derecho de menores, de carácter especial y tuitivo”.

²²² Según Gómez da Costa en “Pedagogía y Justicia”, Fundación Fundamig. Justicia Penal Adolescente, 2009. Recuperado de:

www.ceja.cl/index.php/biblioteca/biblioteca.../doc.../1946-pedagogia-y-justicia.html.

(Consultado el día 20 de febrero del año 2017) no consideraba al universo de la población de menores de edad sino más bien sólo aquellos que se encontraban en situación irregular, es decir, se dirigía a asegurar protección a los pobres, abandonados, y a los que requerían algún grado de vigilancia, infractores e inadaptados. Refiere el autor que la justicia de menores abarcaba casos sociales con aquellos que reñían con la justicia, sin diferenciación alguna. Reflejo de ello es que una medida de internación podía ser aplicada por el Juez de Menores de manera indistinta a aquellos abandonados como infractores de ley.

(2009) no consideraba al universo de la población de menores de edad sino más bien sólo aquellos que se encontraban en situación irregular, es decir, se dirigía a asegurar protección a los pobres, abandonados, y a los que requerían algún grado de vigilancia, infractores e inadaptados.

²²³ Como lo menciona el primer Juez de Menores de Chile, Gajardo, S, en “Los Derechos del Niño y la Tiranía del Ambiente (divulgación de la ley 4447)”, Santiago, Chile, Imprenta Nacimiento, 1929, en concreto pág. 31.

“La idea fundamental de la Ley sobre Protección de Menores, consiste en estudiar en cada caso las causas que condujeron al niño a una situación irregular, sea de abandono, de mala conducta o delincuencia, a fin de hacerlas desaparecer, colocar al niño en un ambiente adecuado y emprender la tarea de su readaptación social”.

tuición cuando le correspondía desempeñarla a este órgano, el que debía hacerse parte en toda causa que se viere involucrado este estrato de la población.

Otra de las importancias de la dictación de la Ley N°4.447 es que crea los Juzgados de Menores en el país siguiendo el modelo Norteamericano y Europeo en donde la tendencia era a considerar al menor no con un perfil de delincuente, sino como alguien que necesita ayuda, razón por la cual legisla sobre menores abandonados y en adopción. Tales tribunales eran considerados especiales por lo que no formaban parte del poder judicial. El procedimiento era desformalizado y sin forma de juicio debiendo el juez resolver en conciencia.

Otorga el conocimiento a los Jueces de Menores de los asuntos que trata la propia ley sin especificar las materias propias de su competencia. Fue justamente el Decreto N° 2.531²²⁴, dictado dos meses después de la norma que les otorga atribuciones y fija reglas de procedimiento.

El artículo N°21 del citado Decreto dispone que les corresponde el juzgamiento de los menores de 16 años, por delitos, con la sola finalidad de aplicar alguna o algunas de las medidas que regula el artículo N° 20 de la Ley N°4.447, medidas que, básicamente, consistían en devolver al menor a un adulto responsable, encomendarlo por algún tiempo a un establecimiento especial de educación o alguno de los establecimientos considerado adecuado por el juez o bien entregarlo al cuidado de una familia que se considerara, capacitada para su educación, quedando sometido el menor a una libertad vigilada²²⁵. Dichas medidas duraban el tiempo que el juez determinara, quien podía revocarlas, alternarlas o modificarlas si variaban las circunstancias tenidas a la vista para su aplicación.

Radica en el juez la facultad de decretar si un mayor de 16 y menor de 20, inculpado de un delito, ha obrado o no, con discernimiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo N° 19 de la Ley N°4.447, resolución que será inapelable según lo establecido en el artículo N° 29 de la misma ley.

²²⁴ Ministerio de Justicia. (24 de diciembre de 1928) (Decreto N° 2531). Recuperado de: www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/32863/1/DTO_2531(Consultado el día 26 de enero del año 2017).

²²⁵ La medida de libertad vigilada consiste en un seguimiento en la vida del menor, especialmente orientado a conseguir un cumplimiento efectivo en la educación del mismo o participar con programas orientados a salvar situaciones, acciones o conductas que favorecieron la comisión de la infracción. Tal seguimiento estaba a cargo de funcionarios trabajadores sociales de los Juzgados de Menores de la época.

De igual forma establece la facultad de juzgar a los mayores de 16 años y menores de 20 años que incurrieran en delito y hubieren obrado sin discernimiento, sólo para los efectos de aplicar una o algunas de las medidas indicadas previamente.

Era competente para conocer la pensión alimenticia que debían pagar los padres o guardadores y determinaba la forma de pago, declaraba la pérdida de la patria potestad, la suspensión de su ejercicio y la pérdida o suspensión de la tuición complementando lo establecido en los artículos 21, 22 y 23 de la ley.

Debía resolver sobre la vida futura de los menores que se encontraban en peligro moral o material, en concordancia a lo establecido en la Ley N°4.447, y conocer los juicios que dieran origen a la oposición de los interesados, en contra de la aplicación de algunas de las medidas mencionadas.

Por otra parte la ley crea las Casas de Menores y Reformatorios, regulada en el Decreto, el N° 2.531 que dispone en su artículo N°11 que, son establecimientos destinados a recibir menores, cuando deban comparecer ante el juez, por cualquiera de los motivos contemplados en la Ley N°4.447. Dicho decreto reglamentó el caso de las localidades en donde no existían casas de menores, señalando que se habilitará un departamento especial, separado de los adultos en los establecimientos penales o de detención, y que regiría en su funcionamiento, por las disposiciones correspondientes a la casa de menores. Ello implicaba que adultos y menores compartirían un establecimiento destinado al cumplimiento de penas privativas de libertad.

Se estableció que los menores se quedarían en tales casas, todo el tiempo que fuera necesario, para su observación individual lo que se materializaría en un informe médico, psicológico, del profesor, de la visitadora social, que posteriormente era enviado por dichos profesionales al juez, el que serviría de base para el posterior juzgamiento del caso. Prácticamente, lo que se realizaba en éstas casas era vigilar, clasificar y segmentar a los menores, basado en métodos muy rudimentarios.

Llama la atención lo establecido en el artículo N° 15 del señalado decreto se regulaba que, en caso que no se designara un psicólogo, desempeñará tales funciones el médico de acuerdo a las instrucciones de la Dirección General, asimilando los profesionales de médico y psicólogo con la misma formación y competencias.

De acuerdo a la Ley N° 4.409²²⁶ para comparecer en este tipo de materias no se requería el patrocinio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión estimando que la intervención de dicho profesional no era necesario respecto a las materias que se tramitaban en la jurisdicción de menores.

La norma, en general, se alejaba del castigo con un espíritu esencialmente protector, estableciendo medidas correctivas, educativas y de rehabilitación, pero sobre todo instaurando duras penas respecto a los padres castigadores y que facilitaran o promovieran en sus hijos el trabajo pesado, o los obligaban a ejecutar actos de mendicidad, prostitución o comisión de delitos.

Desde una mirada crítica llama la atención que un decreto, con rango menor al de ley²²⁷ venga en complementarla, aclararla y enmendarla estimando que su objetivo era otorgar una protección integral a los menores ya que se consideraba que la legislación de la época se había tornado insuficiente.

En efecto, las facultades que se les entregan a los Jueces de Menores eran limitadas, interviniendo como consecuencia de una acción realizada por un menor, dato trascendente para decidir sobre sus destinos. En el ámbito proteccional, las medidas establecidas se tornaban prácticamente un castigo más que medidas dirigidas a su protección.

En el transcurso del año 1935, la sociedad chilena comenzaba a despertar, exigía igualdad en el ejercicio de ciertos derechos, así el movimiento pro-emancipación de las mujeres de Chile (MEMCH)²²⁸, en su programa, anunciaba en el ámbito jurídico, la necesidad de la dictación de un código del niño que contemplara la defensa de los menores, reglas especiales en su juzgamiento, reglamentación en los reformatorios,

²²⁶ Ministerio de Justicia. (11 de septiembre de 1928). Colegio de abogados (Ley N°4.409). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?pidNorma=24716> (Consultado el día 18 de enero del año 2017).

²²⁷ “En Chile un decreto es una norma dictada por una autoridad sobre los asuntos o negocios de su competencia . Cuando emana del Presidente de la República se denomina Decreto Supremo”. El Decreto 2531 fue dictado por el Presidente de la República de Chile Carlos Ibáñez del Campo, teniendo valor de Decreto Supremo. A su vez, y de acuerdo a los establecido en el artículo 1° de la CC, “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite”, teniendo un rango superior a un Decreto o Decreto Supremo. (Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Glosario Legislativo). Recuperado de: https://www.bcn.cl/ayuda_folder/glosario (Consultado el día 26 de enero del año 2017).

²²⁸ Ver en La Mujer Nueva “Movimiento pro-emancipación de la mujer en Chile”, 8 de septiembre de 1935. *Boletín*, 1 N° 1.

procedimientos en cuanto a materias de alimentos y tuición, intensificara las investigaciones de paternidad y la igualdad de hijos legítimos e ilegítimos. Lo significativo de tal declaración obedece a que se proclama el deber de considerar el interés de los menores y no el de los padres, instalando por lograr la igualdad de los hijos legítimos e ilegítimos. Resulta innovador para la época tal pensamiento observando lo incipiente de la incorporación de la temática en la conciencia de la sociedad chilena.

Concordante con lo anterior, significó un gran avance la dictación de la Ley N° 5.750²²⁹, la cual realizó importantes modificaciones al Código Civil, referente a lo que se debe entender por hijos ilegítimos, disponiendo que pueden ser naturales o simplemente ilegítimos. Instauro otros casos de investigación de paternidad, fuera de la voluntaria, regulada en el mismo cuerpo legal, sin embargo, no fija la competencia en la judicatura de menores, quedando establecida en la justicia ordinaria, sólo la Ley N° 10.271²³⁰ radica y amplía los casos de reconocimiento de hijos en la jurisdicción de menores. Establece la competencia de los juicios sobre alimentos que se deban a menores de 18 años, conociendo los jueces especiales de menores y dispuso que en los demás casos se regirían por las reglas generales, instauró la retención judicial como sanción, por el no pago oportuno de los alimentos.

Posteriormente, la Ley N° 9.293²³¹ radicó definitivamente los juicios de alimentos en los Tribunales de Menores, de todo alimentario que no hubiera alcanzado la mayoría de edad, que en la época se alcanzaba a los 21 años. Esta última norma estatuyó el apremio personal, por no pago de pensión de alimentos, suprimiendo el delito de abandono de familia, cuya competencia hasta entonces era de los Tribunales del Crimen, cuando no se daba cumplimiento a la obligación alimentaria decretada judicialmente.

Con ello se logró un importante avance, esto es, radicar una materia sensible -como es la alimentaria- definitivamente, en los Tribunales de

²²⁹ Ministerio de Justicia. (02 de diciembre de 1935) Abandono de Familia y Pago de pensiones alimenticias (Ley N° 5750). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25177> (Consultado el día 18 de enero del año 2017).

²³⁰ Ministerio de Justicia. (02 de abril de 1952) Introduce diversas modificaciones en el Código Civil (Ley 10.271) Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=26332> (Consultado el día 18 de enero del año 2017).

²³¹ Ministerio de Justicia. (19 de febrero de 1949) Modifica en la forma que señala los artículos que indica de la ley N° 5.750, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias (Ley 9293). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25988> (Consultado el día 18 de enero del año 2017).

Menores; no obstante, subsisten las diferencias en razón de la filiación de los hijos, lo que no se condice con lo que se declara en la época a pesar que comienzan a nacer voces disidentes en la materia²³².

En este periodo se crea uno de los primeros organismos con fines proteccionales. Con fecha 26 de agosto del año 1942, se promulga el D.F.L número 6-4817²³³ mediante el cual se establece la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia (PROTINFA), organismo dependiente del Ministerio de Salubridad, Previsión y Asistencia Social.

Dicha entidad adquirió mayor protagonismo al dictarse el D.F.L. N°20-1412²³⁴ del mismo año, mediante el cual se refundieron diversos servicios públicos en la Dirección General. Las funciones se encontraban establecidas en el artículo 3° del citado decreto orientadas en proteger y auxiliar a la madre desde la concepción hasta el término de la lactancia, a los lactantes, preescolares, escolares y adolescentes en el orden médico social, cualquiera fuere su situación y a los menores en estado irregular en todos sus aspectos. Todas acciones que se realizarían por el citado órgano.

En esta etapa, lo que se pretendía era una intervención del Estado de manera integral, abordando de tal forma la protección de los menores. Al poco andar, dicha institución se incorporó a la Dirección General de Protección de Menores, regulada por el Decreto N° 2.531 donde se dictó un reglamento para su funcionamiento, finalmente, pasa a ser una sección del departamento de la madre y del niño del Servicio Nacional de Salud relativizándose sus funciones.

²³² Como lo menciona Gajardo, S, en “Los Derechos del Niño. Proclamación de la Constitución de la Liga de los Derechos del Niño”, vol.1, 1940, en concreto pág. 15, a propósito de la Constitución de la Liga de los Derechos del Niño:

“El menosprecio con que la sociedad suele mirar a los hijos ilegítimos se traduce a menudo en obstáculos insubsanables para disfrutar de ciertos beneficios. Estos obstáculos deben eliminarse a fin que todos los niños cualquiera sea su condición de nacimiento, tengan las mismas oportunidades de progreso social, y ello sino es una de las aplicaciones de la democracia, que no exige al individuo, para su actuación en la sociedad, otros requisitos que sus condiciones personales de inteligencia y capacidad”.

²³³ Ministerio del Interior. (09 de septiembre de 1942) Nueva estructuración de los servicios de la Administración Pública (D.F.L 6-4.817). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=3701> (Consultado el día 17 de enero del año 2017).

²³⁴ Ministerio de Justicia. (31 de octubre de 1942) Refunde diversos servicios en la Dirección General de Protección a la infancia y Adolescencia. (D.F.L 20-1.412). Recuperado de: <https://books.google.cl/books?id=5ckK0c6JzdsC> (Consultado el día 29 de enero del año 2017).

La Ley N° 11.051²³⁵ estableció el pago de la asignación familiar, directamente, a la mujer casada, obrera y cuyos hijos vivieran con ella. Llama la atención que la ley estableciera tal beneficio respecto, solamente, de la mujer legítima, es decir, casada, e hijos legítimos y adoptivos. En cuanto a la madre ilegítima o natural se estableció el pago de tal asignación respecto a los hijos que vivieran con ella, no existiendo ningún reconocimiento y derecho, de aquellos que no nacieron dentro del vínculo del matrimonio.

En este periodo un referente importante en la conciencia nacional fue el nacimiento de las Naciones Unidas²³⁶. Lo anterior es considerado un hecho relevante y con influencia directa dentro del ordenamiento jurídico en materia de menores, ya que existieron requerimientos, por parte de las Naciones Unidas en temas de maltrato y abandono, respecto de este estrato de la población, que Chile debió recoger y legislar sobre la temática.

Consecuencia de lo anterior, una fecha que reviste especial importancia la constituye el 03 de marzo del año 1961 en la cual nacen los Juzgados de Letras de Menores en nuestro país, incorporándolos al Poder Judicial, regidos por las disposiciones establecidas para los Juzgados de Letras de mayor cuantía.

Dichos órganos se crean mediante la dictación de la Ley N° 14.550²³⁷ como órganos especializados en la atención de menores desvalidos, abandonados y delincuentes, existiendo una evidente confusión y equivalencia de materias que no apuntaban a una protección integral de los menores de edad, sino más bien a conductas que implicaban un peligro para la sociedad²³⁸. Sin embargo, lo esperable, era establecer conductas como consecuencias de crisis familiares que requirieran ayuda y protección, por parte del Estado, especialmente, de los más débiles.

²³⁵ Ministerio del Trabajo y Previsión Social (18 de noviembre de 1952) Dispone el pago de asignación familiar directamente a la mujer (Ley N° 11.051).

²³⁶ El Estado de Chile fue uno de los 51 miembros originales que firmaron la carta de San Francisco el 26 de junio de 1945, ingresando como Estado miembro el 24 de octubre de 1945.

²³⁷ Ministerio de Justicia.(03 de marzo de 1961) Crea los Juzgados de Letras de Menores y modifica las leyes que señala (Ley N° 14.550) Recuperado de: www.leychile.cl (Consultado el día 18 de enero del año 2017).

²³⁸ Como lo sostenía Del Rio, R, en “Explicaciones de Derecho Penal. Tomo primero. Denominaciones, Definiciones, Naturaleza y Objeto del Derecho penal”, Santiago, Chile, Nascimento, 1949, en concreto pág. 293. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/36463357/Derecho-Penal-Tomo-i-j-r-Del-Rio> (Consultado el día 29 de enero del año 2017), al establecer que:

“Es una forma de reacción social respecto de determinadas personas, dentro de una idea de amenaza, o retribución, una especie de defensa social y de readaptación humana”.

En cuanto al procedimiento se diferencia en asuntos contenciosos donde son aplicables las reglas del procedimiento sumario (con modificaciones) y los no contenciosos, en que se dictan las resoluciones, con conocimiento de causa, por parte del juez. Entre las materias propias del orden civil se encuentra el cuidado de los hijos, visitas, alimentos y autorización para salir desde Chile al extranjero de los menores de edad. No obstante lo manifestado, se hace necesario reconocer que desde su nacimiento la justicia de menores, en Chile, no tuvo la prontitud, eficiencia y especificidad que requería la naturaleza de tales materias y contiendas que se entregaban a su conocimiento y fallo.

El número insuficiente de juzgadores y falta de personal calificado, atentaban contra la celeridad de los procedimientos que eran esencialmente, escritos y donde un comparendo, como trámite esencial, dentro del procedimiento, era celebrado mucho tiempo después de la notificación de la demanda.

Lo anterior, prácticamente, constituía una denegación de justicia, por la tardanza en que se decretaban los alimentos provisorios, en el evento que existiesen resultados positivos en cuanto a notificar válidamente al demandado.

Sin duda el gran avance en la materia se cristalizó con la dictación de la Ley número N° 16.618²³⁹ que vino a sistematizar y refundir la legislación de la época y que sirvió de plataforma a la Ley de Menores, vigente hasta el día de hoy.

Dicha norma se inspiró en la legislación seguida en América Latina, donde se intentó constituir por primera vez, una legislatura especializada y la aplicación de medidas de protección, sin diferenciar las causas de la intervención judicial, ya sea como infractores de ley, ya sea como aquellos que requerían una protección en el ejercicio de sus derechos vulnerados.

En la época se creó el Consejo Nacional de Menores mediante la Ley N° 16.520²⁴⁰ encargado de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y la organización de las entidades y servicios públicos o

²³⁹ Ministerio de Justicia.(08 de marzo de 1967) Fija el texto definitivo de la Ley de Menores (Ley N° 16.618) Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28581> (Consultado el día 23 de enero del año 2017).

²⁴⁰ Ministerio de Justicia.(22 de julio de 1966) Crea Consejo Nacional de Menores y modifica Ley N° 14.907 (Ley N° 16.520) Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28505> (Consultado el día 30 de enero del año 2017).

privados que prestaban asistencia y protección a los menores en situación irregular.

La ley estableció que el órgano debía propiciar acciones preventivas de las situaciones irregulares de los menores, medidas de asistencia y protección de tales situaciones irregulares y sustitutivas cuando la protección familiar se viera disminuida o no existiera. Unifica de manera definitiva la legislación sobre menores, se encuentren o no, en situación irregular.

Se creó la Policía de Menores, con personal especializado en el trabajo con niños y niñas, la que más que orientada a entregar protección, su finalidad respondía a acciones con caracteres de represión. El artículo N° 26 de la citada norma señala atribuciones de los Jueces de Menores, mezclando y hasta combinando materias propias de lo familiar, con materias propias del orden penal.

Posteriormente, en el año 1979 se dictó el D.F.L N° 2.465²⁴¹ mediante el cual se reemplaza el CONAME por el Servicio Nacional de Menores, en adelante SENAME²⁴², organismo ejecutivo y con presupuesto Estatal que se mantiene vigente hasta el día de hoy.

El Decreto N° 356²⁴³ reglamentó el Servicio Nacional de Menores disponiendo en su artículo 1° que es el órgano encargado de aplicar y ejecutar los planes, normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los menores, de acuerdo al Decreto N° 2.465. En esta primera, etapa el Servicio cumplió una función de reeducación de menores en situación irregular, encargándolo tanto a organismo públicos como privados.

²⁴¹ Ministerio de Justicia.(16 de enero de 1979) Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica (D.F.L N° 2.465) Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6929> (Consultado el día 23 de enero del año 2017).

²⁴² Según la carta de Derechos ciudadanos del Gobierno de Chile, establece que el Sename es un organismo del Estado que depende del ministerio de justicia. Su tarea es contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes y a reinsertar en la sociedad a los adolescentes que han infringido la ley. Se indica que el trabajo del Sename con los niños y niñas, se basa en los derechos que contiene la Convención sobre los derechos del niño. Recuperado de: http://www.sename.cl/wsename/otros/carta_web_v2.pdf (Consultado el día 01 de febrero del año 2017). Sin embargo, actualmente el Sename ha sido cuestionado por las negligencias y abusos que se han detectado ya que la última década han muerto 185 niños que se encontraban en casas de residencias, es decir en protección del Estado.

²⁴³ Ministerio de Justicia. (03 de abril de 1980) Reglamento del Servicio Nacional de Menores (D. N° 356) Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12630> (Consultado el día 02 de febrero del año 2017).

Actualmente, el SEMANE ha reorientado su acción incorporando funciones cuyo propósito es la prevención de conductas que no son consensuadas en sociedad y se ha intentado fortalecer a la familia como una de las vías en la prevención.

En esta época se comenzó a internalizar, lentamente, la idea de educar al menor, sin la necesidad de separarlo de su grupo familiar, más bien de ayudar a fortalecer los lazos familiares, cobrando relevancia la medida de libertad vigilada.

En este punto nuestra legislación asiste al nacimiento de la época en que la justicia de menores se reconoce en el ordenamiento jurídico de nuestro país y donde se acuña la idea que el niño deja de ser objeto de protección, para ser considerado como sujeto de derechos frente a su familia, Estado y sociedad; debiéndose garantizar un debido proceso, con el fin de determinar responsabilidades, en caso de infracción legal, por parte de éstos de acuerdo a su condición.

Se caracteriza por ser un periodo de transición en el cual surge la necesidad de ser superado tal periodo desde lo teórico, jurídico y social. Era abandonando un modelo tutelar de justicia caracterizado fundamentalmente por la ley de menores, siendo desplazado por la tendencia de la protección integral de los derechos de los niños y niñas.

Sin embargo, la llegada del régimen militar provocó una disminución en las políticas públicas y sociales, en todo orden de materias, de las que no estuvo exentas las materias de menores existiendo un evidente retroceso.

El Estado deja de ser protagonista y abandona la administración de las casas de menores las que pasan a manos de privados, a cambio de una subvención estatal. Desde la distancia que otorga el tiempo es necesario indicar que en la época existió un relajamiento en la fiscalización y administración de las políticas implementadas en materia de infancia quedando, prácticamente, radicada tal materia a lo que realizaban los Tribunales de Menores.

3.2 Materias de Competencia de los Tribunales de Menores

A los Jueces de Menores les correspondía el conocimiento de aquellas materias establecidas en el artículo 26 de la Ley de Menores.

Fundamentalmente, en el orden civil, se contemplaban la tuición, visitas, pensiones de alimentos, autorización del menor para salir del país, trámite de discernimiento, emancipación judicial, calificación del disenso,

nombramiento y remoción de guardadores, adopción, confesión de paternidad o maternidad, nombramiento de guardador a menores carentes de bienes, entrega inmediata, entrega de las especies del menor, suspensión de la patria potestad, y resoluciones sobre la vida futura del menor.

De la mera lectura del señalado catálogo se percibe la existencia de materias propias de conductas que responden a personas adultas más que orientadas y pensadas en la defensa de niños y niñas.

En el orden proteccional, tales medidas se encontraban en el artículo N° 29 de la mencionada ley, que establecía, la entrega del menor a sus padres o guardadores, libertad vigilada, entrega del menor a un tercero, en casas de menores. El procedimiento era verbal, sin forma de juicio, debiendo el juez dictar las resoluciones o medidas de protección con conocimiento de causa.

A su vez, el artículo N° 30 de la norma, estableció la facultad del Juez de Menores de aplicar, por hechos que no fueren constitutivos de crimen, simple delito o falta alguna, de las medidas proteccionales que más le convinieran de acuerdo a la irregularidad que presentara el infractor.

Si bien no se especifica que debe entenderse por irregularidad, aquellos menores que padecían de alguna incapacidad, en estricto rigor, no eran infractores de ley, no solicitaban pensión alimenticia ni tuición ni ningún requerimiento de competencia de la judicatura, sin embargo, ante la nula respuesta del sistema eran puestos a disposición del Tribunal a fin que les entregara la protección que requerían, concluyendo que los menores con problemas de aprendizaje u otro tipo de irregularidades necesitaban protección, más que un tratamiento adecuado para soslayar su incapacidad que no tenía relación con la normativa propia del derecho de menores de la época.

Por su parte, existían materias que no eran de competencia de los Tribunales de Menores debiendo serlo. Acciones de filiación, gestiones relativas a menores que cuentan con bienes, el nombramiento de curadores y autorizaciones para enajenar, materias entre otras que quedaban entregadas a los Juzgados Civiles, lo cual simplemente era un contrasentido.

No resultaba lógico que coexistieran diversos procedimientos, ante juzgados con competencia distinta para dar respuesta a conflictos de una misma familia como ejemplo ello, tenemos la regulación de alimentos, dependiendo de si éstos eran mayores o menores era la competencia de los Tribunales Civiles o de Menores.

De igual forma, representaba un contrasentido que los jueces tuvieran la facultad para autorizar a salir a un menor desde Chile al extranjero y la entrega de sus pertenencias, pero carecían de la facultad para autorizar la venta de sus bienes raíces o para decretar la afectación o desafectación de la declaración de bien familiar, lo cual sin duda representaba un beneficio en el orden familiar y para el menor de edad.

En los juicios contenciosos se aplicaba un procedimiento, fundamentalmente, adversarial, predominantemente, escrito y con un alto grado discrecional, por parte del juez. Se advierte que éste tipo de procedimientos ante los Juzgados de Menores estaba conformado por cinco etapas procesales relevantes: demanda, comparendo de estilo, conciliación, prueba y citación a oír sentencia.

Una crítica de la época estaba dada por las excesivas, disímiles y en algunos casos ausencia de facultades jurisdiccionales otorgadas a los Jueces de Menores. En efecto, dentro de sus facultades, dichos jueces podían, incluso, decretar verdaderas medidas privativas de libertad, respecto de aquellos menores que se encontraban en peligro material o moral; no siendo imprescindible que el atentado material o moral se hubiese consumado, bastando (por las apariencias de los hechos) que revistieran caracteres de seriedad e inminencia para la intervención del juez, no obstante, carecían de la facultad de conocer procedimientos de actos constitutivos de violencia intrafamiliar en donde menores tenían, en muchos casos, la calidad de víctimas directas e indirectas.

De esta forma lo que se pretendía era extender todos los resguardos posibles en cuanto a la vida, salud física, mental y sentido ético del menor que se encontrara, potencialmente, expuesto a sufrir cualquier tipo de peligro. Además, debían cumplir tareas administrativas propias del Tribunal, en forma conjunta, con la de administración de justicia.

Otra de las facultades de los Jueces de Menores consistía en declarar la inhabilidad de uno de los padres o de ambos para la crianza y formación de sus hijos y entregar el cuidado y protección de estos menores a un tercero, teniendo especial preferencia los parientes consanguíneos que se encontraran en condiciones de hacerse cargo de éstos como una forma de resguardarlos de un ambiente familiar perverso.

En caso contrario, el juez de la época, tenía facultades para ordenar la internación de estos niños en casas de acogida o centros de tránsito, mientras se definía su situación futura.

Los Centros de Tránsito eran conocidos como Centros de Observación y Diagnóstico que cumplían, fundamentalmente, una labor de apoyo a los Tribunales de Menores realizando tal labor que servía de base al juez para la decisión del caso.

Muchas de estas medidas que tenían una duración eminentemente transitoria se volvían indefinidas en el tiempo, debiendo pasar los niños gran parte de sus vidas en estos centros, hasta que cumplían la mayoría de edad, debiendo abandonarlos de manera imperativa sin tener las herramientas necesarias para enfrentar la vida fuera del centro; sin familia, sin recursos, y sin un lugar donde vivir, debían enfrentar la vida, prácticamente, solos.

3.3 Trámite del Discernimiento

Mención especial requiere el trámite del discernimiento, materia de competencia del Juez de Menores, para conocer de un procedimiento o examen previo, cuya finalidad era determinar si el menor adolescente entre los dieciséis y dieciocho años de edad, había actuado o no con discernimiento al realizar o tener participación en hechos que revestían caracteres de delito²⁴⁴.

En concreto, si el juez llegaba a la convicción que este sujeto había actuado con discernimiento era sometido al procedimiento penal de adulto sin ningún tipo de diferencias, inclusive si era acreditada su participación y

²⁴⁴ La declaración de discernimiento significaba determinar que su actuar coincidía con uno de los elementos del tipo penal como es la culpabilidad, en opinión de Garrido, M, en "Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito" Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, en concreto pág. 226, "La causal de la minoría de edad es la única que en la culpabilidad no admite graduación, se es o no menor de edad para los efectos de la inimputabilidad", o como lo ilustra Gajardo, S, en "Protección de menores", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1955, en concreto pág. 27, "El discernimiento era la inteligencia del menor y su comprensión del acto delictuoso", es decir, discernir entre el bien y el mal.

Según Miguel Cillero (1994), citado por León, (2001), en "El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño", en Justicia y Derechos del Niño, vol. 1, en concreto pág. 506, la razón por la cual el trámite del discernimiento se había fijado en los dieciséis años, obedecía a que tal edad guardaba concordancia con la responsabilidad civil y el derecho de corrección de los padres que distinguía antes de los dieciséis y después de dicha edad, lo cual se regulaba en el primitivo Código civil de Bello.

En opinión de Ulriksen, G, en "Derecho de Menores" Santiago, Chile, Editorial Jurídica. La Ley, 2003, en concreto pág.31, la institución del discernimiento es un atisbo de la primera etapa en la legislación de menores en nuestro país que no se aviene con la etapa de la protección más integral, existiendo una evidente contradicción entre la legislación del derecho civil y penal, ya que en la primera de ellas existía la posibilidad que, por la mera voluntad del padre, se pudiera encarcelar a un menor, ejerciendo el derecho de corrección respecto a los hijos. No obstante, en la legislación penal, se impone al juez, la obligación de determinar si el menor actuó con o sin discernimiento.

En opinión del mismo autor, en este periodo, tal contradicción, demuestra que el menor no era objeto de protección, por parte del Estado, sino más bien las normas pretendían suplir las falencias de las leyes penales en cuanto a la aplicación de penas a los menores.

resultaba condenado, debía cumplir la sanción en Centros de Cumplimiento Penitenciarios, para personas mayores de edad, junto a otros internos avezados, sin diferenciación alguna.

Por su parte, aquellos adolescentes declarados, sin discernimiento, debían ser juzgados por los Tribunales de Menores, en muchos casos, quedando libres cuando era primera vez que se veían involucrados en actos ilícitos. Si eran juzgados por estos tribunales la judicatura estaba facultada para aplicar medidas tutelares como devolverlos a los padres o a algún familiar, derivarlos a un programa de libertad vigilada o bien ordenaba que los menores permanecieran bajo protección y acogida, en cierto centro dependiente del Servicio Nacional de Menores de la época.

El juez competente, en esta trascendente decisión que, en demasiados casos marcaba la vida de menor, se hacía asesorar para una mejor resolución por informes evacuados por los consejeros técnicos de alguna institución que fuera ordenada por igual magistrado.

Generalmente, los profesionales que confeccionaban dichos informes pertenecían a las áreas de las ciencias sociales, fundamentalmente, sicólogos y asistentes sociales que no tenían la formación jurídica necesaria que requerían los referidos informes.

En muchas ocasiones, abarcaban más de lo requerido y tendían a pronunciarse sobre hechos jurídicamente irrelevantes, sugiriendo la conveniencia o utilidad de imponer medidas privativas de libertad u otras recomendaciones de similar especie, lo que excedía el juicio sobre la capacidad de culpabilidad que supone el examen de discernimiento, es decir, simplemente los culpabilizaban, antes siquiera, de determinar su participación o si se había cometido algún delito, de acuerdo a la teoría del caso.

En el ámbito de la protección, estos informes, al calificar negativamente a la familia de origen del menor, promovían la prolongación de medidas de internación que consistían fundamentalmente, en separarlo de su entorno familiar, por considerarlo perverso, para el normal desarrollo de éste, e incorporarlo a un establecimiento o institución de manera transitoria que albergaba a un gran número de menores en igual condición, todos, bajo una reglamentación común y en muchos casos de edades y realidades muy diversas.

De igual forma, dentro del ámbito de protección, el Juez de Menores podía decretar medidas de carácter residencial como la colocación

familiar que se caracteriza, básicamente, por ser un sistema asistencial que era considerado una manera de suplir las condiciones normales o propicias para el desarrollo de un menor. Consistía, básicamente, en seleccionar a grupos familiares que cumplieran, de manera satisfactoria, roles filiales; todo a cambio de una subvención estatal mensual. Lo anterior, se veía agravado debido a la inexistencia de parámetros objetivos para efectuar las evaluaciones, de manera que ellas se fundaban en apreciaciones personales del evaluador, altamente, subjetivas.

Por su parte, los menores conocían las falencias del sistema las que aprovechaban, a fin que se determinara su falta de discernimiento, internalizando -a cabalidad- el procedimiento y como debían manejarse dentro de él, pasando esta especie de conocimiento popular de niño en niño.

Un ejemplo claro estaba constituido por conocer todas las preguntas y respuestas en la aplicación de los test, herramientas aplicadas casi de manera exclusiva en los informes. Sin duda, la forma en la confección de los informes, sin la rigurosidad necesaria, no era posible medir con la profundidad y seriedad que se requería ante la importancia y sensibilidad de las materias, especialmente si los jueces lo consideraban una diligencia esencial para la decisión que adoptaban y que regía los destinos de los NNA.

Si bien las opiniones de los profesionales, no eran obligatorias para el órgano jurisdiccional llamado a conocer de estos asuntos, las máximas de la experiencia demostraban que en gran cantidad de ocasiones influían casi de manera determinante en lo dispositivo y resolutive del fallo.

De acuerdo a lo manifestado, la historia demuestra que los jueces debieron calificar el grado de discernimiento, quienes exhibían opiniones muy variadas y estaban sujetos a múltiples influencias sociales, políticas y económicas, que inclinaban su criterio, a favor o en contra, en cada caso por resolver.

El destino de un adolescente en factores tan variados y contradictorios raya en lo injusto, era socialmente inseguro y provocaba resultados desfavorables en cada infractor. De tal suerte que es posible afirmar que aquella época el destino del menor quedaba entregado, casi de manera exclusiva, a un informe confeccionado por un profesional que carecía de las competencias necesarias y que en muchas ocasiones ni siquiera se entrevistó con el adolescente, asimismo el destino del adolescente estaba en manos de un juez total y absolutamente influenciado a factores externos, cuya decisión,

por falta de criterios objetivos de evaluación, permitía tal influencia, facilitado por un sistema que admitía tales desventajas.

El Juez de Menores tenía un plazo de 15 días para resolver sobre el trámite de discernimiento, por lo que no recibir los informes técnicos, oportunamente, lo obligaba a prescindir de ellos para resolver lo que no se había podido evaluar ni positiva ni negativamente.

Ante tal panorama, se hace posible distinguir desde la distancia histórica, entre lo que se originaba rutinariamente y lo regulando en el ordenamiento jurídico que se inspiraba en un pensamiento y normativa de protección integral hacia los menores, y lo que efectivamente se ejecutaba en las dependencias de los Tribunales de Menores²⁴⁵.

Vale decir, dicho trámite se realizaba como una especie de evaluación en cuanto al grado de utilidad en la aplicación de la ley respecto a su función de readaptación de los menores en sociedad. Por lo anterior, en muchos de los casos, los menores fueron declarados sin discernimiento como una vía de protección, de aseguramiento a programas de reparación o/y una forma de liberarlo del mundo carcelario lo que social y jurídicamente se transforma en un contrasentido.

3.4 Del llamado Derecho de Menores al Derecho de Familia

Es posible afirmar que en la época de surgimiento del denominado derecho de menores en Latinoamérica y especialmente en Chile, se puede singularizar como un periodo que existe una constante violación a las garantías fundamentales en los derechos de la infancia, adolescencia e incluso en el orden familiar, ello en razón a existir normativa aplicable tanto a adultos y menores a la vez, sin ninguna diferenciación social ni menos aún jurídica.

Un ejemplo que grafica lo anterior conlleva a que adultos y menores debían convivir en recintos penitenciarios, los primeros cumpliendo penas privativas de libertad por la comisión de delitos y los segundos como medidas de protección transitorias amparadas por la doctrina de la situación irregular.

²⁴⁵ Para el historiador Rojas, J, en “Historia de la Infancia en el Chile Republicano 1810-2010”, Santiago de Chile, Junta Nacional de Jardines Infantiles, 2010, el trámite del discernimiento se fue construyendo como una manifestación de mantener viva la doctrina de la época que comenzaba a mirar la protección de los menores de manera más integral, el que se fue entendiendo como un concepto de utilidad social o más bien de readaptabilidad social y no cómo la capacidad racional para distinguir las consecuencias positivas o negativas de los actos.

El periodo se caracterizaba por existir una intervención ilimitada del Estado con la intencionalidad de disponer material, moral e incluso jurídicamente de los menores abandonados o en riesgo en una acción más bien considerada protectora.

Es justamente el Estado a través de los tribunales donde la figura del juez cobraba real significación ya que no sólo debía cumplir funciones jurisdiccionales sino era el encargado de dar solución a los problemas sociales de los menores lo que conllevaba a institucionalizarlos, como una forma de intentar resolver a través de las normas jurídicas las deficiencias del sistema en general.

Sin duda, la normativa nacional se vuelve insuficiente y anacrónica, percibiéndose como poco coherente, características de la legislación que surgía como consecuencia o reacción a la necesidad de ir adecuándola a los Tratados Internacionales que Chile suscribía, con ausencia de principios rectores que la inspiraran, haciéndose exigible de manera imperiosa una nueva legislación en la temática.

Comienza a desaparecer el Derecho de Menores dentro y fuera de nuestras fronteras y se va adoptando el concepto o idea de Derecho de Familia para referirse al conjunto de normas jurídicas que regulan, protegen y organizan las relaciones, principalmente, entre cónyuges y entre padres e hijos, regulándose de igual forma las relaciones que se producen al interior de la familia, al exterior y de ésta con terceros.

Se van considerando diversas relaciones de parentesco que la ley y la sociedad reconocen, como son las llamadas relaciones de familia que cada vez cobran mayor relevancia y son reguladas en diferentes leyes.

La primera manifestación legislativa, innovadora para la época, en reconocer la igualdad y debida protección entre los miembros de la familia, la constituye la dictación de la Ley N° 5.521 en el año 1934²⁴⁶ que iguala a la mujer chilena ante el derecho, donde se reconoce la inminente incorporación de la mujer casada al mundo laboral por lo que se le confiere plena capacidad jurídica para celebrar actos y contratos cuando se encuentre separada total de bienes y se establece un patrimonio exclusivo y excluyente para aquellas mujeres que realizan una actividad profesional con autorización de su marido denominado bienes reservados de la mujer casada en sociedad conyugal. Esta evidente desigualdad jurídica que existía respecto

²⁴⁶ Ministerio de Justicia.(19 de diciembre de 1934) Iguala a la mujer chilena ante el derecho (Ley N° 5.521) Recuperado de: www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25125 (Consultado el día 03 de abril del año 2017).

a la mujer chilena, tiene su origen en el siglo pasado²⁴⁷. Este hecho se ve reflejado en la evolución de los derechos civiles, es posible percibir un trato diferenciado en la legislación de la época, según el estado civil de casada o soltera²⁴⁸.

Otras de las modificaciones relevantes en la normativa chilena, referentes a relaciones de familia se materializa con la dictación de la Ley N° 10.271²⁴⁹, la cual efectúa un intento en mejorar la situación jurídica del hijo ilegítimo y del hijo natural, otorgándole y reconociéndole a éste último mayores y mejores derechos sucesorios, permitiéndole concurrir a la herencia intestada de manera conjunta con los hijos legítimos. En la época se percibe un aumento en el número de hijos ilegítimos lo que conlleva a la preocupación de los efectos que esta condición pueda afectarles en su vida²⁵⁰.

²⁴⁷ Lo que se explica según Klimpel, F, “La Mujer chilena. (El Aporte Femenino al progreso de Chile 1960-1962), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1962, en concreto pág. 46, como una realidad propia de la época de la dictación de los códigos en donde la mujer carecía de una preparación cultural, además de una inexperiencia en el mundo laboral, limitándose a labores, fundamentalmente, domésticas, no obstante la incorporación de la mujer al mundo laboral comenzó aumentar de manera progresiva, básicamente motivado por la falta de mano de obra en la época.

²⁴⁸ Según Lepin, C, en “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación Chilena” (1855-2015), Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho, 2016, en concreto pág. 78. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000100004&lng=es&tlng=es (Consultado el día 11 de septiembre del año 2018), señala que:

“En esta perspectiva, la adquisición de derechos por parte de la mujer, se puede dividir en dos etapas, una ampliatoria de derechos, gatillada por distintas transformaciones sociales, como por ejemplo la necesidad de la incorporación de la mujer al trabajo (1925-1989); y la etapa igualatoria de derechos entre hombres y mujeres presionada por la aprobación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (1989-2013)” Este segundo periodo, se encuentra en desarrollo, persistiendo en el Código Civil chileno privilegios en relación al marido.

²⁴⁹ Ministerio de Justicia (02 de abril de 1952) Introduce diversas modificaciones en el Código Civil (Ley N°10.271) Recuperado de: www.leychile.cl/Navegar?idNorma=26332 (Consultado el día 03 de abril del año 2017).

²⁵⁰ Resulta interesante considerar las causales por las cuales se estima existe en la época un aumento progresivo en el número de hijos ilegítimos, siendo este fenómeno la contracara en el número de matrimonios por población, lo cual presenta el patrón opuesto, es decir, a mayor aumento de hijos nacidos fuera del matrimonio coincide con periodos que los matrimonios bajan fuertemente. Las razones por las cuales existe una disminución de matrimonios obedece entre otras a una precariedad laboral, la alta contribución que cobra el clero por las ceremonias religiosas, razón por la cual la clase baja es la que menos se casa, coincidiendo un aumento en la urbanización de este segmento de población. Ver Díaz, J; Gallegos F; Lafortune, F; “Nacimientos fuera del matrimonio en la historia de Chile: Algunos hechos estilizados” Revista de estudios públicos. Pontificia Universidad Católica de Chile. (2016), pág. 30-50 Recuperado de: www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160621/asocfile/20160621155625/02_diaz_142.pdf (Consultado el día 12 de septiembre del año 2018).

Dicha norma se considera el antecedente a la dictación de la ley N° 19.585²⁵¹ que pone fin de manera definitiva a la desigualdad entre hijos en Chile, otorgando y estableciendo un trato igualitario.

Este reconocimiento igualitario marca el inicio de una nueva etapa en materia de filiación ya que la legislación imperante hasta ese momento resultaba ser del todo discriminatoria, así es reconocido en el mensaje del poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados que da inicio al primer trámite constitucional del proyecto de ley que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación²⁵².

En tal documento se observa sustituir el régimen de filiación en donde se clasifica a los hijos en legítimos o ilegítimos, dependiendo de si han nacido dentro o fuera del matrimonio lo que transgrede el principio constitucional que reconoce y asegura la plena igualdad de todas las personas ante la ley, siendo además contrarias a las diversas convenciones internacionales de derechos humanos de las que Chile es parte.

Indica el referido mensaje que la legislación imperante atribuye consecuencias negativas para los hijos naturales y simplemente ilegítimos en razón de las circunstancias de su concepción, cuestión que no le es reprochable, sino que se basa en el comportamiento moral sexual de sus padres, reconociendo que constituye una discriminación jurídica que ha generado efectos negativos en el ámbito social, cultural y económico. El proyecto de ley pretende la igualdad de los hijos lo que, finalmente, se consigue.

Con la dictación de la Ley N°19.585 en el año 1993, se elimina todo tipo de discriminación entre aquellos hijos nacidos dentro de un matrimonio legalmente constituido y aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio, otorgándoles iguales derechos alimenticios, sucesorios y de representación legal.

Consagra el principio de la libre investigación de la paternidad y maternidad, incluyendo la prueba biológica, estableciéndose como único límite que la prueba testimonial resulta insuficiente para acreditar la filiación

²⁵¹ Ministerio de Justicia (26 de octubre de 1998) Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (Ley N°19.585). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126366> (Consultado el día 03 de abril del año 2017).

²⁵² Historia de la Ley N° 19.585, (10 de agosto de 1993). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/.../HL19585...> (Consultado el día 05 de abril del año 2017).

y en cuanto a las presunciones, éstas deben ser graves, precisas y concordantes para acreditar el hecho²⁵³.

No obstante, de lo indicado surge la interrogante en cuanto a cuál será el valor probatorio que se le otorgue a éstos medios de prueba considerando que en nuestro ordenamiento se considera una prueba tasada, sin embargo, en este caso nada dice por lo que se debe estimar que el juez aplicando los principios de la lógica, máximas de la experiencia y la sana crítica deberá ponderarlos, para lo cual se hace imperioso que considere, necesariamente, el interés superior y el derecho a ser oído del niño o niña. Ello reviste un gran avance en la materia si se considera que en los orígenes del Código Civil no se permitía ningún tipo de investigación en este sentido.

Sólo en el año 1935 a propósito de la dictación de la ley de abandono de familia y pago de pensión de alimentos se establecieron una serie de presunciones, tales como que el hijo ilegítimo reconocido como natural podía pedir alimentos al padre o madre, resultando insuficiente ser hijo y sólo se le reconoce esa calidad en cuanto alimentario de su padre o madre.

Por otra parte, se le otorga la patria potestad a las madres de hijos nacidos fuera del matrimonio con lo cual se viene a reivindicar una gran injusticia respecto de aquellas madres que han solventado todas las necesidades de sus hijos tanto afectivas como materiales, sin embargo, era el padre quien ostentaba la facultad de administrar los bienes del hijo no emancipado a pesar que en muchos casos ni siquiera se conocían.

Sin duda, una de las normas más discriminatorias frente a niños y niñas, la cual era oponible desde su nacimiento, la constituye aquella que establecía que los hijos naturales no tenían abuelos paternos ya que carecían de un padre legal, es decir, aquellos hijos e hijas que se sindicaban como “huachos”, ya que su origen provenía de la ilegitimidad, careciendo de ascendencia²⁵⁴. La eliminación de la norma viene en imponer un trato

²⁵³ En cuanto a la libertad de prueba que consagra la ley, resulta notable en dos aspectos como lo observa Peñailillo, D, “Las Categorías de Filiación y la Investigación de Paternidad” Revista de Derecho, Universidad de Concepción, vol. 24, N°204,1998, en concreto pág.20, “En la aportación y en los medios”. En cuanto a la aportación se escapa a la regla general que las pruebas las aportan las partes, al establecer que el tribunal puede decretarlas de oficio y en cuanto al segundo de los aspectos el autor concluye que no sólo se refiere a los medios de prueba establecidos en el artículo N°1698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil, sino que debe considerarse cualquier medio de prueba que el tribunal considere idóneo para probar la paternidad.

²⁵⁴ Como lo describe la socióloga e historiadora Montecinos, S, en “Madres y Huachos. Alegorías del mestizaje chileno”, Santiago de Chile, Catalonia, 2010, en concreto pág.50.
“El problema de la legitimidad/bastardía, atraviesa el orden social chileno, transformándose en una marca definitoria del sujeto en

igualitario en cuanto a igual origen de hijos e hijas en Chile, considerando la discriminatoria realidad que la sociedad chilena les entregaba hasta ese momento²⁵⁵.

Frente a esa realidad de un estrato de la infancia en Chile hasta entonces absolutamente ignorada, la dictación de la ley que hace desaparecer las diferencias entre hijos sustentada en el vínculo de sus padres ha significado imponer justicia, marcando un referente fundamental en las llamadas relaciones de familia.

En este mismo contexto, y en aras a establecer la equiparidad e igualdad de manera definitiva entre los cónyuges, se dicta en el año 1989 la Ley N° 18.802²⁵⁶, mediante la cual se iguala jurídicamente a los cónyuges, otorgándoles obligaciones y derechos de manera recíproca, estando obligados a guardarse fe, socorrerse, ayudarse mutuamente, debiéndose respeto y protección de manera mutua.

El artículo 2° de la citada ley, suprime la incapacidad de la mujer, estableciendo que si ésta fue incapaz por estar casada bajo el régimen de sociedad conyugal dejará de serlo por lo cual no seguirá requiriendo cómo representante legal a su marido, por consiguiente responderá de sus actos de acuerdo a lo que dispone el artículo N°150 del Código Civil, el cual establece el patrimonio reservado de la mujer casada para quien desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria separados de su marido, considerándose separada de bienes respecto del ejercicio de dicho empleo,

la historia nacional, estigma que continua vigente en los códigos civiles”.

²⁵⁵ En este sentido, el historiador Salazar, G, en “Ser Niño "Huacho" en la Historia de Chile (siglo XIX)”, Santiago de Chile, LOM, ediciones, 2006, en concreto pág. 45, relata en su obra Ser niño "Huacho" en la Historia de Chile (siglo XIX) la difícil realidad que debieron enfrentar niños y niñas de clase baja en Chile cuando eran concebidos fuera del matrimonio. El autor muestra la miseria, abandono, desesperanza, indiferencia y olvido en que se encontraban los niños huachos, quienes no sólo eran representados por aquellos que carecían de una figura paterna sino, además, quienes eran abandonados por la sociedad y su propia familia ante una miseria material, moral y espiritual, quedando prácticamente solos en el mundo. Como lo cuenta el autor:

“Hacia donde podía escapar un niño huacho por 1900, en Santiago de Chile, sino a la calle?... Había que comprenderlo de una vez y para siempre: para nosotros, la vida no consistía en seguir majaderamente las huellas de papá y mamá. No pidamos repetir el ejemplo que nos dan. No tenía sentido construir nada puertas adentro. No con ellos. No allí dentro. Nuestra única posibilidad radicaba en buscarnos entre nosotros mismos, puertas afuera. En construir algo “entre” los huachos, “por” los huachos y “para” los huachos” (p.45)

²⁵⁶ Ministerio de Justicia (09 de junio de 1989) Modifica el Código Civil, el código de comercio y la ley N° 16.618 (Ley N° 18.802). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30179> (Consultado el día 07 de abril del año 2017).

oficio, profesión o industria respecto a lo que obtenga, institución que se mantiene vigente hasta el día de hoy.

Otra ley que pretende la normalización del Derecho de Familia en Chile la constituye la Ley N° 19.335²⁵⁷, publicada en el año 1994 cuyo principal objetivo queda reflejado en la historia de la norma, específicamente, con el trámite que da inicio al proyecto que lo constituye el mensaje del ejecutivo a la honorable cámara de diputados²⁵⁸, al establecer que “Se considera un deber ineludible proponer modificaciones legales que permitan la efectiva vigencia dentro del ordenamiento jurídico chileno, del principio constitucional de igualdad ante la ley referido a la mujer, con la finalidad de establecer el completo respeto a su dignidad ciudadana, y proteger, de ese modo, la estabilidad de la familia”.

La ley establece el régimen de participación en los gananciales donde los patrimonios del hombre y de la mujer se mantienen separados, pudiendo cada cónyuge administrarlos, gozar y disponer cada uno de lo suyo, sin embargo, al poner término al régimen de bienes se debe compensar el valor de las ganancias obtenido por los cónyuges, participando del excedente por mitades. Es decir, al término del régimen se forma una comunidad donde los cónyuges adquieren la calidad de copropietarios y una especie de crédito del cual es titular el cónyuge, respecto de las ganancias, basado en las diferencias que se producen desde el momento que se inicia y se termina el régimen.

Esto surge como una necesidad en cuanto a regular un régimen patrimonial donde se consagre la igualdad de los cónyuges respecto a su contribución en las cargas propias de la familia en proporción a sus haberes lo que anteriormente no era considerado ni menos regulado.

Todas estas iniciativas legislativas no deben sorprender si se considera que la familia ha sufrido profundos cambios, los cuales se ven reflejados en la legislación chilena. Sin duda, un hecho relevante fue la incorporación de la mujer al mercado laboral y la significancia de ello en el equiparamiento de la

²⁵⁷ Ministerio de Justicia (23 de septiembre de 1994) Establece Régimen de participación de los Gananciales y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica (Ley N°19.335). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30702> (Consultado el día 14 de abril del año 2017).

²⁵⁸ Historia de la ley N° 19.335, Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/.../HL19335> (Consultado el día 14 de abril del año 2017).

mujer respecto a su capacidad legal igual a la del hombre al interior del vínculo del matrimonio.

Por otra parte, desde los canones más tradicionales donde la familia se basaba exclusivamente en el matrimonio, vínculo considerado indisoluble y para toda la vida, se pasa a reconocer que existen otros tipos de familias que no se encontraban reguladas por el derecho surgiendo la necesidad de hacerlo.

En este sentido, existen al menos tres hitos relevantes en la materia: la publicación de la ley de matrimonio civil, la cual reconoce y establece el divorcio vincular, el establecimiento en Chile de los Tribunales del Familia en el año 2004 y la dictación de la Ley N° 20.830²⁵⁹ que crea el acuerdo de unión civil.

La dictación de la ley de unión de acuerdo civil representa la culminación de un lato proceso de sensibilización de los órganos políticos y sociales, en razón de que ya que no se podía seguir desconociendo dicha realidad en Chile. La convivencia de parejas del mismo o distinto sexo se encuentra en incremento, lo que tiene como contrapartida una baja sostenida en la celebración de matrimonios en Chile.

Con la norma se intenta regular el efecto jurídico en el ámbito patrimonial de una relación estable y permanente en el tiempo paralela al matrimonio, reconociendo legalmente a los convivientes como una familia y otorgándole el estado civil de convivientes.

Sin embargo, llama la atención que nada se dice respecto a la regulación de los alimentos mayores entre los convivientes civiles ni el deber de fidelidad entre personas de distinto sexo, subsistiendo, de acuerdo a lo establecido en el artículo N° 21 de la norma los efectos de la presunción de paternidad, que se estará a lo dispuesto en el artículo N°184 del Código Civil.

El mencionado artículo establece una presunción de derecho, esto es, de aquellas que no admite prueba en contrario, reconociendo como hijos del marido aquellos que nacen transcurrido 180 días desde la celebración del matrimonio y de igual forma se presume de derecho que fue concebido dentro del matrimonio al hijo que nazca dentro de los 300 días siguientes de la disolución del matrimonio o divorcio.

²⁵⁹ Ministerio de Justicia (21 de abril del 2015) Crea el Acuerdo de Unión Civil (Ley N° 20.830). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1075210> (Consultado el día 15 de abril del año 2017).

De lo anterior, se puede concluir que la norma realiza una equivalencia entre la unión civil con la institución del matrimonio lo cual resulta contradictorio ya que no se reconoce a este tipo de unión legalmente, sin embargo, se le hacen aplicables presunciones propias del matrimonio no indicándose si aquellos niños finalmente tienen el estatus jurídicos de ser hijos de filiación matrimonial o no matrimonial.

Sin embargo, la relevancia de la norma está dada por la modificación al artículo N° 226 del Código Civil que otorga al conviviente civil cierta preeminencia sobre el padre o madre, en cuanto a ejercer el cuidado personal de los hijos cuando los progenitores adolezcan de alguna inhabilidad física o moral.

Sin duda, una temática que se encuentra pendiente tiene relación con aquellos hijos e hijas que son criados, protegidos y educados por convivientes civiles del mismo sexo. En dicha materia se encuentra en trámite una moción de proyecto de ley que pretende regular el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo²⁶⁰. En los antecedentes del citado proyecto se menciona que la comaternidad de mujeres lesbianas y la copaternidad de hombres homosexuales constituyen una realidad en Chile.

En este contexto se menciona el hecho que si bien en Chile desde el año 1998 ya no existen hijos ilegítimos, se mantiene una discriminación puesto que no se reconoce ni protege a las parejas del mismo sexo que crían juntas a hijos e hijas. Se reconoce una desprotección absoluta en cuanto a sus relaciones familiares como el derecho a ser cuidados, protegidos y educados por sus padres o madres, su derecho al nombre y a la identidad, sus derechos alimenticios, previsionales, de seguridad social, hereditarios y derechos patrimoniales en general.

Se establece que el Estado de Chile no les brinda ningún tipo de protección, extendiéndose sobre estos niños una discriminación histórica que se ha ejercido en contra de las personas de diversa orientación sexual.

Finalmente, en el apartado III del proyecto de ley, se menciona que al dictarse la Ley N° 20.830, es reconocido el carácter familiar de la unión civil al establecer el estado civil de convivientes a los contrayentes, no obstante este nuevo estatus jurídico familiar no llegó a consagrar la necesaria

²⁶⁰ Boletín 10.626-2017. Dicho proyecto de ley se encuentra en su primer trámite constitucional que consigna el informe especial de la Comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con niños, niñas y adolescentes. Fue ingresado como proyecto de ley el día viernes 22 de abril del año 2016. Recuperado de: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10626-07 (Consultado el día 20 de mayo del año 2017).

protección de los hijos e hijas que crían estos convivientes de mismo sexo ni son incorporadas entre las personas que de acuerdo a la Ley N° 19.620 pueden adoptar.

Una materia que es comparable y establecida en el pacto de unión civil y la ley de matrimonio civil la constituye la institución de la compensación económica. En cuanto a los requisitos para que proceda tal institución son prácticamente idénticos en ambas normas, la única diferencia la constituye el plazo de seis meses una vez terminado el acuerdo de unión civil para solicitar la compensación, plazo que no se contempla en el divorcio.

Otra de las relevancias de la norma es que cada conviviente civil será heredero intestado y legitimario del otro y concurrirá en su sucesión de la misma forma y gozará de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente, como lo establece la ley, de igual forma el conviviente civil podrá ser asignatario de la cuarta de mejoras. Si la norma en comento es una forma de matrimonio encubierta sólo los actores, jueces, jurisprudencia y sobre todo el tiempo lo revelarán.

Conforme a lo expuesto, es preciso señalar que desde la instauración del Derecho de Menores al Derecho de Familia han habido profundas transformaciones en la sociedad chilena, existiendo para ello una diversidad de razones que dan cuenta de aquel proceso.

Estos cambios no sólo se producen desde el ámbito social sino desde lo jurídico como una manifestación de lo primero, transitando desde el aseguramiento de una familia tradicional, legítima, y constituida sobre la base de la unión matrimonial a reconocer y normar diferentes relaciones de familia distintas al contrato del matrimonio, basadas en un marco de igualdad y respeto mutuo entre todos sus integrantes.

La percepción de estos cambios que continúan en una constante evolución es que se abandona, paulatinamente, un modelo cuyo gran objetivo era moldear lo más significativamente la forma de vida de las familias chilenas de acuerdo a lo que el Estado requería en la época, regulando e interviniendo cuando se producían conflictos familiares a transitar hacia un modelo integral donde existe autonomía de la voluntad de las familias en su andar, desde el interior de la familia en sus proyectos de vida basado en el respeto y la igualdad de sus miembros.

Ello se refleja en la incorporación del proceso de mediación familiar, establecido en el Título V, artículo N°103 de la Ley N° 19.968, proceso prejudicial mediante el cual en materias, de alimentos, cuidado personal y

régimen comunicacional constituye un requisito de admisibilidad de la demanda.

No obstante lo anterior, la ley contempla el hecho que cuando existan las condiciones de realizar un proceso de mediación a pesar que el conflicto se encuentre judicializado se debe privilegiar siempre la vía del diálogo y la comunicación. Ello cobra sentido si se considera que siempre va a resultar más positivo que sea la propia familia la que resuelva sus conflictos a que lo resuelva un juez, es decir, un tercero que no conoce a cabalidad la dinámica familiar y deba decidir por sus integrantes.

Justamente es la autonomía de la voluntad de los participantes el presupuesto más relevante del proceso de mediación familiar ya que son las protagonistas y los encargados de llevarlo a cabo con la ayuda de un mediador que cumple un rol de tercero imparcial sin poder de decisión²⁶¹.

No obstante los beneficios que puede llegar a reportar el proceso de mediación familiar, en resolver conflictos y mejorar la dinámica familiar respetando las decisiones de los participantes, son significativos; toda vez que las confianzas en las relaciones familiares y en las personas que sienten fueron capaces de solucionar sus propios problemas.

El acta de acuerdo de mediación debe ser aprobado por el Juez de Familia, vale decir se origina al interior de la familia y llega al tribunal que lo aprueba cuando dicha acta se encuentra conforme a derecho, otorgándole valor de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales. Ello se explica si se considera que debe existir seguridad jurídica en que los acuerdos arribados por las partes se encuentren en armonía con el ordenamiento jurídico.

Este transitar desde el Derecho de Menores al Derecho de Familia se encuentra aún en proceso, reconociendo que ha sido una de las materias que más profundas transformaciones ha sufrido, existiendo aristas aún pendientes, como por ejemplo el acto del matrimonio entre personas del mismo sexo, la regulación jurídica de los niños Trans, que considere una verdadera inclusión en materia de educación. Recién ahí existirá un

²⁶¹ Como lo señala el juez y profesor Cárdenas, E, en “La Mediación en Conflictos Familiares”, Buenos Aires, Argentina, Lumen, 1998, en concreto pág. 18.

“El mediador o mediadora es un experto en el arte de devolver a las partes su capacidad negociadora, de permitirles que recuperen su posibilidad de gestionar la vida familiar ellos mismos acordando soluciones inteligentes y beneficiosas”.

reconocimiento a toda clase de familia desde la conformación más tradicional hasta la más pluralista de las familias.

En este sentido debe existir una real coherencia entre normas y reformas que regulan las relaciones de familia, todas dirigidas a entregar protección integral a cada una de las distintas conformaciones de las familias y de sus integrantes, las cuales deben ser armónicas con los cambios evolutivos que presenta cada sociedad y sobre todo amparando y protegiendo a NNA.

3.4.1 Adecuación de la Legislación Nacional a propósito de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño

El fenómeno que se produjo en Chile como en todo país de Latino América en que se ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, sin duda decantó en realizar un examen de la legislación interna de cada nación y se transformó en una oportunidad para desarrollar y ejecutar mejoras de la misma²⁶².

En este sentido, el Estado de Chile desde la fecha de suscripción del Tratado Internacional ha realizado intentos en generar las condiciones favorables con la finalidad que exista una adecuación y armonía en la normativa interna considerando el propósito del Tratado que es una efectiva aplicación de la Convención. La interrogante surgen en términos de contemplar si efectivamente existe una adecuación de la legislación interna o bien ha sido la Convención la que ha debido adecuarse a la legislación para su correcta aplicación.

Al respecto, una de las primeras acciones del Estado chileno orientada en ese sentido estuvo conformada por la participación en la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y Desarrollo del niño ²⁶³, cumbre realizada el 30 de septiembre de 1990 en Nueva York.

²⁶² Como lo observa Cillero, M, en “Los Derechos del Niño. De la Proclamación a la Protección Efectiva”, Justicia de Derechos del Niño, UNICEF N° 3, 200, en concreto pág. 50

“La Convención provoca un doble impacto en las legislaciones de menores que estaban vigentes en los distintos países de América Latina. Por un lado sirve de parámetro para evaluar o criticar la legislación interna y, por otro, exige la activación de nuevos mecanismos para asegurar los derechos que ella contempla. Es decir, la Convención es un instrumento para la crítica de las leyes de menores y para la construcción de un nuevo sistema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

²⁶³ Cumbre Mundial a favor de la Infancia (30 de septiembre de 1990) Nueva York U.S.A. Recuperado de: <https://www.unicef.org/spanish/specialsession/about/world-summit.htm> (Consultado el día 28 de marzo del año 2017).

Como consecuencia de tal participación se estableció un plan de acción que estaba orientado a obtener como resultado la aplicación de la Convención y guiar a los Gobiernos, instituciones gubernamentales y no gubernamentales con una serie de medidas nacionales e internacionales relacionadas con la salud, educación y en definitiva otorgar un impulso a los derechos establecidos a favor de la infancia.

Además, se resaltan actividades tendientes al fortalecimiento de la familia y la función de la mujer en la sociedad, destacando que las niñas deben recibir el mismo trato y acceder a las mismas oportunidades desde su nacimiento, al igual que niños y hombres adultos lo que actualmente parece bastante evidente.

Justamente en Chile, un grupo de organizaciones no gubernamentales, en adelante ONGs, meses antes de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, realizaron al interior del país una recolección de firmas con la finalidad que el gobierno militar de la época apoyara la suscripción del documento.

Este movimiento dio origen al Grupo de Apoyo Nacional a la Convención sobre los Derechos del Niño (GAN), quienes elaboraron un conjunto de principios y áreas de trabajo concernientes a la materia, convirtiéndose en un referente importante en el tema de los derechos del niño, especialmente, en el periodo de la transición a la democracia²⁶⁴.

De igual forma y a pesar que un sector del GAN evaluó presentar un informe alternativo, finalmente tuvo una participación activa en la elaboración y redacción del primer informe oficial que Chile presenta al Comité de los Derechos del Niño, siendo incorporado en éste las críticas y observaciones que hicieron dicha ONGS en Ginebra en el año 1992.

La participación de éstas organizaciones no gubernamentales en el proceso de suscripción de la Convención y en la vigilancia, en cuanto a su aplicación, no es una iniciativa aislada ni propia de Chile, por el contrario, siempre jugaron un papel prominente en todo el proceso.

²⁶⁴ Así da cuenta el antropólogo Torres, O & Duarte, K, en “Sentido de Políticas Públicas y Niñez: Niñez, Políticas Públicas y Sociedad Civil. Niñez y Políticas Públicas”, N° 3, 17-45. Recuperado de: www.uchile.cl/.../revista-mad-edicion-especial-n-3-2008-ninez-y-politicas-publicas_3... (Consultado el día 02 de junio del año 2017), al indicar que el gran aporte del GAN, radica en que por primera vez se sensibilizan ciertos espacios y se instala el discurso en la conciencia nacional respecto a la importancia de generar una política pública orientada hacia los derechos de la niñez, lo cual nunca ha dejado de estar presente en la palestra nacional desde aquella época.

En general, son los propios expertos los que conforman el Comité de los Derechos del Niño quienes les solicitaron información pertinente y fiable a las ONGs en razón que los Gobiernos, eventualmente, no entregaran datos suficientes o que dichos datos constituían información confusa o incorrecta. En ese sentido, en cuantiosas ocasiones, proporcionaron informes de manera paralela al Gobierno que contenían información valiosa para el comité y para el proceso de revisión en la aplicación de la Convención²⁶⁵.

Como resultado de esta discusión y como una medida concreta resultó la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño como Ley de la República en el año 1990.

De igual forma, se confeccionó un Plan Nacional de la Infancia que intentaba abarcar los mismos ámbitos que la Convención y se elaboraron estudios que si bien dan cuenta de avances, igualmente, dejan de manifiesto que las políticas públicas no siempre se encuentran orientadas hacia los principios de la doctrina de la protección integral, subsistiendo además una evidente colisión de leyes que se contraponen a la Convención, debiendo superar dichos conflictos no sólo en el orden jurídico sino desde lo legislativo y judicial.

El informe agrega que si bien han existido intentos en la operacionalización en cuanto a la aplicación de la Convención estos no han tenido el impacto esperado en la modificación o ajuste de las políticas públicas respecto a la perspectiva de los derechos de la infancia. Agrega que debe existir una mayor profundización en las uniones entre las organizaciones de la sociedad civil y el Estado, en cuanto al diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas.

Basado en ello nace la necesidad de crear una Política Nacional de Infancia y Adolescencia donde se ejecute una transformación legal, pero también Institucional, la cual se ejecutará años más tarde.

En la misma dirección, orientado a la adecuación de la legislación interna, en sintonía con la Convención, encontramos la dictación del Decreto N° 321 del año 1990²⁶⁶, mediante el cual se crea una comisión intersectorial

²⁶⁵ Ver Guinn & Degerner, en “Derechos Humanos y Discapacidad”, Nueva York, Ginebra, Naciones Unidas, 2002. Recuperado de: <https://books.google.cl/books?isbn=9213540744> (Consultado el día 03 de junio del año 2017).

²⁶⁶ Ministerio de Justicia (05 de diciembre de 1990) Crease en el Ministerio de Justicia una comisión Intersectorial Asesora para estudiar y proponer las iniciativas y acciones necesarias para lograr una mejor integración social de los menores en situación de riesgo, desprotección y/o problemas de conducta (Decreto N° 321). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5979> (Consultado el día 28 de marzo del año 2017).

asesora cuyo objetivo es justamente estudiar y proponer las iniciativas y acciones necesarias en aras de lograr una mejor integración social de los menores en situación de riesgo, desprotección y/o problemas conductuales, siendo uno de los destinos de dicha comisión el estudio y la proposición de las modificaciones a los cuerpos legales respecto a menores que se encuentren en algunas de las situaciones descritas.

Lo anterior queda de manifiesto al establecer que, su propósito es “Estudiar y redactar los proyectos de ley necesarios para dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño” (artículo 2º, N°4).

Sin embargo, no deja de llamar la atención que a diez meses de ratificada la Convención se siga utilizando un lenguaje que denota un profundo arraigo y que es propio de la doctrina de situación irregular, lo que demuestra un real desconocimiento del espíritu de las nuevas políticas en materia de infancia y niñez que se encuentra en implementación fuera de las fronteras, lo que trae como resultado la instauración de una deficiente reproducción al interior del país, comenzando a coexistir dos sistemas de protección, con principios muy disímiles y que en la práctica se confunden.

Mediante la dictación Decreto N°114 del año 2002²⁶⁷ se crea el Consejo de Ministros para la Infancia y Adolescencia, donde se establece la necesidad de contar con la mencionada Política Nacional a favor de la Infancia y la Adolescencia, en adelante PNI, la que tributara a dar cumplimiento a los compromisos asumidos por Chile como resultado de su participación en la Cumbre Mundial a favor de la Infancia y la ratificación de la CDN. El Consejo tiene por función asesorar al presidente en materias propias de la Infancia y Adolescencia.

Sin embargo, desde el año 2000, se había comenzado a trabajar en crear los lineamientos generales en la materia, surgiendo la Política Nacional a favor de la Infancia y Adolescencia 2001-2010²⁶⁸, conforme lo establece el propio documento, pone énfasis en considerar a los niños, niñas y adolescentes según sus atributos y sus derechos frente al Estado, la familia y la sociedad, y no desde sus carencias, ello en concordancia con los preceptos y contenidos de la CDN.

²⁶⁷ Ministerio de Planificación y Cooperación (17 de julio del 2002) Crea Consejo de Ministros para la Infancia y Adolescencia (Decreto N° 114). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=200585> (Consultado el día 29 de mayo del año 2017).

²⁶⁸ Gobierno de Chile. Política Nacional a favor de la Infancia y Adolescencia 2001-2010. Recuperado de: www.oei.es/historico/quipu/chile/politica_infancia.pdf (Consultado el día 29 de mayo del año 2017).

En ese contexto, se declara la conveniencia que la PNI se convierta en un marco orientador y articulador del conjunto de acciones que los actores gubernamentales emprenden y emprenderán a favor de la infancia y adolescencia, reconociendo en cada niño, niña y adolescente un conjunto universal de derechos.

El documento reconoce como principio rector el interés superior, el cual presenta aplicaciones prácticas que deberán recogerse en las reformas legislativas para adecuar el marco jurídico normativo a los contenidos de la CDN y toda acción dirigida a niños, niñas y adolescentes, en resguardo de su mejor interés y de todos los derechos allí establecidos.

Finalmente, en el año 2014 es derogado el Decreto N° 114 mediante la publicación del Decreto N° 21 ²⁶⁹, sin que hayan gestionado cambios profundos, en razón de las funciones para la cual fue creada.

Sin duda, una de las leyes que se dictan en el periodo y que apuntan a favor de la protección a la familia, (considerando que al existir una protección efectiva a éste núcleo que le sirve de seguridad y apoyo, se protege a niños y niñas que forman parte de dicha organización) es la Ley N° 19.949 ²⁷⁰, mediante la cual se regula un sistema de protección social para aquellas familias en situación de extrema pobreza denominado “Chile Solidario”, norma que se encontraba dirigida a la protección de todos los integrantes de la familia que se encuentran en tal situación y con la finalidad de acceder a las redes sociales.

Tales ayudas consistían en apoyo psicosocial, acceso al subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020 ²⁷¹; pensiones asistenciales, otorgadas, mediante el Decreto Ley N° 869 ²⁷²; subsidio al pago de consumo

²⁶⁹ Ministerio Secretaria General de la Presidencia (16 de abril de 2014) Crea Consejo Nacional de la Infancia (Decreto N° 21). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1061265> (Consultado el día 30 de mayo del año 2017).

²⁷⁰ Ministerio del Planificación y Cooperación (05 de junio del 2004) Establece un sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado “Chile Solidario” (Ley N°19.949). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=226081> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

²⁷¹ Ministerio del Trabajo y Previsión Social (17 de agosto de 1981) Establece Subsidio Familiar para personas de escasos recursos y modifica normas que indica (Ley N° 18.020). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29448> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

²⁷² Ministerio del Trabajo y Previsión Social (28 de enero de 1985) (Decreto Ley N° 869) Establece Régimen de pensiones asistenciales para inválidos y ancianos carentes de recursos. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6386> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, regulado en la Ley N° 18.778²⁷³, subsidio pro retención escolar Ley N° 19.873²⁷⁴ entre otras.

Para la concreción de lo anterior existían programas especializados que realizaban un acompañamiento a las familias hacia un proceso de integración social. Dentro de tales intervenciones se encontraba el Programa Puente, dirigido a familias de extrema pobreza que era administrado por las Municipalidades, bajo la supervisión del Fondo de Solidaridad e Inversión social (FOSIS), órgano público que fue creado por la Ley N° 18.989²⁷⁵.

A su vez y de forma paralela se ejecutaba el programa “Abriendo Caminos”, orientado a niños y niñas de familias en que uno o ambos de sus progenitores se encontraban privado de libertad, a cargo del Ministerio de Desarrollo Social, cuyo apoyo estaba orientado básicamente, en el ámbito psicosocial.

Todos estos intentos legislativos que si bien encontraban hacia una adecuación en la normativa, en cumplimiento de la Convención, no generaron los resultados esperados, existiendo ausencia absoluta de una articulación entre órganos intersectoriales que se pudiera identificar como una política de carácter integral a favor de la Infancia en Chile. Muchos de los programas se quedaban sin financiamiento y se encontraban desde su origen condenados a ser modificados, refundidos o bien a desaparecer.

Ante tal escenario y en un nuevo intento de articulación, la norma N° 19.949 fue reemplazada por la Ley N° 20.379²⁷⁶, que crea un sistema intersectorial de protección social e institucionaliza el subsistema de protección integral a la infancia “Chile crece contigo”. Como lo establece la

²⁷³ Ministerio de Hacienda (02 de febrero de 1989) (Ley N°18.778) Ley que establece subsidio al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de agua servidas. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30157> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

²⁷⁴ Ministerio de Educación (29 de mayo de 2003) (Ley N°19.873) Crea subvención educacional pro-retención de alumnos y establece otras normas relativas a las remuneraciones de los profesionales de la educación. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210675> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

²⁷⁵ El FOSIS es un servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es financiar en todo o parte planes, programas, proyectos y actividades especiales de desarrollo social los que deberán coordinarse con los que realicen otras reparticiones del Estado, en especial con el Fondo nacional de desarrollo regional. Así lo define el artículo 7° de la Ley N°18.989, norma mediante la cual se crea dicho servicio. Ministerio del Interior (19 de julio de 1990) Crea el Ministerio de Planificación y Cooperación (Ley N° 18989). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30357> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

²⁷⁶ Ministerio del Planificación (17 de septiembre del 2009) Crea el Sistema Intersectorial de protección social e institucionaliza el subsistema de protección Integral a la Infancia “Chile crece contigo” (Ley N° 20.379). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20379> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

misma norma es un modelo de gestión constituido por las acciones y prestaciones sociales que intentan ser coordinadas por distintos organismos del Estado destinado a la población nacional más vulnerable económicamente. Tiene como misión acompañar, proteger y apoyar íntegramente a todo niño, niña y a su familia con la finalidad de poder acceder a mejores condiciones de vida.

Opera a través de subsistemas, entendiéndolo como un conjunto de acciones y prestaciones sociales que son ejecutadas por diversos órganos del Estado focalizados en familias vulnerables económicamente. Uno de los subsistemas lo constituye justamente “Chile solidario”, que es reorientado en su actuar ahora como un subsistema a favor del nuevo sistema que se comienza a implementar.

No obstante y a pesar de los esfuerzos, se puede constatar una inconsistencia respecto a la respuesta del ordenamiento jurídico, transformándose en una legislación desordenada y poco coherente, donde se creaban y derogaban comités, consejos y comisiones con objetivos y funciones que se superponían entre sí, las que al poco andar se anulaban, pero todos con la única misión, dar cumplimiento a la Convención.

Otro de los intentos legislativos y que mira al interés superior desde los primeros meses de vida de niños y niñas queda de manifiesto recién en el año 2011 con la dictación de la Ley N°20.545²⁷⁷ que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso posnatal parental, viniendo a modificar con ello normas del Código del Trabajo. Con dicha modificación se propende al fortalecimiento de la maternidad, infancia y fundamentalmente el reconocimiento a la familia.

La norma de igual forma viene en reconocer la importancia de la figura paterna, robusteciendo la corresponsabilidad de ambos padres en el cuidado de los hijos, otorgándole permisos, fueros y subsidios que anteriormente eran reservados exclusivamente para la madre. Mismos beneficios gozaran aquellos padres que se encuentren en proceso de adopción del menor, reconociéndose desde la fecha que se le notifique la resolución que se le otorga el cuidado personal del niño o niña.

Precisamente otra de las normas que ha sufrido modificaciones es la Ley N° 19.620 la cual fue publicada en el año 1999, es decir, nueve años

²⁷⁷ Ministerio del Trabajo y Previsión Social (17 de octubre de 2011) Modifica las Normas sobre la Protección a la Maternidad e Incorpora el periodo postnatal parental (Ley N° 20.545). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030936> (Consultado el día 26 de mayo del año 2017).

después de ratificar la Convención, siendo aquella que regula la adopción en Chile.

El Antecedente de la citada norma proviene de la Ley N° 5.343²⁷⁸, publicada en el año 1934 bajo los principios de la antigua doctrina, estableciéndose que sólo se producirá la adopción cuando ésta ofrezca ventajas para el adoptado.

No obstante, al poco tiempo de su vigencia se comenzaron a detectar falencias relevantes, las cuales impedían cumplir el objetivo para la cual fue publicada²⁷⁹, dicha norma fue derogada mediante la publicación de la Ley N° 7.613²⁸⁰ del año 1943.

Sin embargo, con la dictación de la nueva ley no varía considerablemente la situación de la institución de la adopción en Chile ya que el artículo 1° no sólo es una copia de la otra, sino que además se limitaba a reconocer derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado, pero no genera estado civil.

Como una forma de salvar tal omisión en el año 1965 se dicta la Ley N° 16.346²⁸¹ sobre Legitimación Adoptiva, estableciendo que dicho tipo de adopción tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos. Así existían de manera simultánea dos leyes que regulan la institución de la adopción en Chile donde una de ellas tiene por objeto complementar la otra.

En el año 1998 es derogada la ley sobre Legitimación Adoptiva y reemplazada por la Ley N° 18.703²⁸² que dicta normas sobre adopción de

²⁷⁸ Ministerio de Justicia (06 de enero de 1934) Establece los derechos y obligaciones referentes a la adopción (Ley N° 5.343) Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=251437> (Consultado el día 12 de junio del año 2017).

²⁷⁹ Como lo contemplaba ya en dicha época Claro Solar, L, en “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado”, Tomo VII. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978, en concreto pág. 313-314, al señalar que:

“En realidad la Ley N° 5.343 no crea un verdadero vínculo de parentesco entre adoptado y adoptante, no da al adoptante el calificativo de padre ni al adoptado el calificativo de hijo, y desde el principio la ley declara que la adopción no constituye estado civil”.

²⁸⁰ Ministerio de Justicia (21 de octubre de 1943) Establece disposiciones sobre la adopción (Ley N° 7.613). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25604> (Consultado el día 12 de junio del año 2017).

²⁸¹ Ministerio de Justicia (10 de octubre de 1965) Establece la legitimación adoptiva (Ley N° 16.346). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28411> (Consultado el día 13 de junio del año 2017).

²⁸² Ministerio de Justicia (10 de mayo de 1988) Dicta normas sobre adopción de menores y deroga la Ley N° 16.346 (Ley N° 16.346). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30085> (Consultado el día 13 de junio del año 2017).

menores. En dicho precepto se regulan dos tipos de adopciones, simple y plena, siendo esta última que concede al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los adoptantes. No se considera dentro de sus normas el interés superior de NNA, a pesar de encontrarse en vigencia la CDN.

De igual manera, por primera vez se regula la Adopción Internacional como una institución reconocida por nuestra legislación, adaptando sus disposiciones a la Convención que había sido ratificada ocho años antes. Ello producto de una preocupación nacional al tomar conocimiento que un gran número de niños y niñas chilenas eran adoptadas por medios ilícitos.

Con la dictación de la Ley N° 19.620, se introduce dentro de su normativa el principio de interés superior, la norma vino a corregir falencias, salvar omisiones y contradicciones con la antigua normativa sobre la materia y a concordar de manera definitiva la institución de la adopción con la Convención.

Se establece un modelo único de adopción lo que es acorde con las reformas, en materia de filiación, que se producen en Chile, primando el principio de igualdad entre los hijos. No obstante, presenta algunos inconvenientes en su aplicación práctica ya que nada dice respecto a los procesos que se encontraban en tramitación bajo la normativa de la Ley N° 7.613 y N°18.703, básicamente, en entender como equivalentes las resoluciones de declaración de abandono y la susceptibilidad de ser adoptado. Tal inconveniente se da por zanjado con la publicación de la Ley N° 19.658²⁸³, estableciéndose que aquellas causas que hubieren comenzado a tramitarse bajo las normas de las Leyes N° 7.613 y N° 18.703 seguirán bajo dichos procedimientos hasta su completa tramitación y ante el mismo Tribunal que comenzó a conocer de aquellas.

En el año 2000 se dicta el Decreto N° 944²⁸⁴, mediante el cual se aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.620 que legisla respecto de las diferentes funciones legales por las que habilita al SENAME, para desarrollarlas, ya sea, con un carácter técnico y/o como auxiliares de la labor que deben desempeñar los Tribunales de Justicia en la materia,

²⁸³ Ministerio de Justicia (20 de diciembre de 1999) Modifica la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores. (Ley N° 19.658). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=149672> (Consultado el día 13 de junio del año 2017).

²⁸⁴ Ministerio de Justicia (18 de marzo de 2000) Aprueba Reglamento de la Ley N°19.620 que dicta normas sobre adopción de menores (Decreto N° 944). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=161518&idParte=0> (Consultado el día 14 de junio del año 2017).

particularmente, a la mantención de registros, desarrollo de programas de adopción, patrocinio de solicitudes e intervención judicial de carácter pericial.

Tres años más tarde, en el año 2003 entra en vigencia la Ley N° 19.910²⁸⁵ que viene en modificar la Ley N° 19.620, en materia de competencia de los Juzgados de Menores.

Una de las modificaciones más relevantes tiene que ver con la fijación del plazo de sesenta días para retractarse, el padre o madre, de su voluntad de entregar en adopción a su hijo (a), ordenó la eliminación del menor, una vez adoptado, de los registros que mantiene el Ministerio de Educación y la incorporación de su nueva identidad legal; ello, como una clara aplicación del interés superior del niño adoptado, al derecho que sea identificado de acuerdo a su nueva filiación. De igual forma reduce los plazos en la dictación de la sentencia considerando la especificidad de la materia tratada.

A su vez, una de las últimas reformas en la materia, es la dictación de la Ley N° 20.699²⁸⁶ del año 2013, declarándose el día 25 de marzo de cada año el día del que está por nacer y la adopción. De esta forma se reconoce la vida desde la concepción y el respeto tanto a la mujer embarazada y al niño. No obstante, se contempla una menor difusión a nivel nacional y ausencia de mecanismos que incentiven la adopción desde la gestación.

Finalmente, la Ley N°19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales, respecto a la filiación, establece en cuanto al vínculo que pueda establecerse entre adoptante y adoptado, que regirá por la ley respectiva. De igual forma la ley que crea los Tribunales de Familia debió adecuar su normativa a la nueva reglamentación, en cuanto a la adopción.

Sin duda, respecto a la adopción, existe una deuda en torno a lineamientos, criterios, principios y procedimientos encaminados a una reforma integral en la materia, en Chile. Si bien han existido intentos en este sentido, se puede observar que desde el año 2013 se encuentra en tramitación un proyecto de ley, que contiene el boletín N° 9118-18 que da inicio al proyecto de ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile,

²⁸⁵ Ministerio de Justicia (28 de octubre de 2003) Modifica la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores, en materia de competencia de los juzgados de menores (Ley N° 19.910). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=216356> (Consultado el día 14 de junio del año 2017).

²⁸⁶ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría del Interior (02 de noviembre del año 2013) Establece el día de la Adopción y del que está por nacer (Ley N° 20.699). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1055625> (Consultado el día 24 de junio del año 2017).

sin embargo, desde el 8 de octubre del año 2013 se encuentra en el primer trámite constitucional, haciendo presente la urgencia simple.

Dentro de los aspectos que se pretenden reformar, se intenta generar un sistema eficaz, con mecanismos eficientes, plazos acotados y teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño o niña. En ese sentido y con el objeto de dar celeridad al procedimiento se contempla aumentar las causales de adoptabilidad, considerando que actualmente existen en la norma dos causales las que, sin duda, son insuficientes para dar cuenta de las situaciones que NNA atraviesan y son propias de los tiempos actuales, fundamentalmente, en cuanto a la constitución familiar.

Llama la atención una de las causales de adoptabilidad propuestas, la cual se configura por el hecho que un NN se encuentre internado en una Institución por un periodo superior a seis meses, sin causa justificada.

Sin duda, resulta relevante en este sentido las pruebas que se puedan aportar en el proceso lo que viene a salvar el hecho que existen institucionalizados NN sin una causal para ello y todos los efectos negativos que conlleva. Lo anterior debe asimilarse inevitablemente con la época de la doctrina de la situación irregular, propia del derecho de menores, en donde la única respuesta del sistema era la internación, como medida de protección.

Se sugiere la incorporación del concepto de oposición fundada y nace la instancia de la figura de la reapertura de la declaración de adoptabilidad, entendiéndose por ello que los parientes que se opongan al proceso de adopción deberán judicialmente presentar soluciones viables y concretas para el egreso de los niños y niñas.

Por otra parte, aborda una realidad instalada en las familias chilenas en que miles de niños viven con el cónyuge de uno de sus progenitores identificándose como familia. El proyecto de ley recoge de mejor forma este tipo de adopción por integración, figura que si bien se contempla en la norma actual, no recoge las particularidades de la misma.

Como se encuentra planteado el proyecto de ley es posible considerarlo una norma garantista que privilegia la celeridad del procedimiento, por sobre, incluso, los principios rectores. Sin duda, todo buen intento legislativo es valorable, no obstante, que se encuentre aproximadamente 48 meses en el primer trámite constitucional hace que muchas de las reformas propuestas ya se consideren anacrónicas, por lo que más que significar un adelanto en la materia representa un estancamiento en la misma.

A su vez, en el año 2015 el Boletín N° 10.403-18, contempla modificar la Ley N° 19.620 en cuanto a los procedimientos previos a la adopción, modificación que desde el 17 de noviembre del año 2015 se encuentra en el primer trámite constitucional.

En materia de educación, igualmente se puede contemplar el intento en adecuar la normativa interna a la convención. Ello se grafica en la dictación de una serie de actos administrativos y normas que pretenden lograr tal objetivo, no obstante existir una mínima conexión entre ellas. Asimismo, se podría afirmar que no existe una política con características de integridad en materia de educación en Chile.

Uno de los preceptos que intenta englobar los temas más controvertidos como es la calidad en la educación es la Ley N° 20.529 del año 2011²⁸⁷ que establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación parvularia, básica, media y su fiscalización. La norma presenta como objetivo el propender y asegurar una educación de calidad y de equidad en donde todos los NNA tengan las mismas oportunidades de recibir una educación igualitaria.

Si bien la ley intenta asegurar el interés superior de todos los alumnos y alumnas tanto en calidad y equidad, ha sido necesario dictar actos administrativos emanados desde el Ministerio de Educación chileno con la finalidad de establecer el sentido y alcance de los derechos consagrados a favor de éstos.

Al respecto, en abril del año 2017, el Ministerio de Educación chileno publica un documento que denomina “Orientaciones para la inclusión de personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales en el sistema educativo chileno”²⁸⁸.

²⁸⁷ Ministerio de Educación (27 de agosto de 2011) Sistema Nacional de Aseguramiento de la calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización (Ley N°20.529). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1028635> (Consultado el día 29 de junio del año 2017).

²⁸⁸ Ministerio de Educación. (Abril del año 2017) Orientaciones para la Inclusión de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en el Sistema Educativo chileno, en concreto pág. 7. Recuperado de: <http://formacionciudadana.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/46/2017/04/Orientaciones-para-la-inclusi%C3%B3n-de-las-personas.pdf> (Consultado el día 29 de junio del año 2017), estas orientaciones señalan que: “Proponen la construcción de comunidades educativas más heterogéneas e inclusivas que se reconocen, dialogan y aprenden desde las particulares y diferencias de cada una y cada uno de sus integrantes”.

En la misma línea de acción y en igual fecha, la Superintendencia de Educación, a través de un acto administrativo, dicta el Ordinario N°0768²⁸⁹, dirigido a los Sostenedores, Directores y Directoras de los Establecimientos Educativos del país.

El propósito de tal comunicación es, como lo señala el mismo documento, “Asegurar el derecho a la educación de niños, niñas y estudiantes, tanto en el acceso como en la trayectoria educativa, significa atender sus necesidades y diversidades personales y colectivas, creando espacios educativos seguros y respetuosos de su dignidad que favorezcan su desarrollo integral”. En este sentido, menciona la realidad de los niños, niñas y estudiantes trans en los establecimientos educativos del país, indicando que aquellos niños gozan de los mismos derechos que todas las personas sin discriminación alguna.

Desde una observación crítica surge la interrogante en determinar la necesidad que después de seis años se dicten orientaciones para el cumplimiento de una ley vigente, como es la ley de educación, que declara en lo sustancial la igualdad en el acceso al derecho a la educación, más aún si desde el año 2012 se encuentra vigente en el país la norma N° 20.609²⁹⁰ que establece medidas contra la discriminación.

El propósito de esta última norma es instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer el imperio del derecho cada vez que se cometa un acto de discriminación. La misma ley se encarga de indicar la definición de discriminación arbitraria que se sustenta en toda distinción, exclusión o restricción que carezca de una justificación razonable.

Ante este escenario, parece del todo inoficioso dictar orientaciones o cualquier tipo de reglamentación si la normativa es clara en rechazar todo acto de discriminación. La realidad, al parecer es otra, ya que existe en la sociedad chilena una resistencia a integrar aquellos alumnos y alumnas que según la misma sociedad no respondan a patrones normales, identificándolos como gays, lesbianas transexuales, intersexuales y bisexuales.

²⁸⁹ Superintendencia de Educación (27 de abril del año 2017) Establece Derecho de niños, niñas y estudiantes trans en el ámbito de la Educación. Recuperado de: <https://www.supeduc.cl/wp-content/uploads/2017/04/ORD-N°0768-derechos-de-niñas-niños-y-estudiantes-trans-en-el-ámbito-de-la-educación-asostenedores.pdf> (Consultado el día 13 de octubre del año 2017).

²⁹⁰ Ministerio Secretaría General de Gobierno (24 de julio de 2012) Establece medidas contra la discriminación (Ley N° 20.609) Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042092> (Consultado el día 29 de junio del 2017).

Prueba de ello es la interposición de un recurso de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago²⁹¹ cuyo objeto, según el libelo, es restablecer el imperio del derecho y obtener el resguardo de la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política del Estado que se refiere a la libertad de conciencia de los niños, niñas y estudiantes del sistema educativo chileno, solicitando en concreto la no aplicación de ambos instrumentos antes indicados, por ser considerados ilegales y arbitrarios y que excede en su dictación de las atribuciones del órgano de quien los dictó.

Dentro de los argumentos de la recurrente indica que se esta imponiendo poner en práctica normas obligatorias que no se encuentran reguladas en ninguna ley. Se ordena que se adecuen los mismos baños tanto para alumnos trans como no trans a la vez. Igualmente se apremia a tratar a los alumnos transgenero, como estos se sientan identificados ante la sociedad escolar, aunque biológicamente no corresponda a su sexo original, actos que causaran un trastorno serio a sus pequeños hijos al verse obligados drásticamente a cambiar sus creencias ante la sociedad escolar.

Dicho recurso fue rechazado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Dentro de los fundamentos de tal rechazo, se establece que: “Los instrumentos recurridos se han inspirado en una serie de principios que emanan de un concepto integral de los derechos humanos, en que los mismos no se limitan a reconocer y amparar un catálogo de derechos y garantías reconocidos constitucionalmente en forma taxativa, sino que fluyen más allá a partir de todo aquello que propenda a reconocer en su esencia las diversidades de la naturaleza humana y el debido respeto por éstas”. Fundamentando además lo establecido en la Ley N° 20.609 que sanciona acciones de discriminación en contra de las personas, cualquiera sea su condición.

Argumenta que tales instrumentos se encuentran inspirados en el ISN, “El cual alude al pleno respeto de los derechos esenciales del NNA y su finalidad cubre el desarrollo de los potenciales de aquellos y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida”.

Lo que llama la atención es que a través de una acción judicial se otorgue sustento o más bien justifique actos administrativos que vienen a

²⁹¹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Protección, (05 de octubre del 2017) Sentencia Rol N° 39.836-2017. Recuperada de: www.poderjudicial.cl (Consultado el día 13 de octubre del año 2017).

aclarar, interpretar o complementar una ley de la República considerando que el sentido y alcance de una norma se agota en la misma. Más curioso resultan los argumentos de la parte recurrente que responde a una mirada adultocéntrica sin ningún tipo de participación de los reales protagonistas que son los NNA. Al parecer el cambio de mentalidad que responda a los tiempos actuales deben comenzar por sensibilizar a las familias como agente de sociabilización, con acento en los adultos.

Justamente, estimando el mismo derecho a la igualdad, la Ley N° 20.710²⁹² dispone la obligatoriedad del segundo nivel de transición y crea un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor, lo cual se encuentra acorde a lo establecido en los artículos 28 letra a y 29 de la Convención donde se contempla y establece un acceso igualitario a todos los niños en materia de educación.

Dicha norma se encuentra en sintonía con la dictación de la Ley N° 19.876²⁹³ y que corresponde a una reforma constitucional que establece la obligatoriedad y la gratuidad de la educación de enseñanza media. Ella viene en reformar la Constitución Política del Estado de Chile de 1980, específicamente el artículo 19 N°10 que establece las garantías constitucionales al disponer que la educación básica y media son obligatorias, imponiendo al Estado el deber de financiar un sistema gratuito en tal sentido, ello con el objeto de asegurar a toda la población el acceso igualitario.

Para reforzar este objetivo se establece la figura del alumno prioritario y alumno preferente, entendiendo por ellos los que provienen de familias con una situación socioeconómica que dificulte sus posibilidades de enfrentar su proceso educativo de la mejor manera posible y que se encuentren cursando nivel de transición, educación general básica y enseñanza media otorgándole una subvención escolar.

De ello da cuenta la Ley N° 20.248²⁹⁴ que establece una subvención escolar preferente destinada al mejoramiento en la calidad de la educación de

²⁹² Ministerio de Educación (17 de diciembre de 2013) Reforma constitucional que establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición y crea un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor (Ley N° 20.710). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1057032> (Consultado el día 16 de mayo del año 2017).

²⁹³ Ministerio de Educación (22 de mayo de 2003) Reforma constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media (Ley N°19876). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210495> (Consultado el día 25 de junio del año 2017).

²⁹⁴ Ministerio de Educación (01 de febrero de 2008) Establece Ley de subvención escolar preferencial (Ley N° 20.248). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269001> (Consultado el día 25 de junio del año 2017).

los establecimientos educacionales subvencionados que se otorgará a quienes ostenten dicha calidad de alumnos. Sin duda la normativa mira en considerar que todos los NNA tienen el mismo derecho en materia de educación, no obstante se contempla ausencia de mecanismos orientados al resguardo y ejecución de lo establecido lo que obstaculiza su cumplimiento.

Por otra parte la Ley y como una forma de resguardar el interés superior de las futuras madres menores de edad, la Ley N° 19.688²⁹⁵, viene en modificar la Ley N° 18.962²⁹⁶, orgánica constitucional de enseñanza.

La modificación responde en orden a establece el derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales, indicando que la maternidad y la lactancia no constituyen impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos educacionales de cualquier nivel. Con ello se reconoce el hecho que la maternidad no constituye un impedimento, para acceder a la educación y más aún se viene a proteger a la familia y los niños en su primeros años de vida.

En igual ámbito de la educación, surge la necesidad de regular una temática propia de los tiempos actuales como es la promoción de la buena convivencia escolar, ello se ve reflejado en la publicación de la Ley N° 20.536²⁹⁷ que viene a variar otro texto legal, la Ley N° 20.370²⁹⁸ que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Educación que se encuentra vigente en la actualidad.

La reforma tiene por objeto promover la buena convivencia escolar y prevenir toda forma de violencia física o psicológica, agresiones u hostigamientos. Para ello se impone el deber a los establecimientos de crear un Comité de buena convivencia escolar y un encargado de tal convivencia

²⁹⁵ Ministerio de Educación (05 de agosto de 2000) Modifica la Ley N° 18.962, orgánica constitucional de enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales (Ley N°19.688). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=173900> (Consultado el día 25 de junio del año 2017).

²⁹⁶ Ministerio de Educación Pública (10 de marzo de 2000) Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (Ley N°18.962). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30330> (Consultado el día 25 de junio del año 2017).

²⁹⁷ Ministerio de Educación (17 de septiembre del 2011) Sobre Violencia Escolar (Ley N° 20.536). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030087> (Consultado el día 25 de mayo del año 2017).

²⁹⁸ Ministerio de Educación (12 de septiembre del 2009) Establece la Ley General de Educación (Ley N° 20.370). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006043> (Consultado el día 25 de mayo del año 2017).

quien será el responsable de generar actividades que contribuyan al propósito del citado comité. Por una buena convivencia escolar se entiende, la coexistencia armónica entre los miembros de la comunidad educativa que permita un clima propicio para el desarrollo integral de los estudiantes.

Dentro de este marco, es una realidad que no se puede obviar que un gran número de niños y niñas a través del mundo se ven en la necesidad de contribuir económicamente al sustento de sus familias lo que no siempre debe considerarse desde un aspecto negativo.

Muchos trabajos que realizan NNA como aquellos que no implican un desgaste mayor de acuerdo a su capacidad y desarrollo, son estimados adecuados a su capacidad, desarrollo y madurez; los que finalmente contribuyen a adquirir responsabilidades y aptitudes, aportando a su bienestar, el de su familia y el de la sociedad toda.

En este contexto y evidenciando que esta realidad no es lejana en Chile, se hace necesario regular las condiciones en las cuales es lícito la admisión al empleo de los menores de edad, lo cual, sin duda, debe ir aparejado con el cumplimiento de sus obligaciones escolares observando que tanto la educación básica y la enseñanza media tienen el carácter de obligatorias.

Reflejo de lo anterior lo constituye la dictación de La Ley N°20.189²⁹⁹ la cual sin duda viene en recoger el espíritu de la CDN en la materia normalizando las condiciones de NNA en el empleo sin descuidar sus obligaciones escolares.

Se regula que los menores de dieciocho años y mayores de quince años podrán celebrar contratos de trabajo, siempre que no perjudiquen su salud y desarrollo, previa autorización del adulto responsable. Deberán acreditar, además haber cumplido su educación media y básica o bien encontrarse cursándolas, no pudiendo trabajar más de ocho horas diarias.

No obstante, bajo ningún precepto las labores podrán dificultar su asistencia regular a clases o a toda actividad educativa o de formación. Lo anterior es del todo cuestionable si se considera que todo niño debe destinar al menos 8 horas para dormir de manera diaria, más 8 horas de trabajo, se reduce de manera considerable el tiempo diario para realizar otro tipo de actividades como recreación, compartir con la familia, amigos, realizar

²⁹⁹ Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de previsión social (17 de junio del año 2007) Modifica el Código del Trabajo, en lo relativo a la admisión al empleo de los menores de edad y al cumplimiento de la obligación escolar (Ley N° 20.189). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=261579> (Consultado el día 27 de junio del año 2017).

actividades deportivas, culturales etc, entonces se podría considerar que existen dos tipos de niñez, una que pertenece a una primera categoría donde los tiempos y las actividades de acuerdo a su edad se encuentran aseguradas y una segunda categoría que deben cumplir con funciones y roles que no son los más adecuados de acuerdo a su edad.

La Ley N° 20.001³⁰⁰ viene en completar lo precedente, norma que es publicada en el año 2005 al regular el peso máximo de carga humana, la que establece en su artículo N° 211-J una prohibición respecto a menores de 18 años y mujeres, quienes no podrán transportar, cargar, arrastrar o empujar, manualmente y sin ayuda mecánica cargas superiores a los 20 kilogramos.

A su vez y siguiendo con el ejercicio de adecuar la legislación interna a los principios de la Convención, en forma paralela, el Estado de Chile forma parte de las naciones que adoptan el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Los Derechos del Niño relativo a la participación en los Conflictos Armados³⁰¹, el cual entrará en vigor a nivel Internacional el 12 de febrero del año 2002, siendo publicado en Chile en el diario oficial de fecha 17 de diciembre del año 2003.

Al ser ratificado tal instrumento, se declara por el Estado Chileno, y de acuerdo al ordenamiento jurídico interno que la edad mínima que permite el reclutamiento voluntario de personas en las Fuerzas Armadas es de 17 y 18 años, de manera excepcional podrán participar personas de 17 años con las autorizaciones debidas y en los casos que corresponda.

En igual sentido la Ley N°20.519³⁰² viene a modificar las disposiciones de la Ley N°18.314³⁰³ que determina conductas terroristas y fija su penalidad, excluyendo de su aplicación aquellas conductas ejecutadas por personas menores de 18 años.

³⁰⁰ Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de previsión social (05 de febrero del año 2005) Regula el peso máximo de carga humana (Ley N° 20.001). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235279> (Consultado el día 27 de junio del año 2017).

³⁰¹ Protocolo Facultativo de La Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación en los Conflictos armados. Recuperado de: www.dpp.cl/resources/upload/files/.../d880b8c7fcfb03e739bf1ac1b0da4a31.PDF (Consultado el día 24 de mayo del año 2017).

³⁰² Ministerio de Justicia (21 de junio del año 2011) Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad (Ley N° 20.519). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1026712> (Consultado el día 02 de junio del año 2017).

³⁰³ Ministerio del Interior (17 de mayo del año 1984) Determina Conductas Terroristas y fija su penalidad (Ley N°18.314). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29731> (Consultado el día 02 de junio del año 2017).

Igualmente es ratificado el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, documento que entra en vigencia el 18 de enero del año 2002, orientado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente, mujeres y niños y el protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, ambos documentos ratificados con fecha 29 de noviembre del año 2004, mediante Decreto N°342³⁰⁴ del Ministerio de Relaciones de Chile.

De ello da cuenta el Comité de los Derechos del Niño en su sesión del periodo 44°, realizada el 23 de abril del año 2007³⁰⁵, mediante el cual se realiza un examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo N°44 de la Convención, en cuanto al seguimiento de las medidas adoptadas y progresos realizados por el Estado Parte, en este caso, Chile.

La Ley N° 19.927³⁰⁶ viene en materializar la adecuación de la normativa nacional al modificar el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Lo pretendido con tales modificaciones tiene que ver con la protección a la indemnidad de los menores, siendo exigible una tutela jurídica efectiva, donde la voluntad de los mismos cobra poca significación al considerar que lo relevante es el aseguramiento del bien jurídico protegido, en estos casos, su libertad, al igual que su dignidad como persona y como niño o niña.

Otra de las leyes que viene en complementar lo anterior, la constituye la Ley N° 20.207³⁰⁷ del año 2007, norma de artículo único que establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se computará desde el

³⁰⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores (16 de febrero del año 2005) Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada Transnacional y sus protocolos contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Decreto N° 342). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235583> (Consultado el día 25 de mayo del año 2017).

³⁰⁵ CRC/C/CHL/CO/3 de fecha 23 de abril de 2007, pág. 02.

³⁰⁶ Ministerio de Justicia (14 de enero del año 2004) Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil (Ley N° 19.927). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=220055> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

³⁰⁷ Ministerio de Justicia (31 de agosto del año 2007) Establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se computará desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad (Ley N° 20.207) Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=264243> (Consultado el día 27 de mayo del año 2017).

día en que éstos alcancen la mayoría de edad. Esto considerando que el Código Penal chileno al normar el término de la prescripción en su artículo N° 95 establece que comienza a correr desde el día que se hubiese cometido el delito.

De acuerdo a la historia de la ley³⁰⁸, da cuenta que, como se encuentra establecido el término de prescripción impide a quienes han sido violentados sexualmente cuando niños, ejercer la acción penal correspondiente al llegar a la mayoría de edad como una forma de tomar conciencia y afrontar los abusos de los cuales fueron víctimas.

Complementando lo previsto, se crea mediante la Ley N° 20.594³⁰⁹ un registro de inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores. Tal registro –sanción- contempla la inhabilidad absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en el ámbito educacional o que impliquen una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Esto con el propósito de minimizar los riesgos en NNA, la inseguridad de la sociedad en su conjunto y disminuir las tasas de reincidencia. Sin embargo, se advierte muy poca aplicabilidad práctica del registro, ya que no es considerado uno de los requisitos para acceder al servicio público y menos aún existen mecanismos de control y de seguimiento del mismo, limitándose el Servicio de Registro Civil e Identificación, órgano encargado de mantener una sección especial denominada “Inhabilitaciones para ejercer funciones en ámbitos educacionales o con menores de edad” a entregar información parcializada respecto a una única persona y a través de una petición concreta al respecto.

Las causas de ello son variadas, no obstante, se debiera como primera medida, implementar un plan de difusión que conlleve a adquirir conciencia de todos los actores sociales a obtener información de manera pública y sin más trámite, lo que sin duda contribuirá a perfeccionar los canales de control social y acciones de prevención en la comisión de tales delitos.

³⁰⁸ Historia de la Ley N° 20.207. Recuperado de: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20207 (Consultado el día 26 de junio del año 2017).

³⁰⁹ Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Subsecretaría del Interior (19 de junio del año 2012) Crea Inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades (Ley N° 20.594). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?pidNorma=1041136> (Consultado el día 27 de junio del año 2017).

Complementando la normativa legislativa en este sentido, la Ley N° 20.685³¹⁰ viene en agravar penas y restringir beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad, como una forma de extender los periodos de observancia y cumplimiento efectivo de las condenas para quienes incurrir en la comisión de este tipo de delitos, en contra de menores de edad. Considerando lo relevante de los bienes jurídicos protegidos y fundamentalmente, la relación de superioridad o de poder que generalmente, existe entre el agresor y víctima y los espacios de confianza donde ocurren este tipo de delitos.

Por otra parte, contemplando el aumento en el acceso a recursos informáticos propios de la época, especialmente, la herramienta de internet, lo que sin duda trae aparejada significativas ventajas, a la vez se han generado nuevos espacios de amenazas y la comisión de delitos, muchos de ellos dirigidos, especialmente, a los menores de edad.

Como una forma de regular la intimidad de un menor se dicta la Ley N° 20.526³¹¹, que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, modificándose en ese sentido el Código Penal, la Ley 20.084 y el Código Procesal Penal, todos esfuerzos normativos que tienen como propósito adecuar, resguardar y aplicar los postulados de la CDN.

Mediante el Decreto N° 121 del año 2015³¹², se promulga el Decreto Facultativo de la CDN, relativo a un procedimiento de comunicaciones, protocolo que fue proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre del año 2011.

El depósito del instrumento de ratificación, por parte del Estado de Chile, se efectuó con declaración en términos de reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado no cumple con los Instrumentos del que sea parte como la Convención, el protocolo facultativo relativo a la venta de niños,

³¹⁰ Ministerio de Justicia (20 de agosto del año 2013) Agrava penas y registra beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad (Ley N° 20.685). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1053666> (Consultado el día 26 de junio del año 2017).

³¹¹ Ministerio de Justicia (13 de agosto del año 2011) Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión material pornográfico infantil (Ley N° 20.526). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1028636> (Consultado el día 26 de mayo del año 2017).

³¹² Ministerio de Relaciones Exteriores (12 de diciembre del año 2015) Promulga el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un procedimiento de Comunicaciones (Decreto N° 121). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1085142> (Consultado el día 25 de mayo del año 2017).

prostitución infantil, y la utilización de niños en la pornografía y el protocolo facultativo de la Convención, relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Sin embargo, el Estado de Chile se encontraba en deuda, en cuanto a la justicia penal juvenil, manteniéndose vigente al momento de la ratificación de la Convención, la Ley de Menores N°16.618 y los artículos 10 N° 2 y N° 3 y 72 del Código Penal, normativa que obedecía a la doctrina de la situación irregular, bajo la directriz de un sistema tutelar para algunos NNA y derechamente aplicable el sistema penal de adultos para otros, asimilando la amenaza o vulneración de derechos con las infracciones a la legislación penal.

La dictación de la Ley N° 20.084³¹³, viene a establecer un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, la cual de acuerdo a lo normado en su artículo 1° regula la responsabilidad penal de los adolescentes por la comisión de delitos, el procedimiento para su investigación, su responsabilidad, establecimiento de las penas y la forma de ejecutarlas. Considerando al adolescente como sujeto de derecho, el cual debe ser protegido en su desarrollo e inserción social. Por otra parte, la requerida normativa persigue lograr la disminución de la comisión de delitos.

Claramente, dicha norma se encuentra en conformidad con la CDN. Así da cuenta el mensaje del Ejecutivo³¹⁴, trámite que da inicio al proyecto de ley, al señalar que “Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicciones con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional de los Derechos del niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos”, más aún si se observa que el artículo 2° establece el interés superior del adolescente, mediante el cual se dispone que debe primar el reconocimiento y respeto a sus derechos.

No obstante, en el año 2006, mediante la norma N° 20.110³¹⁵ se suspende la entrada en vigencia de la Ley 20.084, por un plazo de dieciocho

³¹³ Ministerio de Justicia (07 de diciembre de 2005) Establece un sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (Ley N° 20.084). Recuperado de: CRC/C/3/Add.18. 22 de julio 1993, pág. 17. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244803> (Consultado el día 16 de mayo del año 2017).

³¹⁴ Historia de la Ley N° 20.084. Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/.../HL20084...> (Consultado el día 18 de mayo del año 2017).

³¹⁵ Ministerio de Justicia (01 de junio de 2006) Suspende la entrada en vigencia de la Ley N°20.084 (Ley 20110). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=250024> (Consultado el día 21 de mayo del año 2017).

meses y se conforma una comisión formada por expertos los que se encargarán de evaluar la implementación de la reforma, debiendo informar el estado de avance a la comisión de constitución, legislación y justicia³¹⁶ y a la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³¹⁷.

La Ley 20.191³¹⁸, establece que la Ley N° 20.084 entrará en vigencia con fecha 8 de junio del año 2007 e introduce necesarios ajustes luego de dos años en que se impone el desafío de aplicar una nueva justicia penal de los adolescentes por infracción a la ley penal.

Las modificaciones que se pretenden implementar están orientadas a modificar las sanciones, sustituyendo las penas contempladas en el Código Penal y leyes complementarias por un sistema de sanciones, estableciendo para ello una escala general aplicable a los adolescentes que pretende la distinción entre la pena a imponer y la pena en abstracto. Ello como una forma de disminuir las diversas interpretaciones en las expresiones consignadas en la ley como “crimen”, “simple delito” o “falta”.

Se clarifica cuál es la pena que debe considerar el juez, a fin de determinar si procede o no la internación provisoria, estableciendo el artículo N° 32 de la Ley N° 20.084, la procedencia de esta medida cautelar cuando la pena en abstracto lo permita.

En el caso de la detención por flagrancia se establecen las garantías que deben ser observadas por los Fiscales y Policía en el tiempo anterior que el adolescente es puesto a disposición del Tribunal el que no puede exceder

³¹⁶ La comisión de Constitución, Legislación y Justicia, es una comisión de carácter permanente de la Cámara de Diputados en Chile, cuya función esta constituida en razón a que los Diputados formulan proyectos de ley que tengan como objetivo reformas constitucionales y modificaciones de leyes entre otras, mociones que desde el orden judicial y constitucional son revisadas por esta comisión. Recuperado de: https://www.camara.cl/trabajamos/Comision_listado.aspx?prmT=P (Consultado el día 20 de mayo del año 2017).

³¹⁷ La comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado es una comisión de carácter permanente del Senado de Chile. en que cinco senadores presentan un proyecto de ley de acuerdo a las temáticas propias de su comisión, dichas mociones deben ser presentadas al plenario del Congreso para su aprobación o rechazo de la totalidad de los Senadores que en Chile suman 50 actualmente. Dentro de las comisiones permanentes de trabajo se encuentra la comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes. La actividad legislativa reciente la constituyen el proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores, el que crea la defensoría de los derechos de la niñez y el que regula los derechos de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo. Recuperado de: <http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=listado> (Consultado el día 21 de mayo del año 2017).

³¹⁸ Ministerio de Justicia (16 de junio de 2007) Modifica la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal (Ley N° 20.191). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=261383> (Consultado el día 21 de mayo del año 2017).

de las 24 horas. Por ello se regula el deber de disponer, directamente, al adolescente a disposición del tribunal, con cierta preferencia en la realización de la audiencia y en presencia de su defensor.

Finalmente, se otorga a SENAME la facultad de celebrar convenios con colaboradores acreditados, en razón de la oferta de los centros semiderruidos de acuerdo a lo establecido en el artículo N° 43 de la Ley N° 20.084, manteniendo la responsabilidad en la administración en este órgano del Estado.

Efectivamente, la Ley Orgánica N° 2.465, que crea el Servicio Nacional de Menores, sufrió una modificación en el año 2005 mediante la publicación de la Ley N° 20.032³¹⁹ dicha modificación se encuentra orientada a generar un nuevo modelo de atención a la niñez y adolescencia a través de la red Sename, de lo cual implica, por una parte, asegurar la existencia de los programas de ejecución de medidas alternativas a la privación de libertad y promover la existencia de recursos con el propósito que éstos sean destinados a asistir en la superación de situaciones que amenacen o violen el legítimo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, especialmente, orientados en salud, educación, vivienda, deporte y seguridad social, entre otros.

Para materializar lo anterior se crean los Centros de Protección Integral del Niño y sus Derechos, los cuales tienen por objetivo facilitar a las familias y a NNA que lo requieran el acceso a programas, servicios y recursos cuando se demande de una protección especial. Por ello se debe entender que sus acciones deben estar orientadas a impedir la separación del niño o adolescente de su familia o de las personas que los tienen bajo su cuidado, aportando recursos si es necesario a fin de impedir tal separación y de esa forma superar la situación que da origen a la misma. La internación de niños y niñas debe ser siempre considerada como la última medida aplicada, por plazos acotados y cuando exista vulneración grave de los derechos de niños y niñas³²⁰.

³¹⁹ Ministerio de Justicia (25 de julio de 2005) Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename, y su régimen de subvención, (Ley N° 20.032). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=240374> (Consultado el día 21 de mayo del año 2017).

³²⁰ Así es manifestado por el Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2017, en concreto pág. 145, estableciendo que:

“La internación de niños y niñas se debiera aplicar como última medida, por el más breve plazo posible y cuando sea indispensable por el interés superior de este, por ejemplo, cuando

En concreto, la orientación que se pretende, esta dada porque la internación sea breve, involucrando a la familia en este proceso en cuanto a su acompañamiento y protección, como una forma de fortalecer la vinculación con su entorno más íntimo.

No obstante, el mismo informe da cuenta que al interior de los centros a cargo del Estado, se constató vulneración de derechos, lo que se traduce en malas prácticas y tratos que denigran y humillan a NNA y que se encuentran institucionalizados por orden de un Tribunal de Familia al haber sido negada su protección en su entorno familiar. Se constata irregularidades y falta de control al no existir mecanismos confiables que permitan detener la vulneración de derechos de los cuales son víctimas NNA al interior de estos centros. Existe una tarea inmediata en subsanar tales irregularidades con políticas públicas preventivas que atiendan a la protección del entorno familiar, evitando que sea el Estado a través de los Tribunales de Familia quien deba otorgarles protección y no continuar vulnerando sus derechos por falta de líneas de prevención que atiendan en este sentido.

Otro de los lineamientos que promueve la reforma esta orientada a la creación de programas, destinados a ofrecer una atención especializada en la promoción de los derechos de los NNA y hacerse cargo de la ejecución de las medidas que no impliquen privación de libertad, cuando así lo ordene un Tribunal, como resultado de una infracción a la ley penal.

Por otra parte, existe una modernización en la red de colaboradores que proveen los servicios subvencionados en cuanto al ingreso al sistema y los requisitos que deben cumplir para concursar en la asignación de recursos, para la ejecución de alguno de los programas, se crean reglamentos y se suscriben convenios, con cada uno de ellos³²¹.

se estén vulnerando sus derechos debido a la imposibilidad de la familia de generar los cuidados idóneos. En estos casos, el Estado debe asegurar las condiciones necesarias para proteger a estos NNA, garantizar sus derechos, y apoyar en sus procesos de desarrollo, sobre todo por las complejidades de la separación de estos de su familia de origen, debiendo tener apoyo en su función cuidadora”.

³²¹ Ver Servicio Nacional de Menores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Gobierno de Chile. Cuenta pública año 2017, en concreto pág. 2. Recuperado de: <http://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/04/CP-SENAME-2016.pdf> (Consultado el día 25 de abril del año 2018) De acuerdo a la cuenta pública del servicio correspondiente al año 2017, éste se define como un órgano que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y tiene como mandato “Ser el organismo encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal”.

Su definición declara que sus funciones se originan desde una protección y promoción orientada a NNA vulnerados e infractores de ley, comparándola, inevitablemente, con la doctrina de la situación irregular, en que la función del Estado era más que de protección, de control social.

El espíritu y el texto de la Convención, rezan de manera muy distinta, ya que, la mirada es, justamente, de generar las condiciones de una efectiva protección, garantizando el ejercicio de los derechos de los NNA, prueba de ello es que no se usa el concepto de vulneración.

Sin duda, uno de los aspectos que es destacado por el organismo es la disminución sostenida de las atenciones, en modalidad residencial, registrándose en el año 2011 un número de 15.309 y en el año 2016 éste alcanzó a 10.437 ³²², la razón de lo anterior, según la institución obedece, justamente, al fortalecimiento de sus programas, especialmente, los denominados cuidadores o Programa Familias de Acogida³²³.

Sin embargo, el mismo documento pone de manifiesto las dificultades en su gestión y administración, lo que dio origen a implementar un plan de acción denominado “Por la Infancia Vulnerada”, que surge con el propósito de otorgar respuesta a la deuda que mantiene el país con la niñez y adolescencia más vulnerable y vulnerada.

En cuanto a las líneas de acción que permitieren hacer frente a la invisibilidad de NNA, especialmente aquellos que se encuentran en un régimen residencial, implicó implementar una de las tareas más complejas como fue identificar la cifra de fallecimientos durante los últimos 10 años, desde el año 2005 hasta el año 2016 lo que arrojó un total de 210 muertes

³²² Servicio Nacional de Menores. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Gobierno de Chile. Cuenta pública año 2016, en concreto pág. 4. Recuperado de: <http://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2017/04/CP-SENAME-2016.pdf> (Consultado el día 22 de mayo del año 2017).

³²³ El programa cuidadores o Familias de acogida tiene por objetivo brindar protección, afecto y atención especializada para reparar el daño de niños, niñas y adolescentes de 0 a 17 años, y de sus hermanos, que por decisión judicial hayan sido removidos de su familia de origen debido a que sufrieron vulneraciones como abandono, violencia sexual u otras formas de maltrato físico y/o psicológico. Es necesario señalar que a estos niños, niñas y adolescentes se les reubica de manera transitoria, por un plazo máximo de dos años, en un entorno familia alternativo mientras se generan las condiciones de vivir al interior de una familia de manera definitiva.

Llama la atención el hecho que sea el mismo servicio quien declara que las familias de acogida quienes resguardan a niños pequeños de 0 a 6 años, satisfaciendo necesidades emocionales de cariño y sentimientos de apego, se les impida iniciar los trámites conducentes a la adopción de ese niño o niña, generando nuevamente sentimientos de abandono cuando se les vuelva a insertar en un ambiente familiar. En ese contexto surge como una necesidad preguntarse si en ese actuar se mira como consideración primordial el interés superior del NNA, si se respeta el derecho a ser oído, o más bien si el sistema vulnera nuevamente sus derechos.

de NNA en residencias dependientes del SENAME, cuyo número de atención varió de 20 mil en el año 2006 a 7 mil en el año 2016³²⁴.

Lo anterior no resiste mayor análisis existiendo una doble realidad, en cuanto a las acciones del Estado chileno en materia de infancia y adolescencia al existir una vulneración constante, invisible pero permitida en los derechos de los NNA, desde el lenguaje agresivo que se sigue utilizando hasta el desconocimiento de la ocurrencia de muertes al interior de residencias que tienen por objeto, justamente, la protección de los derechos de NNA.

La misión tanto de Ministerio de Justicia como del Sename era cautelar y dar protección a NNA en lo cual se fracasó y en donde ambos servicios comparten responsabilidades. Así da cuenta en su informe, la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores en el año 2014.

Agrega el Informe que la indiferencia de la cartera de justicia con la protección de la infancia vulnerable y con las propuestas evaluadas del informe Sename I se refleja en la insuficiente respuesta del Ministerio a las propuestas que perseguían mejorar la labor de protección de la infancia, lo que desencadenó en una realidad que nadie quería escuchar y saber como son las muertes ocurridas al interior de los Centros de la red Sename.

Por ello, resulta fundamental abordar el sistema especial de protección de los derechos de NNA de manera integral y global, debiendo, de manera urgente, realizarse un rediseño en la normativa la cual debe cumplir al menos dos objetivos definidos, por una parte la prevención y protección en el ejercicio de los derechos de NNA y por otra considerar siempre, como prioritario la vida familiar de NNA. Para lo último se deben ejecutar planes y programas de acompañamiento tendientes a que su separación del entorno familiar y la institucionalización deban ser consideradas medidas por parte de los Tribunales de Justicia como última alternativa. Claramente existen falencias en el sistema proteccional en Chile que contribuyen a que no cumpla con los objetivos que fueron considerados³²⁵.

³²⁴ Ver Informe Comisión Especial Investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, Por la aprobación del informe de la comisión investigadora del Sename en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental, 2017.

³²⁵ De estas últimas ideas expuestas son observadas en el Estudio realizado por UNICEF Chile, denominado “Maltrato infantil en Chile”, ediciones Unicef, Andros, 2015, en concreto pág. 61, al señalar que:

La actual ocurrencia de las falencias observadas, resultan inconsistentes en un país que se considera en vías de desarrollo y que dentro de su normativa a ratificada la CDN y una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos tendiente justamente a proteger la niñez y adolescencia en Chile.

Ante tal escenario, la respuesta del Estado fue la inyección de recursos económicos extraordinarios, con la finalidad, de mejorar la calidad de vida de NNA que habitan en los Centros de Protección de Administración directa del Servicio, de acuerdo a lo anunciado por la presidenta de la República de la época, Michelle Bachelet, en el año 2016, lo cual parece del todo insuficiente.

Por otra parte, cuando se comenzaba a conocer esta realidad, en el año 2014 y de acuerdo a lo establecido el Decreto N° 21 se crea el Consejo Nacional de la Infancia, cuya misión es asesorar al Presidente de la República, en la identificación y formulación de toda acción conducente a garantizar, promover y proteger el ejercicio de los derechos de los NNA, en todo nivel. En los considerandos del citado decreto se resalta, nuevamente, la necesidad de una articulación de la protección integral de los derechos de los NNA, identificándolo como una política pública prioritaria.

Por su parte, el Boletín 10.315-18³²⁶ y mensaje de la presidenta de la República 950-363, de fecha 21 de septiembre del año 2015, contiene el proyecto de ley denominado “De Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez”. Actualmente, el mentado proyecto tiene trámite de “suma” urgencia y se encuentra en la comisión especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con NNA y la Comisión de Hacienda, las que después de 24 meses comenzará como parte del primer trámite constitucional, con el análisis del mensaje del Presidente de la República.

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

³²⁶ Cámara de Diputados (24 de septiembre del 2015) Proyecto de Ley (Boletín N° 10.315-18) Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez. Recuperado de: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=10729 (Consultado el día 02 de junio del año 2017).

El proyecto pretende incorporar en el derecho interno un sistema que proteja, integralmente, los derechos de los niños reconocidos en la Constitución de la República, en la Convención y los Tratados Internacionales.

Establece que el objetivo de la ley es que sienten las bases generales del sistema de garantías de los derechos de la niñez, lo que implica reconocer la naturaleza intersectorial de las materias vinculadas a los menores de edad, la vocación articuladora de la institucionalidad y la necesidad de que el enfoque de los derechos de los niños se instale, transversalmente, en los órganos del Estado y la sociedad chilena.

Como se indicó de manera previa una de las actividades legislativas de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado lo constituye la creación de la Defensoría de los Derechos de la Niñez, contenidos en el Boletín N°10.584-07, cuyo proyecto de ley ingresa con el primer trámite constitucional en el mes de marzo del año 2016.

Entre los antecedentes del proyecto es mencionado justamente el acto de ratificación de la CDN y es la base a tal compromiso que asume el Estado de Chile que se debe contar con una legislación que reconozca la autonomía progresiva y la calidad de sujetos de derechos a niños y niñas.

Como se indica en el proyecto las defensorías se definen como magistraturas de opinión y persuasión. Esto último orientada a difundir, promover y defender los derechos de los niños y niñas en el marco de la actuación de los órganos del Estado y de privados que tengan por objeto la promoción y efectividad de los derechos de NN. Lo trascendente de este tipo de Institución es que mantenga su independencia guiándolo sólo en cuanto a sus funciones y atribuciones lo técnico y específico de la materia.

Por otra parte, se hace necesario considerar las recomendaciones que realiza el Comité de los Derechos del Niño, en el sentido de crear un mecanismo independiente que vigile la aplicación de la Convención lo que, claramente, se ajusta a la Defensoría de la Niñez. Actualmente, 22 meses después se encuentra en el segundo trámite constitucional, presentado el proyecto con suma urgencia.

Asimismo, una de las temáticas que ha aumentado de manera preocupante no sólo en el orden social, sino más bien judicial, está relacionada con los actos de violencia intrafamiliar y los NNA. La primera normativa en Chile que regula la los actos constitutivos de violencia

intrafamiliar, es la Ley N°19.325 ³²⁷ que establecía normas sobre procedimiento y sanciones relativos a la violencia intrafamiliar, la que fue derogada en el mes de octubre del año 2005 y reemplazada por la Ley N° 20.066, actualmente, en vigencia.

En su época la dictación de la primera norma significó un avance significativo desde el punto de vista social, representando la opción del Estado de intervenir al interior del grupo familiar previniendo y reprimiendo, desde lo jurídico, la violencia intrafamiliar.

Uno de los aportes significativos estuvo marcado, por conceptualizar de manera jurídica qué, se debe entender por VIF, incorporando por primera vez en la legislación la violencia psicológica.

No obstante y de acuerdo a sus evidentes desventajas existe ausencia absoluta de mecanismos de control en el cumplimiento de las medidas cautelares y las sanciones lo que, evidentemente, genera un sentimiento de desprotección importante en las víctimas y un desincentivo a denunciar este tipo de hechos. Por otra parte, no se considera en calidad de víctima a los ex-conviviendo, al adulto mayor, hecho que fue enmendado en modificaciones posteriores.

Con la dictación de la Ley N° 20.066 se corrigen tales desventajas, ampliando la figura de quiénes pueden ostentar la calidad de víctima. No obstante, se mantiene el nulo seguimiento respecto a las sanciones impuestas a los agresores lo que ha significado que la tasa de femicidios en el país se mantenga y en algunos casos aumente debido a que la percepción de la ciudadanía es que no existe castigo para los agresores.

El concepto de femicidio, si bien denota el hecho de la violencia de género, constituye además una línea de análisis con una connotación marcadamente política ya que mucho de los casos implica una inactividad del Estado frente a la prevención, investigación y sanción en cuanto a su erradicación³²⁸.

³²⁷ Ministerio de Justicia (27 de agosto de 1994) Establece normas sobre procedimiento y sanciones Relativo a los Actos de Violencia Intrafamiliar, (Ley N°19.325). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30692> (Consultado el día 25 de mayo del año 2017).

³²⁸ El concepto de éste término fue acuñado por la Mexicana Lagarde, M, en “El Femicidio en mi vida, hitos, claves, topia”, México D.F, Instituto de las mujeres del distrito federal, 2012, en concreto pág. 95, quien ha sostenido que:

“Existe de manera criminal, el silencio, la omisión, la negligencia y la colusión de autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes. Hay femicidio cuando el Estado no da garantías a las mujeres y no crea condiciones de seguridad para sus vidas en la comunidad, en la casa, ni en los espacios de trabajo de tránsito

Respecto a la temática de violencia intrafamiliar y los niños, niñas y adolescentes, las normas se limitan a otorgarles la calidad de víctimas, no obstante es observable la ausencia de vías o procedimientos judiciales que aseguren el pleno ejercicio de sus derechos en tal calidad.

En efecto, en un gran número de casos que se judicializan en los Tribunales de Familia en Chile, existe un alto porcentaje de niños que son espectadores y víctimas indirectas de dicha violencia, encontrándose rutinariamente inmersos en un entorno familiar, comunitario y social que vive violencia, la cual les afecta y vulnera, careciendo de toda posibilidad de poder manifestarse en ese sentido o bien que el Estado a través del Poder Judicial considere de manera primordial su interés superior, convirtiéndose en una nueva víctima del sistema con consecuencias para su desarrollo y bienestar, lo que sin duda genera efectos negativos en su vida adulta³²⁹.

Muy por el contrario, la normativa se encuentra regulada de tal forma que es la víctima de VIF quien debe probar tal calidad y la forma en que le afecta este tipo de actos en su vida o en su integridad física o psíquica. En cuanto a las sanciones, según la participación en este tipo de causas, existe, mayoritariamente, una derivación tanto de la víctima, victimario y NNA a programas de diagnóstico, evaluación o tratamientos de acuerdo a su rol, lo que parece un contrasentido que, finalmente, todos sean derivados a programas de la red, sin ningún tipo de diferenciación y lo más negativo, sin ningún seguimiento, en cuanto a los resultados de tales derivaciones.

Sin duda, existe una deuda respecto a los NNA en la normativa que regula la VIF en Chile, la cual, simplemente, silencia a los menores de edad y no considera los efectos que ello produce en niños y niñas a corto y largo plazo como es la institucionalización de la violencia y la repetición del patrón de conducta, aumento en la criminalidad, desórdenes psiquiátricos y desadaptaciones psicosociales.

Como una forma de atender lo anterior, en el año 2008 se dicta la Ley N° 20.286³³⁰ que introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la

o de esparcimiento. Más aún, cuando las autoridades no realizan con eficiencia sus funciones”.

³²⁹ Según UNICEF Chile, en “Informe sobre prevención sobre la violencia” 2018. Recuperado de: <http://unicef.cl/web/unicef-alerta-sobre-altos-niveles-de-violencia-intrafamiliar-hacia-los-ninos/> (Consultado el día 16 de octubre del año 2018), el 19,5 de los niños y niñas en Chile en víctima de algún tipo de violencia psicológica, el 25,9 sufre violencia física grave y solo el 29,9 de los niños y niñas no sufre ningún tipo de violencia.

³³⁰ Ministerio de Justicia (15 de septiembre de 2008) Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia (Ley N° 20.286).

Ley N° 19.968 y a otros cuerpos legales, que tiene por objeto una mejoría en los procedimientos tendientes a un perfeccionamiento en la gestión de los Tribunales de Familia, acorde a las materias que conocen.

Específicamente el artículo N° 234 del Código Civil es modificado en términos que se agrega al inciso final y dentro de las facultades de los padres, de corregir a los hijos, toda forma de maltrato físico y psicológico, corrección que deberá ejercerse de acuerdo a la ley y la CDN. Claramente, es una necesidad de los tiempos actuales erradicar toda acción que contemple cualquier tipo de violencia, especialmente, si afecta a NNA.

Por otra parte en el mes de marzo del año 2010 se dicta la Ley N° 20.422³³¹ que Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

En relación a los niños se regula que el Estado es el ente responsable de adoptar las medidas conducentes a asegurar a los niños con discapacidad el pleno goce y ejercicio de sus derechos y a evitar situaciones de violencia, abuso o discriminación cuyas víctimas sean estos niños. De igual forma se asegura una educación especial, con servicios y recursos especializados, con el propósito de asegurar una educación de calidad a niños con necesidades educativas especiales.

Conjuntamente con lo anterior, el artículo N°10, como principio general, señala que en toda actividad relacionada con niños que presenten discapacidad, se considerará de manera primordial su interés superior. De ello surge la necesidad de aproximarse a saber si los Tribunales de Justicia, especialmente, los de Familia, aplican en sus sentencias el mejor interés de niños y niñas chilenos con discapacidad.

A su vez, en el mes de marzo del 2017, el Senado promulga la Ley de maltrato contra niños, discapacitados y adultos mayores, encontrándose en su último trámite antes de su publicación como ley de la República.

Dentro de los antecedentes que da cuenta el Boletín N° 9.279/07³³², se indica que a pesar de las modificaciones en la materia, subsiste un vacío

Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=277775> (Consultado el día 30 de junio del año 2017).

³³¹ Ministerio de Planificación (10 de febrero del año 2010) Establece normas sobre Igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad (Ley N° 20.422) Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20422> (Consultado el día 05 de junio del año 2017)

³³² Cámara de Diputados (20 de marzo del 2014) Proyecto de Ley Boletín N° 9.279 Sanciona el Maltrato Infantil. Recuperado de: http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9279-07 (Consultado el día 01 de junio del año 2017).

respecto a la protección de niños y niñas que contemple sanciones propias y específicas respecto a conductas de maltrato infantil de cualquier entorno y/o persona.

Por lo anterior, se modifica el Código Penal incorporándose un delito específico tipificado como maltrato y abandono de niños y personas desvalidas. Se incorpora, además, una sanción privativa de libertad en reemplazo de las sanciones pecuniarias que se establecían antes de la modificación.

Un tema de actualidad, sin duda, lo constituye la calidad de refugiados de millones de personas a través del mundo. A partir del año 2010 Chile cuenta con un nuevo marco normativo en materia de Refugiados que se encuentra conformado, básicamente, por la Ley N°20.430³³³ y el Decreto N° 837³³⁴ que aprueba el Reglamento de la Ley.

Dentro de los principios que rige la protección de los refugiados se encuentra el de la reunificación familiar en que el refugiado puede solicitar al Estado, el reconocimiento de tal condición como de todos los integrantes de su familia. Considerando aquello, el Decreto N° 837 viene en complementar ciertos principios relacionados con NNA como el reconocimiento de su interés superior.

No obstante, cuando es denegada tal petición y existen hijos nacidos en territorio chileno, les es negado, la nacionalidad chilena, en virtud de la situación irregular de sus padres siendo inscritos como hijos de padres transeúntes lo que, abiertamente, constituye una infracción a la institución de la familia, al interés superior y en definitiva a toda la normativa nacional e internacional en la materia. Lo curioso es que por una parte se dicta una norma que tiene por objeto la debida protección de toda persona en calidad de refugiado y por otra parte se viola tal protección, todo en un mismo ordenamiento jurídico y más aún en una misma ley,

En igual afán de adecuación al sistema normativo chileno existieron mociones parlamentarias que fueron dirigidas en ese contexto, sin tener la suerte de cumplir con su objeto, tal es el caso del Boletín N° 3.792-07³³⁵ que

³³³ Ministerio del Interior, Subsecretaría del Interior (15 de abril del 2010) Establece Disposiciones sobre Protección de Refugiados (Ley N° 20.430). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1012435> (Consultado el día 05 de julio del año 2017).

³³⁴ Ministerio del Interior, Subsecretaría del Interior (17 de febrero del año 2011) Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.430, que Establece Disposiciones sobre Protección a Refugiados (Decreto N° 837). Recuperado de: http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/DTO-837_17-FEB-2011_Reglamento_Refugio.pdf (Consultado el día 05 de julio del año 2017).

contenía el proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia, que fue presentado a la Cámara de Diputados, para su primer trámite constitucional en el año 2005, siendo retirada la urgencia simple dos años más tarde. Igual suerte presenta la tramitación del proyecto de ley N° 8.487³³⁶ que contiene el proyecto de ley que suprime el actual Servicio Nacional de Menores creando dos nuevos servicios de atención a la Infancia y adolescencia, el cual después de dos años se encuentra en el primer trámite constitucional. En éste se establece junto con suprimir el SENAME la creación de el Servicio Nacional de Protección de la Infancia y Adolescencia y el Servicio Nacional de Responsabilidad Penal Adolescente.

El primero dirigido a dar protección especial a niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en sus derechos y el segundo de los servicios tendría a cargo la coordinación de la política pública y la administración del sistema de ejecución de sanciones de responsabilidad penal adolescente creada por la Ley N° 20.084. En el año 2014 se hace presente el trámite de suma urgencia que presenta el proyecto de ley, actualmente sigue sin tramitación.

El Boletín N° 8.911-18³³⁷ que fue presentado a la Cámara de Diputados para su primer trámite constitucional en abril del año 2013, el cual contiene el proyecto de Ley denominada “De Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

Lo relevante del proyecto es que reconoce que la dispersión normativa dificulta la creación de políticas sociales claras y criterios de acción que logren entregar lineamientos precisos sobre el trato que han de otorgarse a NNA. En el mes de agosto del año 2013 se retira la urgencia simple que presentaba el proyecto, manteniéndose son tramitación en la actualidad.

Sin lugar a dudas lo que llama la atención es que cada uno de los proyectos y mensajes presidenciales recogidos previamente si bien dan cuenta de una preocupación sostenida en generar una normativa que

³³⁵ Cámara de Diputados (19 de enero del 2005) Proyecto de Ley. Boletín N° 3.792-07 Ley de Protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes. Recuperado de: <http://www.camara.cl/pley/pleydetalle.aspx?prmID=4183&prmBoletin=3792-07> (Consultado el día 01 de junio del año 2017).

³³⁶ Cámara de Diputados (02 de agosto del 2012) Proyecto de Ley. Boletín N° 8.487 Suprime el actual Servicio Nacional de Menores, creando dos nuevos servicios de atención a la Infancia y Adolescencia. Recuperado de: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?PrmID=8883 (Consultado el día 01 de junio del año 2017).

³³⁷ Cámara de Diputados (30 de abril del 2011) Proyecto de Ley. Boletín N° 8.911-18 Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes. Recuperado de: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=9315&prmBL=8911-18 (Consultado el día 01 de junio del año 2017).

responda a la protección integral de la infancia y adolescencia en Chile, que se encuentre en armonía con la CDN, que mire a niños y niñas como sujetos pleno de derechos, que atienda a su capacidad progresiva y se les considere como ciudadanos partícipes de la sociedad que conforman, éstos no han tenido el impacto que se esperaba ni han cumplido con los objetivos que fueron considerados.

Es evidente que existe un retardo entre el acto de ratificación de la CDN y una adecuación coherente, articulada y sobre todo efectiva de la legislación chilena orientada a la aplicación de la misma, considerando que han transcurrido más de 27 años desde su publicación como ley de la República.

Las razones de lo anterior son múltiples, una agenda política donde la temática no ha sido estimada con carácter de prioritaria o con suma urgencia, donde los estudios que se realizan no consideran plenamente o tienen un enfoque distinto al Tratado Internacional, donde el momento político que se vive sugiere poner en discusión otros temas que son más rentables políticamente.

No obstante, lo que parece más relevante es lo que se observa frecuentemente en los Tribunales de Familia del país, una gran disociación o distancia entre la norma y la aplicación de la legislación al caso concreto. Ello se ve reflejado en muchas de las decisiones judiciales que son adoptadas, las cuales van incluso en contra de la CDN, lo que se visibiliza al existir un mecanismo de seguimiento en su aplicación y control.

Sin embargo, es claro que el gobierno de turno mantendrá un discurso políticamente correcto, generando una batería de proyectos de ley, leyes, mociones, comisiones, consejos todas apuntando a objetivos similares, pero con resultados al menos relativos.

No obstante, este escenario debe ser considerado como una oportunidad en generar las instancias necesarias y definitivas, para ordenar y articular una política integral de la infancia y adolescencia en Chile, donde exista una organización u órgano que dirija las acciones en ese sentido, pero fundamentalmente, debe ser visto como la instancia para adquirir una concientización de la sociedad en cuanto a otorgar el lugar que le corresponde a niños y niñas.

Dicha Política debe estimar acciones dirigidas, al menos, en tres ejes centrales, uno orientado a la prevención y promoción de derechos, un segundo dirigido a la revisión y articulación de la normativa y en tercer lugar

canalizar un sistema residencial que garantice y otorgue un efectivo cumplimiento a los derechos de los niños.

Por otra parte, una de las recomendaciones que ha realizado el Comité de los Derechos del Niño y que aún se encuentra pendiente es modificar o más bien derogar la actual Ley de Menores N° 16.618, ya que representa en su concepción los principios que inspiran la Convención, y no responde a una filosofía propia de la doctrina de la situación integral, dirigida fundamentalmente a aquellos NN que requieren protección especial o que se han visto enfrentados con la justicia.

El cumplimiento de los compromisos asumidos por Chile como resultado de la suscripción de la Convención obliga a que exista un ajuste necesario no sólo en la normativa, sino en todo el entorno judicial. En ese contexto, los Tribunales de Familia en Chile representan una instancia fundamental tanto en la protección como en el seguimiento del cumplimiento efectivo de resoluciones y sentencias dictadas a favor de niños y niñas. Lo contrario significaría una apariencia de justicia lo que no responde a las necesidades de las personas que se entienden más vulnerables.

3.5 De la protección del menor al Interés superior del niño, niña y adolescente

Sin duda resulta improbable el pretender hablar de infancia, conceptualizarla y procurar abarcar todas las categorías de infancias que desde siempre han existido; entre ellas aquella infancia-adolescencia que por razones de conducta o condición social entran en el sistema o red de protección y aquellos sectores que se encuentran excluidos³³⁸.

Lo anterior genera una profunda división en las clases de infancia en que niños y niñas se presentan como aquellos que cuentan con redes de apoyo familiar, educacional y social, encontrándose, por tanto, sus necesidades materiales y afectivas satisfechas y aquellos abandonados, vagos

³³⁸ Como señalaba García, E, en “Legislaciones infanto-juveniles en América Latina”, Modelos y tendencias, Buenos Aires, Editores del puerto, 1991-2004, pág. 118-150, al señalar que: Estos últimos se transformarán en niños, niñas y adolescentes y los primeros en menores. O como lo presenta Muleiro, H, en “Por una Comunicación Democrática de la Niñez y Adolescencia”, Argentina, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2013, en concreto pág. 8.

“Una parte significativa de la niñez es tratada de manera diferente a la “común” o “normal”: la denominada “minoridad”, que es el segmento de niños, niñas y adolescentes, generalmente pobres, que son víctimas de violaciones a la ley o de formas variadas de abandono, o que están acusados de entrar en conflicto con la ley”.

y delincuentes que presentan profundas carencias y por tanto, sus necesidades básicas insatisfechas³³⁹.

Observando esta forma de interpretación, la legislación relativa a menores de la época, se encontraba orientada, especialmente, a estos últimos, para quienes la judicialización de sus problemas conductuales y sociales parecía ser la única solución, cobrando relevancia la figura del juez, quien ostentaba la potestad de declarar en situación irregular o abandono a un menor sin parámetros claros ni definidos, debiendo actuar, prácticamente, como un buen padre de familia³⁴⁰.

Esta ambigüedad para determinar que un menor requería la intervención estatal vulnera todo principio de legalidad y el más básico de todos ellos, como es ser sometido a un debido proceso, no obstante la estructura responde con igual solución tanto a problemas sociales y penales en que se encuentren involucrados los menores, privándolos de libertad por tiempo indeterminado y por causas que no eran del todo claras.

Lo anacrónico del sistema requería con urgencia una nueva relación entre el Estado, Tribunales de Justicia e infancia y adolescencia ya que se tornó absolutamente insuficiente internar a los menores como única solución a cualquiera de los problemas que presentaban.

La entrada en vigencia de la CDN marca un hito trascendente en materia de protección infantil y un cambio de paradigma desde lo social y jurídico, se inaugura una nueva etapa³⁴¹.

³³⁹ Así lo describe Buaiz, Y, en “La Doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones”, 2003, en concreto pág. 2 Recuperado de: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/.../dereninezu_nicef.pdf (Consultado el día 4 de mayo del año 2017).

“El paradigma tutelar divide a la infancia entre quienes tienen y pueden y los que no, sometiéndolos a un tratamiento diferencial, sujetos a la “beneficiencia” protectora, los excluidos de oportunidades sociales, con una progresiva imposición de reglas que criminalizan su situación de pobreza, tomando como objeto de derecho, las diversas situaciones de hecho adversas, para responder como una especie de marcaje jurídico a la aproximación del ser, desmoronando su condición humana, al someterse a la institucionalización (léase internamiento y privación de libertad). Serán pues los confinados de la sociedad todos aquellos niños que al presentar ciertas características (que más bien condiciones), sociales se les tutelarán con la represión judicial e institucional”.

³⁴⁰ Lo que García Méndez caracterizaba como un juez encargado de resolver “paternalmente” las deficiencias del sistema. Ver “Justicia y derechos del niño N°1. Infancia, ley y democracia. Una cuestión de Justicia”Unicef Chile, Santiago de Chile, 1999.

³⁴¹ Esta nueva etapa Beloff, M, la define en “Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano”, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 2009, pág., 50-80 como la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Reseña la autora que esta nueva

Como consecuencia de lo anterior, los niños y niñas comienzan a ser definidos y considerados como sujetos plenos de derechos, reconociéndoles aquellos derechos de los cuales son titulares los adultos, además, de aquellos particulares, por tener la condición de niños.

Con esta nueva mirada, no se trata de seguir protegiendo a la persona del menor, que el mismo sistema lo consideraba y declaraba en situación de riesgo o abandono para luego protegerlo. Dicho actuar era propio de la doctrina de la situación irregular, ahora la mirada era garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de todos los niños, por lo que esta nueva concepción pretende el respeto, reconocimiento y promoción de derechos, negando su vulneración, violación y restricción.

No obstante, lo que puede llegar a representar la CDN, en una sociedad determinada, sin un marco normativo con rigurosos mecanismos de exigibilidad, políticas públicas, sociales y fundamentalmente, la conciencia social de la protección integral es, simplemente, un buen intento de la comunidad nacional e internacional en reconocer los derechos de la infancia.

Ello significa una obligación a las legislaciones internas de los Estados que la suscriben a que sean revisadas, con la finalidad que se produzca una adecuación y operativización a la forma de relacionarse jurídica y socialmente con la CDN³⁴². Para la intervención del Estado, dejan de ser relevante las condiciones personales del niño, niña o adolescente siendo de importancia su conducta concreta y no una potencial infracción a la ley.

concepción se construyó no sólo a partir de la CDN, sino de instrumentos regionales, nacionales y universales de protección a los derechos humanos que representaban el sentir de la comunidad internacional. Advierte que no es posible dar una definición acabada de protección integral, estimándola una noción abierta en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares de protección. Concluye la autora que la CDN implica en América Latina un cambio radical, desde el punto de vista jurídico, político, histórico y especialmente cultural, generándose la oposición de dos grandes modelos para entender y tratar la infancia en una misma época lo que no estuvo exento de inconvenientes.

³⁴² La promulgación de la CDN, representa el inicio de la retirada de los principios de la doctrina de la situación irregular, particularmente, en dos aspectos, como lo manifiesta Baratta, A, en "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y adolescencia. A propósito del estatuto del niño y del adolescente de Brazil", Universidad de Zulia, Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Instituto de Criminología, vol. 23, N°5, 1995, pág. 50-100. Recuperado de: www.corteidh.or.cr/tablas/r17263 (Consultado el día 20 de marzo del año 2017). Señalando que, al poco andar de la promulgación de la Convención; el niño y el adolescente ya no son objeto de compasión y de represión, sino que comienzan a ser considerados sujetos de derechos, y se acaba con la confusión entre abandono y conducta irregular separando las competencias que, anteriormente, eran confundidas en las áreas del derecho penal y administrativo.

En este sentido indica el autor, se instaura con la entrada en vigencia de la Convención una competencia para la gestión de las medidas de protección al igual que una competencia de jurisdicción para la decisión de las medidas socio-educativas con la cual se responde a la protección de los adolescentes delincuentes.

Otra situación que permitiría dicha intervención es en aquellos casos donde existe vulneración o amenaza en el ejercicio de los derechos y por lo tanto la respuesta del sistema debe ser el restablecimiento de la protección a tales derechos y no la represión de los mismos.

Con esta nueva mirada desaparecen expresiones como, “en riesgo”, “peligro material o moral”, “en abandono”, comenzando a adoptar conceptos como interés superior del niño, niña y adolescente, derecho a ser oído, entre otros.

Según la UNICEF ³⁴³ es posible distinguir al menos dos etapas de ajuste o adaptación de los Estados a la Convención en América Latina, lo que implica un abandonar el espíritu del Derecho de Menores que siempre se había encontrado vigente para comenzar a adoptar principios que son considerados rectores por la Convención.

Establece que, la primera de las etapas corresponde a la denominada - de la transición de los modelos- desarrollada entre los años 1979 a 1989, representando una fuerte continuidad con el proceso técnico, aséptico y relativamente cerrado de la redacción de la convención, introduciéndose de este modo, después de 70 años de vigencia, de un modelo en apariencia protector, aunque en realidad, decididamente criminizador de la pobreza, otro nuevo reto que venía a alterar el panorama jurídico-cultural de las relaciones, por una parte, de la infancia de los -menores- con las instituciones y, en general, de la infancia con el mundo de los adultos.

La segunda de las etapas, declara la UNICEF da comienzo al proceso de reformas de las leyes y códigos de la niñez en América Latina, para adaptarlos a los estándares y principios de la Convención.

Para muchos países de la Región los procesos de redacción y aprobación de leyes de infancia en el contexto del nuevo modelo se convirtieron en movimientos de participación popular, significando avances no sólo en el reconocimiento jurídico de los derechos, sino en la institución de nuevos mecanismos de exigibilidad de los mismos.

En Chile, un hito relevante es esta dirección se genera después de 14 años de ratificada la CDN, esto es, en el año 2014 cuando se crean los Tribunales de Familia mediante la publicación de la Ley N°19.968.

Esta norma, ya basada en la reglamentación Internacional y especialmente en la Convención, transformó completamente la mirada

³⁴³ Ver en, UNICEF, “La Convención sobre los Derechos del Niño Quince años después”. Recuperado de: https://www.unicef.org/lac/cdn_15_anos_Espfull.pdf (Consultado el día 06 de mayo del año 2017).

respecto a los menores judicializados y la tramitación de toda causa judicial en que se ve involucrado un menor de edad³⁴⁴. Su gran objetivo es que se transforme en un Tribunal especializado que recoja, conozca y juzgue todos los conflictos originados en las relaciones de familia.

No obstante, se puede apreciar la existencia de un vacío en el sistema jurídico, respecto a normas que protejan, ciertamente, a los NNA en situaciones de crisis. En efecto, la normativa en su conjunto está orientada a resolver situaciones que afecten a las relaciones de familia cuando hay una disruptiva familiar, sin embargo, este hecho tiene consecuencias en todos los miembros que la componen, pero, sobretodo, en los que se encuentran en desarrollo, para los cuales el sistema no genera una respuesta.

3.6 Los Tratados Internacionales ratificados por Chile en la materia

Desde una mirada general se observa un elevado número de Tratados Internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno chileno que han sido ratificados y que se encuentran vigentes, muchos de ellos dicen relación con el reconocimiento y protección a los derechos de niños y niñas chilenos.

Aproximarse a conocer los Tratados Internacionales vigentes en Chile sobre materia de Infancia y adolescencia, es una necesidad y se convierte en una obligación. En razón del valor que asigna en la legislación chilena, equiparándolos a Ley de la República y por ende considerando la obligatoriedad de los mismos. Justamente una de las forma que tiene un Estado de materializar su compromiso en el orden internacional es a través de la suscripción de un Tratado Internacional, lo cual constituye una primera aproximación en cuanto a su ejecución.

Otra de las etapas es fortalecer los marcos legales e institucionales en el orden interno adecuándolos a los estándares normativos internacionales, los que de manera progresiva deben ser reforzados y adaptados a los principios que reza cada uno de los TI, ésto como una forma de dar respuesta eficaz y eficiente no sólo a la comunidad internacional sino frente a su propia población.

En materia de Infancia y adolescencia, tales Instrumentos Internacionales constituyen un reconocimiento a las diferencias naturales

³⁴⁴ Ver en Castro & Salinas, Concepción Nieto Coordinadora. “La Intervención con menores en desprotección y conflicto con la ley”, Chile. En *La Intervención comparada con menores y desprotección con la ley*, Madrid, España, Dykinson, 2016, pág. 100-130.

que deben existir entre la legislación que rige a los adultos y los NNA, esto con criterios objetivos orientados a una protección global más que normas proteccionistas y paternalistas propias de los años 70, las cuales fueron, supuestamente, abandonadas en cuanto a su aplicación.

Así, encontramos que desde el año 1921, Chile ha suscrito TI con miras a compatibilizar la legislación nacional con los principios de la comunidad internacional propia de cada época.

Uno de los primeros TI aprobados se remonta, justamente, al año 1921, mediante la publicación de la Ley N° 4.142³⁴⁵, que es ratificada la Convención Internacional sobre trata de Mujeres y Niños, suscrita en Ginebra el 31 de septiembre del año 1921. Dicha convención tiene sus orígenes en el Convenio Internacional para la Supresión del Tráfico de Trata de Blancas, celebrado en el año 1910³⁴⁶, ratificado de igual forma por el Estado chileno.

En lo que concierne a la regulación respecto a niños y niñas, el artículo 3° de la Convención establece que se deben tomar las medidas necesarias para descubrir y castigar a individuos que se dediquen a la trata de niños de uno u otro sexo, remitiéndose a la descripción de la acción establecida en el artículo 1° del Convenio Internacional.

En el citado artículo se establece que debe ser castigado cualquiera que para satisfacer las pasiones de otro haya contratado, secuestrado o seducido, aún con su consentimiento a una joven o un menor de edad. Para efectos del convenio, se considera mujer o joven menor de edad, mujer o joven mayor de edad a las mujeres o jóvenes mayores o menores de edad de veinte años cumplidos, según refiere el anexo de protocolo de clausura, letra B.

En esta temática es observable la falta de estudios y estadísticas que visibilicen el flagelo que tiene por víctimas a niños y niñas en Chile. Se ve reflejada, nuevamente, la falta de voluntad política de los gobiernos de legislar y avanzar en una política integral de la infancia que aborde esta temática de manera seria y responsable.

No existe, actualmente, un órgano del Estado que se haga cargo de la trata de niños en el país ni menos aún existe un seguimiento a este tipo de conductas. Es por ello que desde una mirada crítica, claramente, los

³⁴⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores (22 de julio de 1927) Aprueba la Convención Internacional sobre trata de mujeres y niños (Ley 4.142). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=24507&idParte=0> (Consultado el día 06 de junio del año 2017).

³⁴⁶ Convenio Internacional para la supresión del Trafico de Trata de Blancas. Recuperado de: <http://200.33.14.21:83/20121120052024-11014.pdf> (Consultado el día 06 de junio del año 2017).

Gobiernos han heredado una deuda que aún se mantiene pendiente por lo que la suscripción del Convenio Internacional y la Convención representan legislación en desuso, sin una aplicación práctica en este tipo de delitos.

Por su parte, otro de los temas que desde siempre se ha encontrado presente y que afecta a un gran número de NN en el mundo es la sustracción internacional de menores. Generalmente, dicha acción es realizada por uno de sus progenitores o familiares, ello facilitado cuando viven en Estados diferentes y frecuentemente en los tiempos que se ejerce un régimen de visitas o tuición, como resultado de una crisis o ruptura familiar.

Una forma de afrontar dicho fenómeno por la comunidad internacional, es creando vías de coordinación entre Estados, se adoptó en sesión plenaria de la Decimocuarta sesión de la Conferencia de La Haya, sobre Derecho Internacional Privado, con fecha 24 de octubre del año 1980, en el Convenio sobre aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, denominado “Convenio de La Haya de 1980”.

Tal Convenio fue ratificado por el Congreso Nacional chileno en el año 1994, siendo depositado el Instrumento de Adhesión el mismo año. Se presenta con declaración, en cuanto a que se entiende que el artículo 3° de la Convención al hablar de niño, no se opone a la legislación nacional que estipula que el derecho de tuición y custodia se ejerce hasta los 18 años.

Fue publicado como Ley de la República mediante Decreto N° 386³⁴⁷, promulgando La Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, existiendo una evidente confusión entre el concepto de sustracción y secuestro, equiparándolos jurídicamente o bien aprobando el Convenio con un objeto distinto.

El objeto del Convenio que fue proclamado es asegurar el regreso de niños y niñas trasladados o retenidos ilícitamente y hacer respetar el derecho de tuición y visitas de un Estado Contratante. Considerando tal objeto, cada Estado se compromete a adoptar las medidas necesarias dentro de su territorio para el efectivo cumplimiento de la Convención.

Dentro de las acciones del Estado chileno conducentes a la aplicación del Convenio de La Haya, en el año 1998 la Excelentísima Corte Suprema de Justicia dicta un Auto Acordado Sobre Procedimiento aplicable al Convenio

³⁴⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores (17 de junio de 1994) Promulga la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños (Decreto N° 386). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12931> (Consultado el día 07 de junio del año 2017).

de La Haya Relativo a los Efectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores³⁴⁸.

Se observa en el contenido del auto acordado un procedimiento sencillo y sumario, con plazos definidos y acotados, sin mucha burocracia con un lenguaje propio de la legislación vigente de la época al establecer la competencia a los Tribunales de Menores del domicilio presunto del menor a pesar que se encontraba vigente la CDN. No obstante, es indicado que se deberá, de manera perentoria oír al menor en el comparendo que se fija para escuchar las partes.

En el año 2015 y debido a la sustitución de los Tribunales de Menores por la implementación de los Tribunales de Familia en Chile y, a su vez, la forma de denominación del término menor a niño, niña y adolescente surge la necesidad de actualizar el auto acordado.

En ese contexto la Excelentísima Corte Suprema dicta la Acta N° 205-2015 que Modifica y Refunde el texto del Auto Acordado sobre Procedimiento Aplicable al Convenio de La Haya relativo a los Efectos Civiles de La Sustracción Internacional de Niños y Niñas³⁴⁹, realizando una modificación en cuanto a la utilización de los conceptos de secuestro al de sustracción, concordándose después de 18 años, desde la ratificación del instrumento, a la terminología utilizada por el Instrumento original.

En cuanto al procedimiento se mantiene la ausencia de formalidades. La celeridad del proceso el cual se concentra en la realización de una audiencia única en la que se presentan los medios de prueba de las partes, se debe escuchar al niño y facilitar una solución amigable. En el evento que alguna de las partes no fuere habido será representado por el defensor de ausentes. Lo más relevante es llegar a determinar si el retorno al lugar de residencia habitual del niño se considera seguro y si se configura la sustracción del NNA.

No obstante, 25 días después de dictada el acta N° 205-2015, la misma Excelentísima Corte Suprema, dicta Acta N° 235-2015 que modifica la primera de ellas, denominada, Auto Acordado sobre procedimiento aplicable

³⁴⁸ Corte Suprema (03 de noviembre de 1998) Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro Internacional de menores (Auto acordado s/n). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=126681> (Consultado el día 09 de junio del año 2017).

³⁴⁹ Excelentísima Corte Suprema, Acta N° 205-2015 (03 de diciembre de 2015) Modifica y Refunde Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro Internacional de menores (Auto acordado s/n). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/N?i=1086720&f=2016-03-19&p=> (Consultado el día 09 de junio del año 2017)

al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la Sustracción Internacional de Niños y Niñas³⁵⁰.

Tal modificación, tiene por objeto aclarar lo que define el artículo decimo tercero del acta N° 205-2015, en relación a la figura del juez de enlace, acta mediante la cual se aclara que dicha figura será ejercido por un Juez de Familia, cualquiera sea el territorio donde ejerce jurisdicción y para todo el territorio nacional.

No obstante, el centro de la observación debe estar orientado en reflexionar, conceptualmente, hablando de que se entiende desde lo jurídico por sustracción de menores³⁵¹.

Por ello se entiende que tal sustracción se realiza sin la voluntad del NN o bien con su voluntad, pero con infracciones a la legalidad del Estado donde reside habitualmente el menor trasladándolo bajo esas inobservancias a un Estado distinto³⁵².

Ciertamente y como resultado de la cuarta conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, adoptada en Montevideo, República de Uruguay se proclama la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores el cual representa un nuevo instrumento internacional que regula la materia. Si bien no se encuentra ratificado por Chile su objeto es considerado más restringido que el Convenio de La Haya, no obstante se estima más garantista, al establecer plazos determinados en el mismo documento.

³⁵⁰ Excelentísima Corte Suprema, Acta N° 235-2015 (30 de diciembre de 2015) Modifica y Refunde Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al convenio de La Haya relativo a los efectos civiles del secuestro Internacional de menores (Auto acordado s/n). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/N?i=1086720&f=2016-03-19&p=> (Consultado el día 20 de enero del año 2018).

³⁵¹ Si bien el Instrumento Internacional no lo define, se recoge para estos efectos lo señalado por Calvo, A & Carrascosa, J, en “Sustracción Internacional de menores: Una visión general”, Institución Fernando El católico, 2011, en concreto pág. 115. Recuperado de: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf> (Consultado el día 07 de junio del año 2017), en los siguientes términos al indicar que:

“La sustracción o secuestro Internacional de menores es el fenómeno que se produce cuando un sujeto traslada a un menor de un país a otro con infracción a las disposiciones legales”.

³⁵² Sin embargo, el término sustracción ha sido cuestionado por algunos estudiosos, dentro de los cuales se encuentra la argentina Feldstein de Cárdenas, S, en “Derecho Internacional Privado. Parte Especial”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria, 2000, pág. 50-110, calificándolo como inapropiado, ya que, se otorga una connotación reprobable poniendo énfasis en lo negativo del acto más que en una acción positiva como sería la restitución del menor, término que es justamente utilizado en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Refiere la autora que en este caso se pone la atención en las acciones que deben realizar los Estados partes, como un acto de connotación positiva más que en lo nocivo del mismo.

Por otra parte, el tema de la adopción internacional, siempre ha sido una materia en constante debate, principalmente porque las leyes y normas de los diferentes países varían en su voluntad, en cuanto a requisitos y procedimientos para optar a la adopción internacional.

Así en el año 1993 y como resultado de la décimo sexta sesión de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado, ésta adoptó, “El Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en la materia de Adopción Internacional”³⁵³, como una forma de instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes convencidos de la necesidad de adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño, niña y adolescente y el respeto de sus derechos fundamentales; con la finalidad de prevenir la sustracción, la venta o tráfico de niños. Establece requisitos de procedencia y un procedimiento con normas procesales definidas, las que se deben respetar ya sea por el Estado de origen o receptor y lo más trascendente, instaura canales de comunicación entre Estados. Desde lo jurisdiccional, cualquiera de los Estados que participan del proceso de adopción internacional pueden ser competentes, no teniendo preferencia unos respecto de otros, en cuanto a la residencia habitual del NNA.

Otra de las características relevantes es que actúa de manera subsidiaria a la legislación interna de cada Estado contratante y como una forma de dar respuesta a los NN abandonados de ciertos países sobre todo aquellos que se encuentran en vías de desarrollo.

En Chile el Decreto N° 1.215³⁵⁴ Promulga la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en Materia de Adopción Internacional. El instrumento de ratificación fue depositado en el año 1999 en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos, entrando en vigencia el mismo año.

La Adopción Internacional en Chile, de igual forma, es subsidiaria a la adopción nacional, así lo declara el SENAME, órgano o autoridad central que vela por dar cumplimiento a las disposiciones del convenio ya sea como

³⁵³ Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en la materia de Adopción Internacional Internacional (29 de mayo de 1993). Recuperado de: <https://assets.hcch.net/docs/217d14e2-9788-46f1-a4ad-48e22fa3aa65.pdf> (Consultado el día 10 de junio del año 2017).

³⁵⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores (04 de octubre de 1999) Promulga La Convención sobre la Protección del Niño y cooperación en materia de Adopción Internacional (Decreto N° 1.215). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=144668&idParte=0> (Consultado el día 10 de junio del año 2017).

Estado de origen o receptor de acuerdo a lo establecido en el Decreto N° 2.160³⁵⁵ al manifestar que se designa al Servicio Nacional de Menores como autoridad central para los efectos contemplados en la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de Adopción Internacional.

Otro de los acuerdos internacionales, en materia de adopción, lo constituye la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción. Esta Convención fue suscrita en La Paz, Bolivia en el año 1984 en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional privado, como una forma de actualizar los compromisos asumidos con anterioridad en la materia, a nivel Latinoamericano como son el código de Bustamante adoptado el año 1928³⁵⁶, ratificado en Chile de acuerdo al Decreto N° 374 del año 1934³⁵⁷ y el Tratado de derecho civil de Montevideo de 1940³⁵⁸, el cual no fue ratificado por Chile.

En dicha Convención Interamericana se modifican las reglas de competencia, estableciendo que la residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento, requisitos, procedimientos y formalidades para la

³⁵⁵ Ministerio de Justicia (07 de diciembre de 1999) designa al Servicio Nacional de Menores como autoridad central para los efectos contemplados en la convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional (Decreto N° 2.160). Recuperado de: <https://legislacion-oficial.vlex.cl/vid/designa-autoridad-contemplados-convencion-243808634> (Consultado el día 10 de junio del año 2017).

³⁵⁶ Sexto Congreso Panamericano, La Habana Cuba. (20 de Febrero de 1928) Código de Derecho Internacional Privado. Recuperado de: www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo3.pdf (consultado el día 11 de junio del 2017). La delegación de Chile participante de tal Congreso aprueba el Código de Derecho Internacional privado redactado por el jurisconsulto Americano Antonio Sánchez de Bustamante con declaración en el sentido que salvara su voto en las materias y en los puntos que estime conveniente, especialmente a los referidos a su política tradicional o legislación nacional. El capítulo VIII del citado código regula la adopción, estableciendo los diferentes aspectos relativos a dicha institución los que serán sometidos a la ley personal de cada uno de los interesados, de acuerdo lo establece el artículo N° 73 y siguientes.

³⁵⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores (25 de abril de 1934) Código de Derecho Internacional Privado (Decreto N°373). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12820> (Consultado el día 11 de junio del año 2017).

³⁵⁸ Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, Montevideo Uruguay (19 de marzo de 1940) Tratado de Derecho Civil Internacional. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/f-17.html> (Consultado el día 10 de junio del 2017). El Tratado de Montevideo regula la institución de la adopción en el apartado VII regulándose en cuanto a las disposiciones procedimentales y de fondo las cuales quedan sujetas a las leyes del domicilio de las partes en cuanto sean concordantes, debiendo constar en un instrumento público. Ambos instrumentos, tanto el código de Bustamante como el convenio de Montevideo privilegian las normas nacionales de las partes involucradas en el proceso de Adopción. Chile sólo ratifica el primero de ellos.

constitución de la adopción. En Chile fue ratificada mediante el Decreto N° 24 del año 2002³⁵⁹, vale decir 18 años después de su suscripción.

Del mismo modo uno de los temas que desde siempre ha significado un esfuerzo adicional para los Estados, en cuanto a su regulación en el orden internacional, lo constituye el trabajo infantil. Según la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, es toda actividad que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico.

Lo considera una mala práctica que debe erradicarse, pues se vulneran los derechos establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, influyendo tal actividad en el desarrollo normal a su edad³⁶⁰. Sin embargo, la misma organización manifiesta que no toda tarea realizada por niños debe considerarse como trabajo infantil que se ha de eliminar.

La participación en este tipo de actividades que no atenten con su salud, desarrollo personal y escolarización puede considerarse positiva, más aún si le proporciona experiencia y les ayuda a prepararse para ser miembros productivos de la sociedad en la edad adulta³⁶¹.

Por su parte UNICEF Chile³⁶² considera trabajo infantil toda actividad laboral, remunerada o no, realizada por niños y niñas menores de 15 años que entorpezca su proceso educativo regular o afecte su salud y desarrollo integral³⁶³.

³⁵⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores (30 de abril del 2002) Promulga la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (Decreto N°24). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=197430&idVersion=2002-04-30> (Consultado el día 11 de junio del 2017).

³⁶⁰ Como lo destaca Amar, J, en “Trabajo Infantil: factores de riesgo y protección en familias del caribe Colombiano”, Colombia, Editorial Universitaria del Norte, 2012, en concreto pág.14.

“Los niños trabajadores tienen un desarrollo emocional debilitado por varios factores: en primer lugar, se enfrentan a un fenómeno de aislamiento por sus condiciones de vida y por sus actividades. El trabajo infantil toca los grupos más vulnerables de la población, que ya son estigmatizados por su exclusión del sistema económico, social y profesional”.

³⁶¹ Organización Internacional del Trabajo (2015) ¿Qué se entiende por trabajo Infantil?. Recuperado de: <http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang--es/index.htm> (Consultado el día 15 de junio del año 2017).

³⁶² Unicef Chile. (2003) Trabajo Infantil Chile. Recuperado de: http://www.unicef.cl/web/wpcontent/uploads/doc_wp/Cartilla%20trabajo%20infantil.pdf (Consultado el día 15 de junio del 2017).

³⁶³ Según los resultados de la encuesta de actividades de NNN realizada por el Gobierno de Chile en el año 2012, son 219.000 NN que trabajan en Chile. Según dicha encuesta la

En Chile, el Decreto N° 227³⁶⁴ del año 1999 Promulga los convenios N° 87, 98, 105 y 138 adoptados por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo. El Convenio N° 138, especialmente, trata sobre la edad mínima de admisión al empleo, declarando que todo Estado miembro en el cual entre en vigor el citado Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure una normativa efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

El Estado de Chile al ratificar el Convenio declara que la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio y en los medios de transporte es de 15 años. Las disposiciones del Convenio que son armonizadas en la legislación chilena fueron recogidas por el Código del Trabajo³⁶⁵ específicamente en el capítulo II que regula la capacidad para contratar y otras normas relativas a los trabajos de los menores. Tales modificaciones fueron introducidas por la Ley N° 19.684 del año 2000³⁶⁶, N° 20.189³⁶⁷, N° 20.539³⁶⁸.

La importancia de la promulgación del Convenio N° 138 por el Estado chileno es que sienta las bases para generar una política nacional en contra del trabajo infantil, no obstante, lo que se puede observar es la escasa o nula

mayoría trabaja en comercio minorista y producción agropecuaria y en menor medida a actividades relacionadas con el transporte, elaboración de alimentos y servicios.

³⁶⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores (12 de mayo de 1999) Promulga los convenios N° 87, 98, 105 y 138 Adoptados por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Decreto N° 227). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=136328&idParte=0> (Consultado el día 15 de junio del año 2017).

³⁶⁵ Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (16 de enero del año 2003) Fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo (D.F.L N° 1). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436> (Consultado el día 17 de junio del año 2017).

³⁶⁶ Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (03 de julio del año 2000) Modifica el Código del Trabajo para abolir el trabajo de los menores de quince años (Ley N° 19.684). Recuperado de: http://www.unicef.cl/pdf/ley_pdf_convencion/Ley%2019684%20abolir%20trabajo%20infantil.pdf (Consultado el día 24 de junio del año 2017).

³⁶⁷ Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (12 de junio del año 2007) Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a la admisión al empleo de los menores de edad y al cumplimiento de la obligación escolar (Ley N° 20.189). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=261579> (Consultado el día 24 de junio del año 2017).

³⁶⁸ Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (06 de octubre del año 2011) Prohíbe a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales (Ley N° 20.539). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1030767> (Consultado el día 24 de junio del año 2017).

fiscalización por los órganos del Estado, existiendo evidentes infracciones en la materia.

Otro documento relacionado con el trabajo infantil que no sustituye al Convenio N° 138, sino más bien viene a complementarlo, lo establece el convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, promulgado mediante el Decreto N° 1.447. Es el mismo documento quien se encarga de señalar que se debe entender por las peores conductas de trabajo infantil, abarcando todas las formas de esclavitud, venta y tráfico de niños, oferta para la prostitución, todo trabajo que por la naturaleza o las condiciones que se lleve a cabo es probable que dañe su salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Gracias a la firma de ambos convenios es cuando se asume el compromiso de manera formal por parte del Estado chileno a luchar contra este tipo de trabajo, el cual transmite a todo el que quiera escuchar que es parte de los Estados que forman parte del movimiento en pro de los derechos de niños y niñas.

Por otra parte, específicamente, en materia penal el Decreto N° 104³⁶⁹ del año 2009 promulga en Chile el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Lo relevante es que dentro de sus disposiciones se considera como violación grave en cuanto a los usos aplicables en los conflictos armados reclutar o alistar a niños menores de 15 años, ya sea en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar en hostilidades o en dirigir ataques, intencionalmente, contra la población civil.

Igualmente y en cuanto a la competencia, se excluye de ésta a los menores de 18 años, siendo incompetente, además, respecto a los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen. El Estatuto ha sido ratificado por toda la Unión Europea y por casi toda América Latina.

Sin duda representa uno de los documentos más significativos en el reconocimiento y protección de los derechos humanos, respondiendo a la voluntad de la comunidad internacional en crear un Tribunal de carácter permanente y con competencia internacional para conocer y juzgar crímenes de guerra, genocidio, de lesa humanidad y de agresión. El reconocimiento de

³⁶⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores (01 de agosto del año 2009) Promulga el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Decreto N° 104). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004655> (Consultado el día 18 de junio del año 2017).

la Corte Penal Internacional, por el Estado de Chile, no estuvo exento de dificultades³⁷⁰.

A su vez, el Decreto N° 873³⁷¹ del año 1991 aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, depositándose el Instrumento de Ratificación ante el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, el 21 de agosto del año 1990. El Estado de Chile deposita tal documento con Declaración, en orden a reconocer la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención.

En cuanto a la protección de los niños, el Instrumento hace referencia a ellos en tres oportunidades, siendo el artículo N° 19 el que se puede considerar que engloba a todos los actores encargados de entregar tal protección, refiriéndose a la familia, sociedad y Estado. Derecho que incluso y a pesar de la suspensión de las obligaciones contraídas por la Convención por el tiempo, estrictamente, necesario y en circunstancias que lo ameriten como en casos de guerra, peligro público o que atenten contra la seguridad de Estado no considera la suspensión de los derechos de los niños bajo ninguna de estas circunstancias.

El restablecimiento del orden democrático en Chile y el esfuerzo de garantizar los derechos humanos, no ha estado exento de dificultades³⁷². Ello

³⁷⁰ Como lo manifiesta Bascañan y Correa, R, en “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno, Revista de Estudios de la Justicia, 2002, vol. 1, pág. 129-133. Recuperado de: www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/14975/15411 (Consultado el día 20 de junio del año 2017), tres días antes de que entrara en vigencia el Estatuto de Roma, el Tribunal Constitucional chileno lo declaró inconstitucional. Señalan los autores que la principal razón que tuvo el Tribunal Constitucional para declararlo inconstitucional fue la atribución de jurisdicción a la CPI la cual importaría una transferencia de soberanía nacional que no es contemplada en la Constitución Política de 1980. Las causas que se presentan obedecen a razones puramente orgánicas, sin una justificación de justicia política y sin un razonamiento lógico. Tal decisión no cobro la fuerza necesaria entre los constitucionalistas lo que fue finalmente desestimado y aprobada la CPI en Chile.

³⁷¹ Ministerio de Relaciones Exteriores (05 de enero del año 1991) Aprueba Convención Americana sobre derechos humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica (Decreto N° 873). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16022> (Consultado el día 21 de junio del año 2017).

³⁷² Las dificultades en la vuelta a la democracia no fueron escasas, no obstante un caso emblemático y que refleja lo anterior lo constituye la denuncia asignada con el número N° 12.057, caratulado Luis Alfredo Almonacid Arellano contra la República de Chile, cuya sentencia fue dictada con fecha 26 de septiembre del año 2006. En razón a su responsabilidad por la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Alfredo Almonacid Arellano, así como la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares. A criterio de la comisión la trascendencia del caso radica en la

sería salvado con crear una normativa constitucional en el ordenamiento nacional que tenga como sustento el reconocimiento de tales derechos y de manera especial la protección de los niños que son recogidos en el Pacto de San José de Costa Rica, por el convencimiento que refleja estableciendo de manera correcta los actores que siempre deben encontrarse involucrados en la protección de NNA, debiendo revertir caracteres de suficiencia en su aplicación³⁷³.

Uno de los convenios que se encuentra dirigido a proteger y establecer obligaciones propias de los pueblos originarios lo constituye el Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la

necesidad de hacer justicia para los familiares de la víctima y ofrecerles una reparación adecuada. Declara la incompatibilidad de la ley de amnistía chilena con la Convención. La demanda tiene por objeto un pronunciamiento de la Corte en cuanto a determinar que el Estado chileno es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de la familia del señor Almonacid. Finalmente, la Corte determinó que la Ley de Amnistía chilena dictada por la Dictadura Militar es incompatible con la Convención Americana, ya que coartó la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables y una adecuada reparación. Se indica que el cumplimiento de ambos documentos son claramente incompatibles, desconociendo una adecuación en la normativa interna, lo que infringe el artículo 2° del Tratado.

³⁷³ La relación entre la CIDH y el Estado de Chile no ha estado exenta de dificultades, y en este sentido no se puede dejar de mencionar el caso Atala Riffo y Niñas Vs Chile, cuya sentencia fue dictada con fecha 24 de febrero del año 2012 por la CIDH, en dicho Fallo se estableció la responsabilidad internacional de Chile por la violación de los derechos a la igualdad y la no discriminación, a la vida privada, a la protección de la honra y de la dignidad, a la protección a la familia y a las garantías judiciales, en perjuicio de la señora Karen Atala Riffo y de sus hijas M., V. y R. Dichas violaciones se declararon en relación con el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que sufrió la señora Atala Riffo como consecuencia del proceso de custodia y tuición de sus hijas, en el cual en mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile emitió una sentencia en la que concedió la tuición definitiva al padre de las tres niñas con fundamento en consideraciones discriminatorias relativas a la orientación sexual de la señora Atala Riffo. Asimismo, entre otras violaciones, el Tribunal determinó que dicha sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema violó el derecho de las niñas a ser oídas ya que no motivó las razones por las cuales consideró legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición en relación con sus preferencias de convivencia. Además la Corte Interamericana encontró al Estado responsable por el trato discriminatorio por orientación sexual y vulneración a la vida privada sufridos por la señora Atala Riffo debido a la investigación disciplinaria que le fue seguida en su carácter de jueza, ordenada por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Temuco en el 2003.

La Corte estableció que su Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación y, además, ordenó al Estado determinadas medidas de reparación. Dentro de tales medidas y por la cual se mantiene abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento, según resolución dictada con fecha 10 de febrero del año 2017, es respecto de la medida de reparación relativa al deber del Estado de continuar implementando, en un plazo razonable, programas y cursos permanentes de educación y capacitación especialmente en relativo a su contenido sobre no discriminación por orientación sexual, derechos de la comunidad LGBTI, superación de estereotipos de género en su contra y estudio de la Sentencia del presente caso, dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, particularmente, a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, adoptando medidas concretas para la capacitación de otros funcionarios públicos. Esto refleja la siempre difícil relación entre la Corte de San José y el Estado de Chile, considerando que no es suficiente el reconocimiento de la Comisión y su competencia, sino debe existir la voluntad de cumplir con lo establecido por la Corte, especialmente cuando se ven involucrados NNA.

Organización Internacional del Trabajo, promulgado en Chile a través del Decreto N° 236 del año 2008³⁷⁴, el cual entra en vigencia el 15 de septiembre del año 2009³⁷⁵.

En tal Convenio y en cuanto a los NNA, en sus artículos N° 28 y N° 29 se establece que deberán adoptarse todas las medidas necesarias para promover y asegurar la oportunidad de enseñarles a leer y escribir en la propia lengua indígena o en alguna lengua que más se hable comúnmente en el grupo a que pertenece.

En cuanto a la educación de los niños interesados, se les debe impartir conocimientos generales y aptitudes que le ayuden a una inserción adecuada en su comunidad y en el país. A pesar de la relevancia en materia política y social y las buenas voluntades expresadas en la aprobación del Convenio, se observa un deficiente empleo en cuanto a las exigencias del mismo. Desde su aprobación ha sido un mínimo número de fallos que se pronuncian sobre su aplicación y la relación en cuanto al valor normativo que mantiene con el ordenamiento interno. Además, ninguno de aquellos fallos dicen relación con el derecho de NNA a exigir una educación que tribute a perdurar su raíces, especialmente, si pertenecen a pueblos originarios o Tribales o bien que exista un reconocimiento en la normativa de sus costumbres y derecho consuetudinario.

Si bien el Ministerio de Educación a implementado algunas acciones y se han dictado normativas tendientes a conocer y aprender la lengua propia del pueblo indígena, tales actuaciones han sido aisladas sin un seguimiento y resultados significativos que puedan asegurar el cumplimiento del Convenio N° 169.

Prueba de lo anterior es la dictación del Decreto N° 280³⁷⁶ del año 2009 incorporándose contenidos mínimos obligatorios para el aprendizaje de la

³⁷⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores (14 de octubre del año 2008) Promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Decreto N° 236). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=279441> (Consultado el día 23 de junio del año 2017).

³⁷⁵ El primer fallo que aplica el Convenio N° 169 de la OIT en Chile se dicta al día siguiente de ser publicado y aprobado en Chile y lo constituye la Sentencia dictada con fecha 30 de noviembre del año 2009, por la Excelentísima Corte Suprema en Rol N° 7287-2009, caratulada Linconao con Forestal Palermo Limitada. Dicho fallo no sólo representa la primera sentencia en que se aplica el Convenio N° 169 sino porque constituyó un examen en determinar como los Derechos Indígenas se aplican en el derecho interno chileno, situación similar a lo que se discute en cuanto a la aplicación de la normativa internacional en materia de NNA y la nacional. El fallo se pronuncia sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y se pronuncia sobre conceptos como medio ambiente, hábitat y territorio. Sentencia Rol 7289-2009. Recuperado de: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> (Consultado el día 23 de junio del año 2017).

lengua indígena de 1° a 8° en la educación básica chilena. Sin embargo, la incorporación de tales contenidos sólo reviste características de obligatoriedad para aquellos establecimientos educacionales que cuenten al término del año escolar con una matrícula de un 20% o más de alumnos de ascendencia indígena. Ello relativiza la exigencia siendo considerada una norma de poca aplicabilidad.

En este punto es necesario referenciar la forma en que la comunidad indígena internaliza el cumplimiento de las normas de su pueblo y la relación y coherencia con las normas que son consensuadas desde la sociedad chilena. Concordante con lo anterior, es necesario hacer referencia al caso de Gabriela Blas Blas, conocido como el caso de “La Pastora”. Mujer perteneciente a la comunidad Aymara de la localidad denominada Alcerreca, ubicado al interior de la ciudad de Arica, en los faldeos de la cordillera. Blas fue madre adolescente producto de una violación y posteriormente tuvo dos hijos. Su actividad principal era el pastoreo que representaba la actividad remunerada que le permitía su subsistencia y la de sus hijos.

Justamente, realizando la actividad de pastoreo a terceras personas, que entre los días 18 a 23 de julio del año 2007, en compañía de su hijo menor de tres años llamado Domingo Eloi Blas es acusada y luego sentenciada por parricidio, abandono de menor simple y obstrucción a la investigación. Ello, en razón que al encontrarse pastoreando en las fechas indicadas y al percatarse que se habían perdido dos de los animales decide dejar a su hijo solo y se dirige en la busca de los animales extraviados. Al regresar al lugar no encuentra al niño, siendo hallado su cuerpo dos años después, mismo tiempo que dura la investigación penal.

Después de un extenso juicio oral, Gabriela es condenada por la Primera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la ciudad de Arica, con fecha 15 de abril del año 2010 por el delito de abandono de menor con resultado de muerte a la pena de 10 años y un día de presidio mayor. Una vez dictado el fallo, la defensa de Blas logra la nulidad del mismo, realizándose un nuevo juicio oral ante Tribunal Oral en lo Penal no inhabilitado de la ciudad de Arica, resultando condenada por el mismo delito a una pena superior de 12 años y un día. Esto fue posible jurídicamente ya que la legislación chilena no contempla la garantía de *reformatio in peius*.

³⁷⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores (25 de septiembre del año 2009) Modifica Decreto N° 40, de 1996 que establece objetivos fundamentales y contenidos mínimos obligatorios de la Educación básica y fija normas generales para su aplicación (Decreto N° 280). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006477> (Consultado el día 24 de junio del año 2017).

Un hecho a destacar del fallo, radica en la falta de consideración por parte de los sentenciadores del origen y pertenencia de Blas Blas al pueblo indígena aymara como una forma de entender la manera de proceder de la sentenciada, considerando las costumbres propias de su etnia. Lo esperable habría sido considerar, si en su actuar del pueblo aymara la conducta de Blas se podría tipificar como abandono y si ese comportamiento era reprochable jurídicamente. Por otra parte, no es considerado el artículo 10 del Convenio N° 169 OIT que otorga el derecho a los miembros de los pueblos indígenas a que se les condene a una pena distinta a la privativa de libertad, aplicando una norma que pertenece a la legislación chilena como es la Ley N° 18.216 que establece medidas alternativas a las privativas o restrictivas de libertad. De igual forma no es aplicada la Ley Indígena N° 19.253 como una forma de poder determinar la antijuricidad de la conducta de Blas.

Invalidado el juicio, el nuevo Tribunal considera que con la prueba rendida por el Ministerio Público se acredita el delito de abandono, con resultado de muerte, vale decir, la prueba es básicamente la misma que se rindió en el primero de los juicios obteniendo una pena más gravosa.

Del tenor de lo manifestado es posible concluir que las costumbres y tradiciones de los pueblos originarios en Chile no mantienen significancia alguna frente a la normativa nacional, toda vez que, lo que se intenta es “occidental” a los integrantes de dichas etnias a pesar que en muchos de los casos no logran entender ni menos internalizar lo que el legislador tuvo en consideración al dictar la normativa vigente.

Finalmente Gabriela es indultada por el Presidente de la República de la época, Sebastián Piñera Echeñique como una forma de compensación y reconocimiento a los vacíos legales que mantiene la legislación chilena en la materia.

Por otra parte, en el año 1989 mediante la dictación del Decreto N° 778³⁷⁷ es promulgado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en misma fecha. El Estado reconoce mediante dicho Instrumento los mecanismos que establece para la protección y garantía de los derechos

³⁷⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores (29 de abril del año 1989) Promulga El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. (Decreto N° 778). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15551> (Consultado el día 30 de junio del año 2017).

civiles y políticos de toda persona que se encuentre en su territorio y bajo su jurisdicción.

Llama la atención que sea en el gobierno del Comandante en Jefe del Ejército Augusto Pinochet Ugarte que apruebe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante el cual se compromete como Jefe del Gobierno a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos que se reconocen en el Instrumento Internacional aprobado, considerando que su Gobierno representó la desestabilización de un sistema democrático, llegando de facto al poder y fundamentalmente caracterizado por una violación sistemática a los derechos humanos donde se ejecutaron detenciones, torturas, asesinatos y exilios, acciones que afectaron a miles de chilenos durante su gobierno. Claramente, se vivió una transgresión del Estado a las libertades más fundamentales de la persona humana y un rechazo de la comunidad internacional, por este doble discurso, se reconocen y a la vez transgreden los derechos humanos.

El artículo N°24 del pacto, reconoce a cada niño, debido a su condición de menor medidas especiales de protección, sin embargo, no son los únicos derechos que el Pacto considera a favor de los niños, tal como lo establece la Observación General 17 al artículo N°24 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del año 1989³⁷⁸ y a pesar que todo derecho debe adoptarse no se encuentran explicitados en el pacto³⁷⁹.

El Gobierno Militar y una protección efectiva a los niños y niñas chilenas, no significó una combinación que se reconociera y se respetara, muy por el contrario, la violación a los derechos humanos no discriminó la condición de niño.

El mismo año 1989, mediante el Decreto N° 326³⁸⁰ se Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

³⁷⁸ Naciones Unidas. Observación General 17 al artículo N°24 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (1989) Recuperado de: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%2017%20Art%2024%20PDCP.html> (Consultado el día 01 de julio del año 2017).

³⁷⁹ Es el mismo instrumento el cual establece que cada Estado debe adoptar y adaptar su ordenamiento normativo en pro de la protección de NNA, al manifestar que: “es cada Estado que debe determinarlas en función de las exigencias de protección de los niños que se encuentran en su territorio al amparo de su jurisdicción”. Ver decreto N° 778 que promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 1966, en concreto pág. 2.

³⁸⁰ Ministerio de Relaciones Exteriores (27 de marzo del año 1989) Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado por la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile, el 16 de septiembre de 1969 (Decreto N° 326). Recuperado de:

Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969.

En este Tratado Multilateral se reconocen derechos civiles y políticos y se establecen mecanismos para su protección y garantía, asegurando a los hombres y mujeres el goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales dictaminados en el pacto. Concede especial protección a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, estableciendo la más amplia protección y asistencia posible. En este contexto, se hace referencia, principalmente, a las madres y a las madres trabajadoras, reconociendo la obligación de adoptar medidas especiales de protección en favor de niños y adolescentes, sin discriminación alguna.

En la génesis de la aprobación del pacto, en Chile, existió una evidente transgresión a los derechos establecidos. Actualmente, si bien Chile ha cumplido desde lo formal informando periódicamente de las medidas adoptadas, no existe una aplicación de manera sistemática e internalizada de los derechos que en el pacto se establecen.

El proceso de restablecimiento, internacionalización y consolidación de la democracia en Chile ha venido aparejado de un evidente esfuerzo de los gobiernos de la concertación en función de garantizar y promover los derechos humanos en general y particularmente los relacionados con NNA.

Dentro de este proceso es evidente que la inserción del Estado chileno en el reconocimiento de Tratados Internacionales en la materia, han contribuido de manera significativa en la consolidación del régimen democrático.

A nivel interno de igual forma han existido iniciativas que han dado impulso a la incorporación de los TI de derechos humanos. Uno de ellos lo constituye la dictación de la Ley N° 20.405³⁸¹ publicada en el año 2016 que crea el Instituto Nacional de los Derechos Humanos y que como la misma norma lo establece tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, como una forma de contar con una institucionalidad que dé cuerpo normativo a la materia, fortaleciendo capacidades, creando redes de apoyo (tanto a nivel

<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12382> (Consultado el día 01 de junio del año 2017).

³⁸¹ Ministerio Secretaria General de la Presidencia, Subsecretaría General de la Presidencia (1° de diciembre del 2009) Crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (Ley N° 20.405). Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008867> (Consultado el día 04 de julio del año 2017).

nacional como internacional) y fortaleciendo una cultura del respeto y promoción de los derechos humanos.

El Instituto surge desde el resultado del encuentro de las instituciones nacionales de los derechos humanos realizado en París, donde se acordó un documento que fue denominado “Los Principios de París” mediante el cual se postula que los Institutos deben ser independientes, en cuanto no deben formar parte de ningún poder del Estado lo cual otorga mayor independencia y estabilidad.

En este mismo sentido, una de las últimas modificaciones a la normativa interna en materia de derechos humanos y en razón de dar cumplimiento al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo constituye la dictación de la Ley N° 20.885³⁸² que Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia. Tal modificación está orientada a ampliar las funciones del Ministerio de Justicia que deberá desempeñar, además, acciones tendientes a la promoción y protección de los derechos humanos³⁸³

Conclusiones preliminares

A medida que avanza el proceso de globalización muy propio de la época actual, la relación entre el derecho interno de cada país y el derecho internacional en materia de Infancia y Adolescencia se hace cada vez más necesaria, estrecha y vinculante.

Las razones de tal relación obedecen a múltiples factores, no obstante una razón fundamental responde a que, actualmente, la protección a NNA se ha constituido en una obligación que va más allá de un ordenamiento jurídico o una frontera territorial, sino más bien constituye una obligación de

³⁸² Ministerio de Justicia (05 de enero del 2016) Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (Ley N° 20.885). Recuperado de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1086063> (Consultado el día 04 de julio del año 2017).

³⁸³ Como lo concluye Espejo, N. y Lathrop, F, en “Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile”. Unicef Chile, Estudio, 2015, en concreto pág. 61, concluye que: El sistema de protección de derechos de los NNA, exhibe cinco falencias fundamentales a).- desproporcionalidad en las medidas adoptadas, b).- excesiva discrecionalidad en la determinación de la vulneración o amenaza de derecho en cada caso, c).- innecesaria judicialización en los procesos para la determinación de medidas de protección, d).- Insuficientes mecanismos de revisión y supervisión de las medidas adoptadas, e).- desconexión de la protección especial de un sistema universal de garantía de derechos.

la humanidad en que cada uno de los componentes en el orden social, económico, cultural y jurídico deben responder a las exigencias de los nuevos tiempos.

Ante ese escenario es posible señalar que lo percibido en el análisis de la normativa nacional e internacional en materia de infancia y adolescencia es que no se ha dado un tratamiento ni priorizado el contar con una legislación que responda a las necesidades, potencialidades y al ejercicio pleno de los derechos de los NNA en nuestro país, presentándose actualmente como una legislación desactualizada, desordenada, y sin objetivos claros.

Si bien, en Chile existe alto grado de ratificación de Tratados Internacionales, no obstante, la eficacia de los resultados en cuanto a la aplicación de dichos instrumentos Internacionales no es la esperada ya que existe una rigurosidad relativa en su correcta interpretación y seguimiento de los mismos.

Cada Gobierno de turno ha intentado avanzar en este sentido, dictando leyes, reglamentos, decretos y formando comisiones sin una sistematicidad que la temática exige, y sin la obtención de los resultados esperados. Sin duda, es necesario y prioritario la dictación de una legislación integral en materia de infancia y adolescencia en Chile, como única forma de avanzar en la dirección correcta.

En ese sentido el desafío está orientado en legislar en la creación de un ordenamiento jurídico que conlleve hacia una aplicación integral de la CDN y de todo Tratado Internacional ratificado por Chile en la materia analizada.

No obstante la regulación en materia de infancia y adolescencia, se debe orientar considerando la integración de todos los sectores de la sociedad con la finalidad de mejorar la eficiencia y eficacia en la promoción y protección de los derechos de los NNA.

Todo lo señalado, esto es, como se ha avanzado y en que áreas se mantienen deudas con niños y niñas chilenas son interrogantes que cobrarán sustento y contenido en cada una de las sentencias que serán analizadas en el presente estudio al tenor de la aplicabilidad y eficacia de la legislación interna, acorde a los Tratados Internacionales que involucran NNA, análisis que será abordado a partir de los principios a los que hemos hecho alusión en el desarrollo del trabajo.

CAPÍTULO 4:

Determinación del grado de aplicabilidad y eficacia del principio del interés superior del niño, niña y adolescente y el derecho a ser oído en los Tribunales de Justicia en Chile

El ordenamiento jurídico chileno se encuentra inserto en un sistema conocido como *legal law*, el cual se caracteriza por su estructuración y rigidez, a diferencia del sistema anglosajón o *common law*. En este contexto riguroso y esquemático, la dictación de sentencias y el rol de los jueces, aparece como fundamental. En efecto, una de las grandes características de los fallos judiciales en el sistema codificado consiste en que éstas no son vinculantes, sino para las partes en conflicto, lo cual queda de manifiesto en lo prevenido por el artículo 3º, inciso 2º del Código Civil, al establecer que: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

En este sentido, el rol del juzgador no es menor, toda vez que, en el ámbito de la decisión en juicios de familia, deberá interpretar la norma conforme la *sana crítica*, es decir, utilizando en la *decisoria litis*, sus conocimientos jurídicos, científicos y su experiencia³⁸⁴.

Por otra parte, al aplicar la norma al caso concreto y fallar en un determinado sentido, el juez no hace otra cosa que crear derecho, toda vez que la sentencia dictada, sin perjuicio de ser sólo vinculante para las partes

³⁸⁴ Como lo establecen Cruceta, J & Guerrero, J & Morales, Y & Diaz, M & Moronta, en “Argumentación Jurídica”, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2012, en concreto pág.117, al señalar que:

“En una sentencia judicial el argumento central tiene como conclusión el contenido del acto de decisión y como premisas el enunciado normativo general y la descripción de los hechos relevantes, en tanto que en los subargumentos se expresan las razones que apoyan cada una de estas premisas. La complejidad de una argumentación judicial y con ella la cantidad de niveles en los que se distribuyen sus subargumentos varía de acuerdo con el tipo de caso a que en ella se resuelve y con los desacuerdos que hayan surgido durante el proceso a los que el juez o el Tribunal deba poner término”.

en conflicto, va generando jurisprudencia, la cual presenta gran relevancia como fuente de derecho.

En un sentido material, se podría indicar que la jurisprudencia, es el fallo mismo o el conjunto de pronunciamientos de los Tribunales de Justicia. Contribuye a integrar y armonizar el ordenamiento jurídico y es una vía de creación de reglas generales que, por ser una fuente de inspiración en cuanto a la convicción y razonamiento que presenta, elementos que sirven de sustento para la dictación de sentencias futuras.

En nuestro país el peso de la jurisprudencia es cada vez mayor, marcando tendencias históricas y dando cabida a nuevos razonamientos que van modificando de manera paulatina la legislación.

La jerarquía de los Tribunales de Justicia en Chile, es considerada un factor rector e inspirador en las decisiones que son adoptadas por los Tribunales inferiores; un reflejo de ello lo constituye el recurso de casación en el fondo, de competencia exclusiva de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, la cual otorga lineamientos en cuanto a las directrices e interpretación del derecho, otorgándole, con ello, cierta uniformidad. Esto implica, una reafirmación en cuanto al rol y función del máximo Tribunal de la República, manteniendo el control sobre la jurisprudencia que se va generando.

No obstante, de acuerdo a las características propias del derecho de familia en cuanto a ser un derecho esencialmente interpretativo, existe un alto grado de posibles contradicciones en cuanto a las decisiones adoptadas por los Tribunales de Justicia lo que hace que la jurisprudencia cobre aún más relevancia en dicha materia y la tendencia que va marcando la Corte Suprema.

Lo anteriormente expuesto hace que el análisis de sentencias sea fundamental para observar la forma en que se aplica la norma al caso concreto, particularmente en la presente investigación y a la luz de los dos principios analizados.

Por ello y para el análisis de fallos, se utilizara como base el instrumento denominado “Guía Práctica para el Análisis y Síntesis de Fallos” (2010), instrumento confeccionado por los profesores Enrique Barros Bourie, Nicolás Rojas Covarrubias y Francisco González Hoch, docentes pertenecientes al departamento de derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

En el desarrollo del instrumento se detallan los elementos considerados al realizar el análisis de cada una de las sentencia. A este

respecto, indicar que fueron incluidos *sólo* ciertos componentes a fin de cumplir un mejor análisis de las sentencias que son propias de materias de competencia de los Tribunales de Familia en Chile.

Dentro de los elementos de análisis a considerar se destacan los siguientes:

- 1.- Tribunal que dictó la sentencia
- 2.- Fecha de la sentencia analizada
- 3.- Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia
- 4.- Lugar de publicación del fallo
- 5.- Partes
- 6.- Exposición de los hechos relevantes del juicio
- 7.- Disputa (s) importante (s) en el juicio
- 8.- Reglas legales importantes aplicadas en el juicio o recurso
- 9.- Argumentos legales del demandante, en esencia
- 10.- Argumentos legales del demandado, en esencia
- 11.- Razonamiento del fallo
- 12.- Resultados del juicio
- 13.- Fundamentos del voto de minoría si aplica
- 14.- Observaciones fundadas respecto del *obiter dictum*

Además de los componentes indicados, se consideraran los siguientes elementos que serán incorporados en la guía de análisis:

- 15.- Materia
- 16.- Sentenciador
- 17.- Rit o Rol de la causa
- 18.- Designación de curador ad litem, si aplica
- 19.- Dictación de medidas cautelares

De un universo de cincuenta sentencias que fueron seleccionadas, revisadas y analizadas se tomó una muestra de dieciséis fallos de manera principal, cuyos parámetros de selección responden principalmente a las materias que son las más vistas y tramitadas en los Tribunales de Familia, y aquellos fallos que representan ser los pioneros, marcando cierta tendencia en materias reguladas incipientemente, considerando la manera de como el sentenciador llena el vacío que en muchos casos presenta la norma.

En cuanto al análisis que se pretende, es, explorar el modo como se encuentran incorporados los principios del interés superior del niño y el derecho a ser oído en las sentencias en los Tribunales Chilenos,

especialmente los dictados por la Excelentísima Corte Suprema como mayor Tribunal de la República de Chile.

Para ello, lo que se intenta es realizar un doble estudio, la forma como son incorporados los principios y cómo ha variado el criterio de los Tribunales tanto de primera y segunda instancia, hasta llegar a la Excelentísima Corte Suprema.

4.1 Análisis de sentencias

Dicho análisis tiene por finalidad revisar si los fallos realizan una correcta o errónea aplicación de los principios del Interés Superior del Niño y el Derecho a ser oído del NNA, principios contemplados en la Convención sobre los derechos del niño.

A) Fallos en los cuales se advierte preliminarmente una inadecuada aplicación de los principios en estudio

De los fallos que constituyeron el universo de estudio, se analizarán cinco sentencias, en los cuales se advierte preliminarmente una inadecuada aplicación de los principios en estudio, en la forma que se señala a continuación:

Sentencia N° 1.- **Impugnación de paternidad** ³⁸⁵

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 18 de mayo del año 2016
- 3.- **Materia:** Impugnación de paternidad
- 4.- **Rol de la Causa:** 35532-2015
- 5.- **Partes:** Recurrente y recurrido
- 6.- **Designación de curador ad litem, sí aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el fondo.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** CL/JU/3295/2016
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** El padre biológico, interpone demanda de impugnación de paternidad, deduciendo de manera conjunta la acción de reclamación de filiación no matrimonial, en representación de su hijo.

³⁸⁵ EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala (18 de mayo del 2016), Sentencia Rol 35532-2015.

Se funda la demanda en que producto de una relación sentimental con la demandada, nace el niño de autos, quien fue reconocido como hijo no matrimonial por uno de los demandados, actual pareja de la madre del niño.

Solicita se determine desde el punto de vista biológico y legal, se reconozca que el niño de causa es su hijo, para así asumir en plenitud el ejercicio del rol parental.

Por su parte, contestando el libelo, la demandada en representación de su hijo, pide el rechazo de la demanda. Sostiene que formaliza su relación con el demandado, convirtiéndose en su hijo para luego inscribirlo en el Servicio de Registro Civil e Identificación, formalizando una situación de hecho que en la práctica ya era así.

Manifiesta que el niño se encuentra vinculado al demandado a quien reconoce como su padre por un periodo de cinco años, por lo que tiene la posesión notoria del estado civil de hijo no matrimonial, por un lapso superior al exigido por el artículo N°200 del Código Civil, de manera que dicha calidad debe ser preferida a la prueba biológica.

Por sentencia del Tribunal de primera instancia acogió las demandas de impugnación de paternidad y reclamación de filiación, fundando su decisión en que no se estableció que el niño mantenga la posesión notoria de estado civil de hijo del demandado. Fundamenta su decisión, en que la fama no la tuvo por acreditada, considerando que la familia del demandado y los vecinos del sector sabían que el niño no era su hijo biológico. La sentencia agrega, que no se ha cumplido el plazo de 5 años establecido en el artículo N°200 del Código Civil, toda vez que el único elemento fidedigno para iniciar el cómputo es la fecha de reconocimiento, por lo que a la fecha de notificación de la demanda el plazo no ha transcurrido en su integridad.

Se alzaron los demandados, confirmando la Corte de Apelaciones competente, la sentencia de primer grado. En contra de tal decisión, los demandados interponen recurso de casación en el fondo.

11.- Disputa (s) importante (s) en el juicio: Esta orientada a decidir respecto a la impugnación de paternidad solicitada. Existencia del vínculo biológico entre el demandante y el niño y vinculación por parte de la familia del demandante. Valor probatorio para acreditar la posesión notoria de la calidad de hijo respecto de la pareja de la madre y demandado. Derecho a la identidad.

12.- Reglas legales importantes aplicadas en el recurso: En cuanto a la normativa, especialmente el artículo N°200, 201, inciso 2° del Código Civil y

artículos 764,765,767 y 785 del Código de Procedimiento Civil. Artículo 1° de la Constitución Política del Estado de Chile de 1980. Convención sobre los Derechos del niño, artículo 3° y 27 y la Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo N°17.

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Los argumentos legales, se centran en determinar la posesión notoria del estado civil de hijo no matrimonial, de acuerdo a los plazos establecidos en el artículo N°200 del Código Civil

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:** No aplica

15.- **Razonamiento del fallo:** Dentro de los fundamentos, se conceptualiza en primer término lo que se entiende por filiación.

Hace referencia a que la legislación concede acción para la determinación e investigación amplia de la paternidad y maternidad, siendo deducida en la especie, cuyo titular es el padre biológico, siendo palmario, que la filiación que se trata de establecer es la que responde a la antes referida, de manera que corresponde su reconocimiento para que así quien la reclama ser el padre biológico del niño pueda ejercerla ampliamente, puesto que no se ha logrado acreditar que se den copulativamente los requisitos establecidos en el artículo N°200 del Código Civil.

En la especie, no resulta pertinente reconocer como acreditada la posesión notoria de hijo respecto del demandado, la que no se encuentra determinada al faltar el elemento temporal, desde que el único antecedente preciso y que permita entender configurada la posesión notoria del hijo, es precisamente el acto de reconocimiento que efectuó el demandado ante el oficial del registro civil. Por ende, las acciones intentadas por el actor debían ser acogidas, pues en este caso quien impugna la filiación es su progenitor, lo que fue demostrado por la pericia biológica correspondiente de lo que resulta que al ser un medio de convicción ha permitido establecer su filiación, y por el contrario, no habiéndose acreditado la configuración de la posesión notoria de hijo respecto del demandado, no puede ser aplicada la excepción contenida en el artículo N°200 inciso 2° del Código Civil.

16.- **Resultados del juicio:** Rechazo, con voto de disidencia, del recurso de nulidad substancial deducido.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** Se sustenta, en la mantención de la filiación determinada en virtud del interés superior del niño. Derecho a la identidad que comprende ser hijo de una determinada persona, condición que se estima le favorece, más aún sino se acreditó ningún hecho

que autorice aplicar el artículo N°201, inciso 2° del Código Civil, no debiendo olvidarse que el menor tendrá igualmente acción para impugnar el reconocimiento cuando haya llegado a la mayoría de edad, lo que, además, resguarda su derecho a la identidad. Ante la inexistencia de graves razones a la luz de lo dispuesto en el artículo N°201, inciso 2° del Código Civil y que el niño ha conocido y asumido como padre a quien lo ha criado, desarrollando los vínculos propios determinados por esta filiación, la que se encuentra enraizada en sus afectos y emociones, se concluye que en la realidad social en la que vive, es la que resulta más conveniente en miras de lograr que su desarrollo sea al amparo de la familia de la que forma parte desde su nacimiento. Estas conclusiones lleva a desestimar la pretensión del actor, en orden a dar primacía a la verdad biológica determinada por la pericia de ADN, en desmedro de la posesión notoria del estado de hijo del niño y en la cual ha sostenido la procedencia de las acciones deducidas.

18.- Observaciones fundadas respecto del fallo: Desde una observación crítica se puede apreciar que los fundamentos del fallo se basan de manera exclusiva en la conceptualización y aplicación de términos propios de la materia de acuerdo a la norma jurídica aplicable. Ello de manera rígida y sin considerar los elementos del caso en concreto. En efecto, el sentenciador se limita a estimar que, quien impugna la filiación es su progenitor, lo que fue demostrado por la pericia biológica correspondiente, de lo que resulta que al ser un medio de convicción ha permitido fehacientemente establecer su filiación, y por el contrario, no habiéndose acreditado la configuración de la posesión notoria de hijo respecto del demandado, no puede ser aplicada la excepción contenida en el artículo N°200 inciso 2° del Código Civil.

Vale decir, lo relevante del fallo esta orientado en estimar lo peticionado por el actor y desde allí otorgar la pretensión del mismo, esto al valorar la prueba biológica como exclusiva y excluyente, en donde de acuerdo a los resultados se agota la discusión.

Se aprecia ausencia absoluta de un razonamiento que dé cuenta de lo que-efectivamente- es relevante para el niño de autos, siempre la mirada es desde el actor y la pretensión que lleva envuelta su demanda.

En ese contexto, aparecen relevantes los fundamentos del voto de minoría quien sostiene que mantener la filiación determinada es, justamente considerar el interés superior del niño. Ello comprende el haber construido y ejercido su derecho a la identidad, ya que, desde los dos meses de vida y actualmente con seis años de edad se ha sentido e identificado como hijo del

demandado y de la familia que han formado, lo que evidentemente resulta ser lo más positivo para el niño. Desde allí no parece ser un razonamiento que sea concordante con las características propias del Derecho de Familia, esto es dinamismo y flexibilidad para interpretar la norma considerando el mejor interés del niño de causa.

En ese sentido, el cambiar su filiación sólo surtirá efectos desde lo material y lo jurídico, ya que el niño seguirá siendo parte de la familia con la cual ha vivido, desde ahora con un apellido distinto a los de sus hermanos. Ese hecho es posible considerarlo como perjudicial, no sólo con la mirada de ejercer el derecho a su identidad que ha ido moldeando, sino, claramente, lo ha transformado en un ser socialmente vulnerable.

De igual forma, no se refleja en el fallo que el niño de causa haya ejercido el derecho a ser oído de acuerdo a su edad y madurez, elemento que parece fundamental para el debido respeto de sus derechos y consideración como sujeto de derecho. De igual forma se aprecia ausencia de haber considerado el entorno del niño de causa y los factores de riesgo y de protección de cada uno de los entornos con que se vincula lo cual resulta relevante en este tipo de materias.

Desde una vereda anterior y considerando la tendencia jurisprudencial, especialmente de los Tribunales de Segunda Instancia en materia de impugnación y reclamación de paternidad³⁸⁶, cabe observar que al interponer excepción de cosa juzgada en el procedimiento y ante dos normas de igual jerarquía, debe prevalecer el principio del interés superior, norma que tiene su base en un Tratado Internacional suscrito por Chile, prevaleciendo en este caso, la norma de mayor jerarquía, por sobre la excepción de cosa juzgada, aunque sea totalmente procedente.

De los fallos tanto de primera y segunda instancia y fallo de nulidad comentados en materia de reclamación e impugnación de paternidad, resulta relevante en los Tribunales, especialmente los superiores de justicia la aplicación del principio del interés superior, incluso por sobre la excepción de cosa juzgada. Sin embargo no puede dejar de llamar la atención el voto de

³⁸⁶ Como lo releva Lefort, C, en “La norma relativa a cosa juzgada no prevalece sobre interés superior del niño”, Punto Lex, 2010, pág. 80-120. Recuperado de: CL/DOC/984/2009 (Consultado el día 20 de agosto del año 2018), destacando que al interponer el demandado excepción de cosa juzgada en causas de reclamación de paternidad y habiendo sido acogida la excepción, esta instancia se ha inclinado por revocar el fallo apelado, declarando al demandado como padre del menor. El razonamiento para ello, es tener presente que “una norma procesal –como la relativa a la cosa juzgada– no puede prevalecer por sobre principios universalmente aceptados de protección de los derechos del niño y el derecho de estos a saber quienes son sus padres, es decir, el respeto y la debida consideración a conocer su identidad y sus orígenes”.

minoría, por ser justamente de minoría y el sentido que se le da en cuanto a la aplicación del principio, la cual debiera ser la línea jurisprudencial.

Por ello, no se aprecia una tendencia jurisprudencial unívoca, en cuanto a reconocer el principio como aceptado universalmente e incorporado en nuestra legislación, sin perjuicio de ello la aplicación del mismo no aparece uniforme al interpretar cual es el mejor interés para los NNA, pudiendo concluir que queda al arbitrio de quienes son los responsables de su aplicación. Ello genera inseguridad jurídica en cuanto a la interpretación de la normativa.

Sentencia N° 2.- **Solicitud de susceptibilidad de adopción** ³⁸⁷

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique.
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 28 de mayo de 2018.-
- 3.- **Materia:** Solicitud de susceptibilidad de adopción.
- 4.- **Rol de la Causa:** A-13-2017
- 5.- **Partes:** Recurrente y recurrido
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Apelación de la sentencia de primera instancia.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** Comparece el abogado del Servicio Nacional de Menores, quien en virtud de lo dispuesto en la ley N° 19.620, solicita al Tribunal se declare la susceptibilidad de adopción de la niña de autos.

Indica que la niña ingresa por primera vez a una residencia, junto a su hermano en el año 2012, en cumplimiento de una causa proteccional seguida ante el mismo Tribunal, dado los antecedentes de negligencia grave en el cuidado de los niños por parte de su madre, encontrándose en aquel periodo el padre privado de libertad. En dicha causa se pudo constatar que existe inhabilidad e incompetencia parental de la madre, padre y de la familia extensa para asumir el cuidado personal de la niña y los dos niños de manera responsable, nutridora y definitiva, solicitando en una primera oportunidad la susceptibilidad de adopción de la niña de autos y sus

³⁸⁷ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE. Sala Única (28 de mayo del 2018), Sentencia Rol C 50-2018 Familia.

hermanos, oponiéndose a tal solicitud el abuelo materno y otorgándole en definitiva como medida de protección por un año el cuidado de los tres niños. No obstante, un mes después hace entrega de manera extrajudicial los niños a la madre de éstos. La madre es derivada a una serie de programas que tenían como objetivo fortalecer las habilidades parentales, demostrando escasa adhesión y no presentando avances en ese sentido.

Se destaca la grave vulneración de los derechos de la niña quien se encuentra actualmente institucionalizada, no recibiendo de parte de su familia biológica lo necesario para un adecuado y nutridor desarrollo biopsicosocial por carecer la familia de las competencias parentales mínimas que le permitan asumir los cuidados de manera responsable.

En cuanto a la contestación de los padres y oposición de los parientes, los primeros se oponen a la solicitud indicando que no se encuentran de acuerdo con las apreciaciones de los informes, señalando que existe familia biológica extensa que puede hacerse cargo de manera eficiente de la niña, resguardando su derecho en conocer su historia y verdadera procedencia biológica y a tener una vinculación afectiva con su familia. Se opone además, la abuela paterna, alegando que siempre ha estado presente en la vida de la niña, existiendo un apego efectivo con ésta y su hermano.

En fallo de primera instancia hace referencia a los resultados negativos de los progenitores y familia extensa para hacerse cargo de los cuidados de la niña. Establece que la relación con la abuela opositora, en donde de acuerdo a los resultados periciales ha estado presente de manera intermitente en la vida de la niña, presenta habilidades parentales contraindicadas en relación a su nieta, no obstante, existen diferencias de tales habilidades en relación con el hermano de la niña, egresando al niño con la abuela a pesar que tiene habilidades disminuidas, y principalmente porque constituye un referente para su nieto, agregando el fallo que se podría presumir que si se podría trabajar parte de sus habilidades. Vale decir, según los informes la abuela presentaría habilidades parentales para uno de sus nietos pero no para todos.

En cuanto a la situación del programa de Intervención para niños Institucionalizados (PRI) indica que ha intervenido de manera prematura, ya que sus bases técnicas sólo permiten que se ingresen casos de niños ya declarados susceptibles de ser adoptados por sentencia firme y ejecutoriada, sin embargo por derivaciones administrativas internas no aprobadas por este Tribunal el programa ha intervenido antes de lo ajustado a su normativa, lo

cual hace dudar de la intencionalidad del programa en una intervención temprana. No obstante, por todas las consideraciones, probanza rendida, y fundamentos de derecho se acoge la solicitud y se declara que la niña de autos es susceptible de ser adoptada.

Se presente recurso de apelación, siendo confirmada la sentencia de primera instancia.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar la susceptibilidad de adopción de la niña de autos. Determinar si los progenitores como la familia extensa se encuentran en condiciones de asumir sus cuidados. Las ventajas que le reportarían que se declare su susceptibilidad de adopción.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Ley de adopción N° 19.620; Convención sobre los derechos del niño.

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Se alega que no es posible concluir que la abuela materna sea considerada apta para ejercer el cuidado personal de uno de sus nietos y no de la niña de autos, considerando que se ha encontrado presente siempre en la vida de ambos niños. Que existe el apoyo de la familia extensa y el interés de hacerse cargo de la niña. Se hace presente la inadecuada intervención del programa para niños institucionalizados (PRI) de manera previa, esto es, antes que la niña sea declarada susceptible de ser adoptada. Ello genera en la niña expectativas de ser adoptada por una familia distinta a la de origen, internalizándolo desde una mirada positiva.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:**

15.- **Razonamiento del fallo:** En el fallo no se aprecian razonamientos, limitándose a establecer que, atendido los antecedentes y dispuesto a lo establecido en el artículo N°67 y siguientes de la ley de adopción se confirma el fallo apelado. Se hace presente que el informe del fiscal judicial señala que por encontrarse la resolución recurrida conforme a derecho y a sus antecedentes, solicita la confirmación del fallo de primera instancia, por lo que de igual forma no existen fundamentos en dicho informe, lo cual aparece inadecuado por lo sensible de la materia.

16.- **Resultados del juicio:** Se confirma la sentencia apelada

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:**

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo:** En el fallo analizado se percibe que no se considera de manera primordial el interés superior de la niña, negándole el derecho a la identidad y a vivir en su familia de origen y lo que es más gravoso aún, separándola de su hermano de manera definitiva.

Claramente la intervención temprana del programa (PRI) contribuye a que la niña considere de manera positiva la posibilidad de ser adoptada, lo cual, bajo ningún concepto se ajusta al espíritu de la Convención.

Desde una mirada general es apreciable la ausencia de políticas públicas orientadas a la prevención, con la finalidad de minimizar las consecuencias en cuanto a los factores de riesgo en este tipo de familias desestructuradas, sin duda el contar con un plan integral que involucre a la familia en su totalidad los destinos de la niña de causa, su familia y su historia serían distintas a la sentenciada en el fallo analizado.

Por otra parte, y analizado el fallo de segunda instancia, el que no señale los razonamientos que tuvo a la vista para confirmar el fallo apelado no contribuye de manera alguna a llegar a determinar como razonaron los ministros de Corte de Apelaciones de Iquique para considerar que declarar a la niña de autos es susceptible de ser adoptada considera su mejor interés.

Si bien es apreciable una constante referencia al principio del interés superior en las diversas instancias, de igual manera es observable que no existe una línea jurisprudencial definida en la forma de aplicación del principio, así por ejemplo es posible percibir en un periodo anterior a la dictación del fallo comentado, sentencia dictada por igual Tribunal de fecha 24 de julio del año 2013³⁸⁸ por igual materia de susceptibilidad de adopción, en el cual es acogido recurso de casación en el fondo, dándose a lugar a la susceptibilidad. La decisión se basa en la aplicación del principio del interés superior del niño al señalar que “debe considerarse como un principio rector de interpretación y de decisión, de lo que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal, orientado al equilibrio y sano desarrollo de su personalidad, en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral”. Sin duda, la interpretación del principio es recogido de una mirada distinta en igual materia, en relación al fallo del año 2018 comentado. El considerarlo un principio de interpretación implica recoger las particularidades del caso sub lite e interpretarlos bajo el prisma del actual mejor interés del niño de autos, no considerado en el primer fallo, lo que tiene como consecuencia, por ejemplo, separar a la niña de autos de su hermano de manera definitiva.

³⁸⁸ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Segunda Sala (24 de julio del 2013), Sentencia Rol 2455-2013.

La dificultad se presenta en la forma de interpretar el principio y su aplicación, lo que claramente rige los destinos en la vida futura de un NNA lo que no puede quedar entregado a la conformación de una sala.

Sentencia N° 3.- **Recurso de Amparo** ³⁸⁹

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 16 de febrero del año 2015.-
- 3.- **Materia:** Recurso de Amparo
- 4.- **Rol de la Causa:** 2548-2015
- 5.- **Partes:** Amparado
- 6.- **Designación de curador ad litem, sí aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Amparo
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** Comparece un tercero, quien interpone acción constitucional de amparo en favor de ciudadano Colombiano, su pareja y el hijo común, menor de edad, en contra de la Intendencia Metropolitana, en virtud del acto arbitrario e ilegal que implicaría la dictación de la Resolución Exenta N° 106, emitida por dicha repartición, mediante la cual se ordena la expulsión del país al amparado. Solicita a la Corte de Apelaciones de Santiago restablezca el imperio del derecho, dejando sin efecto la referida resolución.

Fundamenta el recurso en el hecho que, a favor de quién se presenta el amparo, fue condenado por el 3° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, como autor del delito de robo con violencia y autor del delito de uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito, pena cumplida en el año 2014. No obstante, en el año 2012 la Intendenta Regional Metropolitana, dictó decreto de expulsión del referido sentenciado.

Respecto a dicho procedimiento refiere que ha sido adoptado en contravención con los artículos 65 y 67 del Decreto Ley 1.094, toda vez que el amparado tenía visa de turista, la que debía ser primeramente revocada; y vulnera la protección de la familia formada por el amparado y especialmente los derechos de su hijo menor de edad, al disponer el resquebrajamiento de las relaciones familiares entre los amparados por la expulsión del recurrente.

³⁸⁹ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala (16 de febrero del 2015), Sentencia Rol 2548-2015.

Es informado el recurso por el señor Intendente de la Región Metropolitana, quien señala que el acto impugnado no es arbitrario, toda vez que la expulsión del recurrente ha sido dictada por la autoridad competente, en el uso de sus atribuciones y con causa legal, cual es la comisión de delitos. Señala que la existencia de un arraigo familiar del sentenciado no fue un antecedente tenido a la vista al momento de decretar la expulsión, toda vez que a la fecha de dictación del acto dicho grupo familiar no existía. Refiere que la resolución es autorizado por el artículo N°84 del D.L. N°1.094. Hace hincapié en que el recurso de amparo no es la vía idónea para la impugnación de la medida sancionatoria de autos, toda vez que la forma de atacar el acto señalado es por la vía administrativa, la que no fue ejercida.

En la parte resolutive, se establece que, de los antecedentes que constan en autos, no se advierte la existencia de ilegalidad o arbitrariedad en la decisión contenida en la Resolución ya que la persona en cuyo amparo se recurre se encuentra dentro de la hipótesis contemplada en los artículos 2, 44, 71, 81 y 84 inciso segundo del D.L N° 1.094, tal como se consigna en la mencionada resolución, toda vez que fue condenado por los delitos de robo con violencia y uso fraudulento de tarjetas de crédito y débito. Por esas consideraciones, se rechaza el recurso interpuesto.

Dicha decisión fue acordada con un voto disidente, quien fue del parecer de acoger el recurso, en atención a que la Resolución Exenta del año 2012, aunque formalmente no adolece de defectos que permitan sostener que es arbitrario o ilegal, fue dictado en una época en que, según los antecedentes, sus fundamentos fácticos eran enteramente distintos a los que rigen hoy. Así, la persona en cuyo nombre se recurre ha constituido relaciones familiares y es padre de un menor de edad, lo que a todas luces constituye una alteración del mérito o antecedentes que constituyen el fundamento de la resolución dictada hace dos años, razón por la cual, en concepto del disidente, debe darse lugar al recurso.

Se apela de la resolución que rechaza el recurso, conociendo por esta vía la Excelentísima Corte Suprema, confirma le resolución apelada para lo cual tiene presente que, el recurso de amparo tiene por objeto resguardar la libertad personal y ambulatoria de las personas. Por su parte, el Estado tiene la facultad, de determinar las personas que por haber transgredido su normativa pudieran ser expulsadas del territorio nacional, así como, se prohíbe el ingreso al país de los extranjeros que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al trafico ilegal de migrantes

y a trata de personas y, en general, los que ejecuten actos contrarios a la moral o a las buenas costumbres. En este sentido, corresponde examinar si se dan los presupuestos que demandan las normas mencionadas, para que, la autoridad pueda decretar la expulsión de un ciudadano extranjero.

Al respecto, tanto la Resolución Exenta como el informe evacuado por la autoridad regional, con motivo de estos autos, exponen que la expulsión del amparado se resolvió sobre la base de la información que extranjería tenía el amparado, a esa fecha, esto es, se encontraba con su visa de turista vencida, la cual fue concedida por un plazo de 90 días, registraba orden de detención por delito de consumo o porte en lugares públicos de sustancias comprendidas en la Ley N° 20.000, y estaba recluido, en calidad de imputado por los delitos de robo con violencia y uso fraudulento de tarjetas de crédito, sólo respecto de éstos últimos, fue condenado a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo y 41 días de prisión en su grado máximo respectivamente.

En consecuencia, en este contexto fáctico y normativo, la Intendencia de la Región Metropolitana dictó la Resolución Exenta que, por este acto, se recurre, ya que, efectivamente, el amparado a esa data, se encontraba con su visa de turista vencida, una orden de arresto pendiente e imputado por los delitos de robo con violencia y uso fraudulento de tarjetas de tarjeta de crédito y débito, respecto de las cuales a la postre fue condenado. Antecedentes que se consideran, por los sentenciadores, como suficientes para configurar, la causal de expulsión del amparado, puesto que ello se encuadra dentro de las hipótesis, al tratarse de delitos que atentan, entre otros bienes jurídicos, con la vida de las personas y la fe pública. Sin perjuicio de lo anterior, que los argumentos relativos a la protección constitucional de la familia y el interés superior del niño, son improcedentes en la presente acción constitucional atendida la naturaleza de la misma.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Existencia o inexistencia de ilegalidad o arbitrariedad en decisión contenida en Resolución Exenta dictada por la Intendencia Metropolitana en orden a decretar la expulsión del territorio nacional al amparado. Si la protección constitucional de la familia y el interés superior del niño, resultan improcedentes en acción constitucional de amparo.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Constitución Política, artículo N°21. Decreto ley N° 1.094, establece normas sobre

extranjeros en Chile, artículos 2, 15 N°s 1 y 2, 44, 71, 81 y 84 inciso 2°; Reglamento de extranjería, artículo N°26 N° 2.

13.- **Argumentos legales del amparado, en esencia:** D. L. 1094, artículos 15 N° 2, 65 y 67; Artículo N°19 N° 7 de la Constitución Política del Estado; Artículos 65 y 67 del D.L N° 194 Ley de Extranjería;

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:**

15.- **Razonamiento del fallo:** El recurso de amparo tiene por objeto resguardar la libertad personal y ambulatoria de las personas. Por su parte, el Estado tiene la facultad, de determinar las personas que por haber transgredido su normativa pudieran ser expulsadas del territorio nacional, configurándose la causal de expulsión del amparado, puesto que ellos se encuentran dentro de la hipótesis del artículo 15 N° 2, al tratarse de delitos que atentan contra la vida de las personas y la fe pública. En cuanto a los argumentos relativos a la protección constitucional de la familia y el interés superior del niño, son improcedentes en la acción constitucional, atendida la naturaleza de la misma.

16.- **Resultados del juicio:** Se confirma la sentencia apelada y se rechaza el recurso de amparo.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** El resultado del juicio, fue acordado con dos votos en contra quienes estuvieron por revocar la sentencia impugnada, porque la Resolución Exenta N° 106, manifestando que tal acto administrativo, sólo se fundamenta en una formalización y no en una decisión jurisdiccional que hubiese declarado algún hecho que pueda entenderse comprendido en la hipótesis del artículo N°64, inciso final del Decreto Ley N° 1.094, pues las alternativas fácticas de los números 1 y 2 del artículo N°15 citado en la aludida resolución no se vincula al caso.

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** El fundamento de los votos disidentes dice relación con cuestiones de fondo, que no representan, la posibilidad de considerar que al expulsar al amparado, lo que resulta es la disgregación de la unidad familiar. Ello implica no estimar el principio del interés superior del niño, como consideración primordial en todo asunto que le afecte a NNA de manera directa o indirecta, en este caso el mantener un apego constante y seguro con su progenitor. El haber formado el amparado una familia, no es considerado como una causal suficiente para su

permanencia en el país, observación que a realizado el Comité sobre los Derechos del Niño³⁹⁰.

Conociendo por vía de recursos, la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia dictada con anterioridad a la analizada, de fecha 23 de diciembre del año 2009³⁹¹, acoge el habeas corpus, ordenando dejar sin efecto el decreto en cuestión, estimando que éste atenta contra la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Uno de los fundamentos para ello, resulta del todo relevante al establecer que, la decisión contra la cual se ha interpuesto la acción constitucional es ilegal, ya que afecta lo establecido en el artículo 1° de la CPE, debiendo propender al fortalecimiento de ésta, derecho consagrado por diversos Tratados Internacionales relativos a la protección de la familia, por lo que en caso de llevarse a efecto la medida en contra de la cual se recurre se procederá a la disgregación de la familia.

En una lógica coincidente, en sentencia dictada con fecha 14 de septiembre del año 2012³⁹², se revoca sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo el habeas corpus, dejando sin efecto la resolución que revocó su permiso de permanencia definitiva y el decreto de expulsión de su país, como fundamento en la afectación de la unidad familiar. El cumplimiento de la resolución manifiesta el máximo Tribunal, trae inevitables consecuencias en los hijos de la amparada, afectando la expulsión al interés superior del NNA al disponerse la separación de los padres, perturbándose su identidad familiar y nacional, infringiendo con ello los compromisos asumidos por el Estado, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁹⁰ Concordante con lo previo, lo observa Henríquez, M, en “El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes: Análisis jurisprudencial”, 2014, *Ius Et Praxis*. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100015> (Consultado el día 21 de agosto del año 2018), quien muestra una línea jurisprudencial que permite identificar una serie de sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema que dan cuenta que el habeas corpus es un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes cuando es dictado un decreto de expulsión, acogiendo las acciones incoadas, considerando para ello tres razones: a) La protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad b).- El actuar ilegal de la autoridad administrativa durante la ejecución de la orden de expulsión c).- La falta de proporcionalidad o fundamentos de los ordenes de expulsión.

En cuanto a las primeras de las razones, la autora hace presente que la tendencia en las Cortes de Apelaciones es ha rechazar el habeas corpus interpuesto, fundamentando para ello que el decreto de expulsión fue dictado por autoridad competente y en el ejercicio de las atribuciones que le son conferidas por ley.

³⁹¹ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Tercera Sala (23 de diciembre del 2009), Recurso de Apelación Rol 8228-2009.

³⁹² EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Segunda Sala (14 de septiembre del 2012), Recurso de Apelación Amparo Rol 7018-2012.

La misma tendencia se puede observar en fallo dictado por la Corte Suprema de fecha 11 de julio del año 2013³⁹³, donde se revoca la sentencia apelada y se acoge el habeas corpus, manifestando que existe un nuevo antecedente que no se puede obviar como es el nacimiento de una hija chilena y la importancia para la amparada de la conformación de una familia en este país como elemento a ponderar al resolver la permanencia o expulsión de un extranjero.

Se resalta la particularidad de las sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema, la cual no funda sus fallos en la afectación de la libertad personal o la seguridad individual de los amparados; sino justifica sus decisiones en conculcación de un bien jurídico protegido, la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Lo que llama la atención es la disparidad de criterio que es abordado por el mismo Tribunal independientemente de la época, lo cual pone en riesgo la certeza jurídica de derechos básicos y permanentes, sin embargo se puede explicar ya que en la legislación procesal orgánica nacional dispone la elección de Ministros en cada sala especializada cuya conformación no es permanente en el tiempo, lo que explica el cambio de línea jurisprudencial en razón a la relevancia del instrumento procesal utilizado para promover el pronunciamiento del Tribunal (habeas corpus de la madre), en la decisión final de dar cumplimiento a la facultad conservadora del máximo Tribunal y en uso de esta atribución pronunciarse sobre los derechos fundamentales del NNA en conflicto con la decisión administrativa de expulsión, donde sin duda se debería haber adoptado la solución por el principio del ISN, privilegiando el resguardo de sus derechos antes que el criterio migratorio adoptado por la autoridad administrativa.

Ello cobra sentido se considera un reciente fallo dictado por el mismo Tribunal con fecha 16 de mayo del año 2018³⁹⁴, donde la Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, la cual rechaza la acción Constitucional de amparo, estableciendo que de ejecutarse la medida transgrede no sólo la unidad familiar, sino también el interés superior de los hijos menores, pues se perturbará su identidad familiar y nacional infringiendo los deberes que se le impone a los Estados la Convención sobre los Derechos del Niño, acogiendo en definitiva la acción de

³⁹³ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala. (11 de julio del 2013), Apelación Recurso de Amparo, Rol 4466-2013.

³⁹⁴ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Segunda Sala Penal. (16 de mayo del 2018), Apelación Recurso de Amparo, Rol 8689-2018.

amparo. Ello con un voto de minoría, quien compartiendo los fundamentos de la sentencia apelada, estuvo por confirmarla, tendiendo además en consideración que la autoridad administrativa ha obrado dentro del límite de sus atribuciones, con estricto apego a las normas contenidas en la Carta Fundamental y normativa sobre Extranjería.

Sin duda en esta materia no existe un criterio jurisprudencial único quedando al arbitrio de la Constitución de la sala la relevancia que se le otorga a la aplicación del ISN.

Sentencia N° 4.- **Excepción de prescripción de la acción ejecutiva destinada a obtener el pago de las pensiones alimenticias devengadas** ³⁹⁵

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 17 de diciembre del año 2013
- 3.- **Materia:** Excepción de prescripción de la acción ejecutiva destinada a obtener el pago de las pensiones alimenticias devengadas.
- 4.- **Rol de la Causa:** 5558-2013
- 5.- **Partes:** Recurrente y recurrido
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el fondo
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.jurischile.com/2013/127pension-alimenticia-excepcion-de.html
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** En causa de cumplimiento de alimentos, la alimentante opuso la excepción de prescripción extintiva de la acción destinada a obtener el pago de las pensiones alimenticias devengadas entre el año 2001 y el 2010, y que el Tribunal considere prescritas de acuerdo a derecho, petición que fue desestimada en sentencia de primera instancia.

La parte demandante dedujo recurso de apelación en contra de la referida resolución y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó.

El recurso hace presente que, los sentenciadores yerran al rechazar la solicitud de prescripción extintiva por estimar que en favor de los menores opera la institución de la suspensión regulada en el artículo N°2509 del

³⁹⁵ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Tercera Sala (17 de septiembre del 2013), Sentencia Rol 5558-2013 Familia.

Código Civil, norma a la que se remite el artículo N°2520, inciso 1°, del mismo cuerpo legal, porque, conforme a la doctrina, dicha institución sólo está referida a las acciones ordinarias, de tal manera que tratándose de las ejecutivas correrían contra toda persona y, no admiten suspensiones de ninguna especie, salvo que la ley lo diga expresamente, la que no existe.

Agrega que dentro de las excepciones a la institución de que se trata, está la norma contemplada en el inciso 2° del artículo N°2520 del citado código, que dispone que transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones que menciona en el inciso precedente, lo que se configura en la especie. La otra excepción, está dada por lo que dispone el artículo N°2515 del Código Civil, en concordancia con lo previsto en el artículo N°442 del Código de Procedimiento Civil, que señala que el juez debe examinar el título y si tiene más de tres años debe desechar la ejecución, salvo que se pruebe la subsistencia de la acción ejecutiva por alguno de los títulos ejecutivos que contempla el artículo N°434 del último cuerpo legal mencionado, situación que no ocurre en la especie. Afirma que la Corte ha declarado, en reiteradas oportunidades, que este tipo de prescripción no se suspende, dado que la norma recién citada entrega un plazo de caducidad.

Añade que la acción de cumplimiento de pensiones de alimentos tiene un carácter ejecutivo, debiendo aplicarse en lo no previsto por las del cumplimiento incidental del Título XIX del Código de Procedimiento Civil y por las del juicio ejecutivo establecidas en el Libro III del mismo código, y si bien en materia de alimentos existe una normativa especial, no se refiere al plazo de prescripción extintiva de la acción, por lo que debe aplicarse la normativa general que indica que prescribe en tres años. Por otro lado, la interrupción de la prescripción sólo se produce con la notificación válida del mandamiento, lo que, en el caso de autos, sería la liquidación de la deuda.

Afirma, que si bien la legislación señala que es imprescriptible el derecho de demandar alimentos, establece que respecto de las acciones para obtener el cobro judicial de los alimentos devengados y no pagados corre la prescripción a favor del deudor de acuerdo a las reglas generales, en atención a lo señalado en el artículo N°336 del Código Civil. La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia se cuadra con la tesis que el plazo de prescripción de las acciones destinadas a obtener el cobro judicial de las pensiones alimenticias devengadas y no pagadas es de tres años, en atención a que su cumplimiento se rige por procedimientos especiales de ejecución, los cuales se rigen por los plazos generales de prescripción extintiva de las acciones ejecutivas, ya que

no existe una norma que señale un plazo especial respecto de ellas, como ocurre en el caso de los títulos de crédito.

Se establece que la sentencia incurrió en errores de derecho en relación a lo que disponen los artículos 2509, 2515, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524 del Código Civil y 442 del de Procedimiento Civil, porque la institución de la suspensión en la prescripción extintiva operaría a favor de las personas signadas en los numerales 1 y 2 del artículo N°2509 del Código Civil, esto es, a favor de los menores de edad, pero el inciso 2° del artículo N°2520 del citado código dispone que no se tomarán en cuenta las suspensiones transcurridos diez años, pero una interpretación más amplia de la norma hace deducir que es una sanción legal en contra del negligente representante legal del menor y que, por lo tanto, elimina en sí la institución y, en consecuencia, se deben tener por prescrita la acción. En cualquiera de los dos casos existe infracción de ley que hace que el recurso sea procedente y que deba acogerse en forma parcial.

En lo que disponen los artículos 2515 del Código Civil y 442 del de Procedimiento Civil, señala que entregan el mandato legal en orden a que el tribunal debe denegar la ejecución si el título presentado tiene más de tres años. Las pensiones alimenticias son obligaciones de tracto sucesivo que se renuevan mes a mes, por lo tanto, al momento de exigirse el cumplimiento se renueva el título sólo por tres años hacia atrás, dado que el plazo que señala la norma es de caducidad, ergo, no se puede ejecutar por obligaciones que superen dicho plazo. Los jueces de la instancia infringieron las normas citadas al no dar lugar a la prescripción, aplicando la suspensión, y sin siquiera señalar que las acciones para hacer exigible el cobro de las pensiones adeudadas además de estar prescritas, están caducas.

También se infringe la norma contenida en el artículo N°2524 del Código Civil, en relación a lo que previenen los artículos N°s2523, 2522, 2521 y 2515 del mismo código, dado que las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos corren contra toda persona, y, por otro lado, el artículo N°2523 entrega la norma general respecto a las prescripciones de los artículos N°2521 y 2522 del mismo código, en cuanto no admiten suspensión alguna. La doctrina ha extendido dichos artículos al resto de las prescripciones de corto tiempo entre las que se encuentra la acción ejecutiva.

Ante la colisión de derechos que se ha generado -la defensa de los derechos de los incapaces versus el principio de certeza jurídica dado por la

prescripción-, la suspensión de la prescripción opera sólo respecto de la acción de cobro ordinaria para hacer exigible vía civil las pensiones de alimentos adeudadas, y no la referida a las acciones de tipo ejecutivo para exigir su cobro.

Se solicita, se acoja el recurso, se anule la sentencia impugnada y se dicte la de remplazo; y en el caso improbable que se estime que procede la institución de la suspensión de la prescripción, que a lo menos se tengan por prescritas aquellas pensiones que tengan una data superior a diez años.

Los errores de derecho que se denuncian dicen relación con la circunstancia que los jueces del fondo aplicaron, al caso de autos, la institución de la suspensión de la prescripción como modo de extinguir las acciones judiciales, lo que, en concepto del recurrente, no corresponde porque la acción ejercida es la ejecutiva de cobro de pensiones alimenticias, esto es, de aquellas que la doctrina califica como de corto tiempo y que, por lo mismo, no admite la suspensión, y porque, en todo caso, transcurrió con creces el plazo de diez años a que se refiere el inciso 2° del artículo N°2520 del Código Civil. Además, porque no entendieron que el derecho a demandar alimentos es imprescriptible más no la acción para obtener compulsivamente el pago de pensiones alimenticias adeudadas.

Manifiesta la Corte, que, de acuerdo a lo que dispone el artículo N°2520 del Código Civil, la prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1° y 2° del artículo N°2509, esto es, entre otras, en favor de los menores. Su fundamento está dado porque el legislador entiende que los incapaces están imposibilitados de ejercer sus derechos deduciendo las acciones que contempla la legislación. Si bien es efectivo que los incapaces normalmente tienen representantes legales que pueden interrumpir el curso del término legal respectivo, como pueden simplemente no tenerlos o ser indolentes, lo que implicaría que perderían sus derechos sin estar jurídicamente en condiciones de evitarlo.

Conforme lo prevé el inciso 2° del artículo N°2520 del Código Civil, transcurridos diez años no se deben tomar en cuenta las suspensiones que menciona en su inciso 1°. Lo anterior, para evitar que situaciones jurídicas y también el ejercicio de derechos queden en estado de incertidumbre de manera indefinida, permitiendo el legislador, de esa manera, que se consoliden en beneficio de la seguridad jurídica, necesaria y esencial en las relaciones de carácter patrimonial.

Una parte de la doctrina, estima que no es aplicable la prescripción por el tenor del artículo N°442 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que señala que el tribunal debe denegar la ejecución si el título presentado tiene más de tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible; unido al hecho que se considera que no se trata de un caso de prescripción sino de caducidad, la que no admite suspensión; y, otra parte de la doctrina manifiesta, que sí procede, porque el artículo N°2520 del Código Civil no contiene ninguna excepción sobre la materia.

Atendido lo expuesto, se debe concluir que los jueces del fondo al rechazar la excepción de prescripción de la acción ejecutiva por estimar que estaba suspendida, no obstante que había transcurrido en exceso el plazo de diez años, infringieron lo que dispone el inciso 2° del artículo N°2520 y el inciso 1° del artículo N°2515 del Código Civil; razón por la que corresponde acoger el recurso que se examina, en la medida que el yerro influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, por cuanto condujo a desestimar íntegramente la referida excepción; estimándose inoficioso pronunciarse respecto de las demás errores de derecho denunciados.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos N°764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia y anulándose la se la reemplaza por la que se dicta, separadamente, sin nueva vista.

La sentencia de reemplazo establece que se eliminan todos los fundamentos de la sentencia de primera instancia, se reproducen los signados con los números 3°, 4° y 6° de la de casación, y se tiene, además, presente:

1° Que, del análisis conjunto de las normas contenidas en los artículos N°334 y 335 del Código Civil, se puede colegir que el derecho a pedir alimentos está fuera del comercio humano y es de carácter imprescriptible. Sin embargo, conforme lo dispone el artículo N°336 del citado código, las pensiones de alimentos decretadas y devengadas pueden ser renunciadas o compensadas; y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio del derecho que le asiste al deudor de alegar la prescripción como medio de extinguir la acción judicial ejercida para obtener el pago de las pensiones alimenticias adeudadas, en el caso de autos, de la ejecutiva intentada por la madre de los alimentarios;

2° Que, de acuerdo a lo que previene el artículo N°2514 del Código Civil, la prescripción, como medio de extinguir las acciones judiciales, exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. De acuerdo a lo que dispone el artículo N°2515 del mismo cuerpo legal, ese tiempo es de tres años para las acciones ejecutivas y se cuenta desde que la obligación se hizo exigible;

3° Que la obligación de pagar alimentos es de tracto sucesivo, esto es, una que por su naturaleza no puede ser cumplida de inmediato, toda vez que sus efectos nacen y se cumplen a través del tiempo, y que, por lo mismo, consiste o se traduce en una prestación periódica o continua. En ese contexto, se debe concluir que el término legal necesario para declarar la prescripción corre a partir de la fecha en que se hizo exigible cada mensualidad, oportunidad a partir de la cual el alimentario puede ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere para obtener su pago íntegro, debiendo, en todo caso, respetar las disposiciones que norman la prescripción extintiva,

4° Que, como se señaló, el demandado dejó de pagar a partir de la pensión alimenticia correspondiente al mes de noviembre de 2001, y como fue notificado de la resolución que tuvo por practicada la liquidación y ordenó ponerla en conocimiento de las partes, bajo apercibimiento de tenerse por aprobada sino fuere objetada, con fundamento plausible, dentro de tercero día, en el mes de mayo de 2013, se debe necesariamente concluir que corresponde acoger la excepción de prescripción de la acción ejecutiva respecto de aquellas pensiones adeudadas con anterioridad al mes de abril de 2010.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca, en lo apelado, la sentencia y se declara que se acoge la excepción de prescripción de la acción ejecutiva en relación a las pensiones alimenticias devengadas entre el mes de noviembre de 2001 y el mes de abril de 2010.

El fallo fue acordado con un voto de minoría, quien estuvo por rechazar el arbitrio interpuesto, por los fundamentos esgrimidos en la disidencia que se contiene en el fallo de nulidad.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar la procedencia de la excepción de prescripción extintiva de la acción destinada a obtener el pago de las pensiones alimenticias devengadas entre el mes de noviembre de 2001

y el mes de mayo de 2010, o las pensiones alimenticias devengadas y que el tribunal considere prescritas de acuerdo a derecho.

12.- Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:

Fundamentalmente se basa en los artículos 334, 335, 336; numerales 1° y 2° del artículo N°2509, inciso 1°, 2° y 3° del artículo N°2520, inciso 1° del artículos N°2514, 2515 del Código Civil; artículos N°186, 442, 764, del Código de Procedimiento Civil.

13.- Argumentos legales del recurrente, en esencia: Artículos N°2509, 2509, 2515, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524 del Código Civil y 442 del Código de Procedimiento Civil.

14.- Argumentos legales del apelado, en esencia:

15.- Razonamiento del fallo: El estudio que realiza el fallo considera el análisis conjunto de las normas contenidas en los artículos N°334, 335 y 336 del Código Civil,

Se considera además lo que previene el artículo N°2514 del Código Civil, la prescripción, como medio de extinguir las acciones judiciales, exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

De acuerdo a lo que dispone el artículo N°2515 del mismo cuerpo legal, ese tiempo es de tres años para las acciones ejecutivas y se cuenta desde que la obligación se hizo exigible;

La obligación de pagar alimentos es de tracto sucesivo, esto es, una que por su naturaleza no puede ser cumplida de inmediato, toda vez que sus efectos nacen y se cumplen a través del tiempo, y que, por lo mismo, consiste o se traduce en una prestación periódica o continua. En ese contexto, se debe concluir que el término legal necesario para declarar la prescripción corre a partir de la fecha en que se hizo exigible cada mensualidad, oportunidad a partir de la cual el alimentario puede ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere para obtener su pago íntegro, debiendo, en todo caso, respetar las disposiciones que norman la prescripción extintiva.

16.- Resultados del juicio: Se revoca, en lo apelado, la sentencia dictada en segunda instancia y se declara que se acoge la excepción de prescripción de la acción ejecutiva en relación a las pensiones alimenticias devengadas entre el mes de noviembre de 2001 y el mes de abril de 2010.

17.- Fundamentos del voto de minoría, si aplica: El voto de minoría se basa en los siguientes argumentos:

La suspensión de la prescripción es la detención del cómputo del plazo durante el tiempo que persista la causa que la originó; pero, desaparecida ésta, el plazo continúa contándose de forma tal que al período anterior al acaecimiento de la causa suspensiva, se agrega el posterior a la cesación de la misma, de manera que el único tiempo que no se cuenta es el transcurrido mientras existió la causa de la suspensión.

En cuanto al fundamento de la suspensión de la prescripción extintiva, se encuentra en el derecho romano, significando que no corre la prescripción contra el que no puede hacer valer sus derechos, es decir, como nadie está obligado a lo imposible, no resulta procedente ni jurídico dar por cumplida la prescripción en detrimento de quien por una insuperable dificultad de hecho no pudo accionar en válidamente de su derecho.

Es un hecho palmario que el legislador ha consagrado como principios rectores para el Juez de Familia, el interés superior del niño y adolescente y su derecho a ser oído. En ese contexto se inscribe la circunstancia relevante y paladina, que los menores por su condición de tales, poseen en determinadas esferas del Derecho de Familia un estatuto diferente del resto de los intervinientes y operadores que integran el aludido sistema, y ese trato diverso, no puede jamás traducirse en discriminación negativa, por el contrario, el propósito tenido en cuenta para instaurar esas diferencias es precisamente dotar de un apropiado amparo, resguardo y protección a quienes, en concepto de la ley, no se hallan en condiciones idóneas para desenvolverse en el ámbito forense, ya sea por razones de edad, cognición o comprensión, y con esas reglas de salvaguarda se intenta morigerar los eventuales desequilibrios producidos, ya que las disposiciones legales atinentes a la materia en análisis, consolidan aspectos sustantivos de protección a los menores y al mismo tiempo propenden al debido proceso, con ello se resguarda y preserva de un modo más adecuado la ecuanimidad que debe observarse en el mundo jurídico.

En la causa, resulta inevitable la alusión al principio relativo al interés superior del niño, postulado que contiene un fin legítimo, pero que, además, requiere una concreción real, que en el caso sublite se materializa con la circunstancia específica, que el transcurso del plazo a que se refiere el inciso segundo del artículo N°2520 del Código Civil, no puede iniciar su cómputo mientras los menores continúen con el impedimento legal, que constituye en realidad un beneficio del que gozan por expresa disposición legal y que ha sido debidamente resguardado por el ordenamiento jurídico.

Tal criterio de interpretación resulta acorde con la naturaleza de protección que informa todo el Derecho de Familia y conforme al cual no puede desconocerse lo que prescribe la ley en el inciso segundo del artículo N°2509 e inciso primero del artículo N°2520 del Código del Ramo, en orden a que la prescripción se suspende en favor de los menores de edad. Tales disposiciones de índole sustantiva no pueden quedar sin aplicación por lo dispuesto en el inciso final de la última de las normas mencionadas, en cuanto establece que trascurridos diez años no se tomará en cuenta la referida suspensión, al tener este precepto un carácter meramente adjetivo, no siendo factible que por el mismo se prive o haga ilusorio un beneficio que la ley estableció precisamente en razón de proteger a los menores de edad.

Así las cosas el plazo de prescripción de tres años, por tratarse de una acción ejecutiva la ejercida en autos, cuyo título ha sido el avenimiento aprobado judicialmente, como equivalente jurisdiccional, no puede contabilizarse aún, pues ha operado en la especie la suspensión de la prescripción, en razón de la minoría de edad de los alimentarios, situación que se mantiene incólume mientras exista esa condición, no siendo procedente, la afectación de sus derechos -con la aplicación del instituto de la prescripción- debido a una eventual negligencia de terceros en ejercer los derechos en representación de los menores, ya que éstos últimos se encuentran en indefensión producto del impedimento legal que los afecta.

En las condiciones descritas, a juicio del disidente, corresponde desestimar el recurso de nulidad impetrado, puesto que los sentenciadores han actuado dentro del marco legal y acertadamente al resolver como lo hicieron, reconociendo la procedencia de la suspensión de la prescripción de la acción ejercida para el cobro de las pensiones alimenticias adeudadas, en razón de la minoría de edad de los alimentarios, en cuyo beneficio cede la obligación alimenticia establecida y que es de cargo del alimentante de autos.

18.- Observaciones fundadas respecto del fallo. Si bien es posible considerar que el razonamiento y la aplicación de la norma es la correcta, cabe señalar que no se considera la aplicación del interés superior del niño como una consideración principal, ello, ya que los alimentarios quedan en la indefensión al no poder resguardar sus derechos ante un sistema que se encuentra diseñado para adultos y donde percibir los alimentos devengados y no pagados queda entregado a la voluntad del representante legal de los NNA. En el caso analizado se priva a la niña de autos de poder percibir alimentos

que legalmente le corresponde por la inactividad de quien sus derechos debe representar en juicio, lo que debe ser considerado por el Tribunal.

Distinto razonamiento es observado en fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 3 de marzo del año 2018³⁹⁶ en el cual se señala que, el fundamento de la institución de la prescripción extintiva, es impedir que se compute contra el que no puede hacer valer sus derechos. Manifiesta que en este caso resulta inevitable la aplicación del principio del interés superior del NNA, en razón de la minoría de edad de la alimentaria, no siendo procedente la afectación de sus derechos por la aplicación de la institución de la prescripción como resultado de una negligencia de su representante en orden a ejercer los derechos pertinentes, ya que la niña se encuentra en indefensión, siendo la principal perjudicada, producto del impedimento legal que le afecta, no dándose lugar a la excepción de prescripción. Razonamiento que concreta la aplicación del principio, dándole sustento y finalidad orientado en cuanto a la decisión adoptada.

Sin embargo, desde una visión crítica orientada en resaltar que en materia de alimentos no existe en la legislación nacional regulación en cuanto al control y seguimiento del gasto efectivo de los alimentos menores que tengan por finalidad la satisfacción efectiva de las necesidades de los alimentarios quedando al libre arbitrio del adulto responsable. Claramente en materia de alimentos se percibe una desprotección de los NNA ya que dependen de la actividad o inactividad del representante para ejercer el cobro de los alimentos y del arbitrio del adulto responsable en la satisfacción de sus necesidades.

En la misma dirección del primer fallo es examinada la sentencia dictada por la misma Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 12 de febrero del año 2018³⁹⁷, un mes antes que el fallo anteriormente presentado. El fallo de primera instancia es apelado por ambos intervinientes, el cual dio lugar a la acción de compensación económica en proceso de divorcio, confirmando con declaración la Corte, la resolución impugnada.

Dentro de los considerandos destaca aquel que hace mención al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, reconociendo la observancia de los

³⁹⁶ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. (02 de marzo del 2018), Sentencia Rol 777-2017.

³⁹⁷ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. (14 de FEBRERO del 2018), Sentencia Rol 385-2017.

principios generales del derecho. En el caso sub lite, establece el fallo que resulta relevante considerar el principio del interés superior del niño, contenido en la Convención. Por ello se puede afirmar que se reconoce al menor como sujeto de derecho, y desde aquella mirada, el Tribunal ha de resolver “Considerando aquellos derechos que forman parte del anillo de seguridad, que privilegia decisiones fundadas en los derechos humanos de los niños”. Sin lugar a dudas tanto en la sentencia dictada por el máximo Tribunal de Justicia de la República en relación a la prescripción de alimentos, devengados y no pagados y en procedimiento sobre divorcio con compensación económica, sentencia dictada por un Tribunal de segunda instancia, se debe atender al beneficio familiar donde los más vulnerables son los NNA, los cuales deben, necesariamente ser considerados en las decisiones jurisdiccionales aunque sean intervinientes indirectos. El paso del tiempo y la toma de conciencia hace que con cinco años de distancia el razonamiento de la Corte Suprema se haya modificado en considerar al interés superior como un principio que cumple funciones de control, ejecución y decisión.

Sentencia N° 5.- **Recurso de Protección** ³⁹⁸

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema.
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 24 de mayo del año 2012.
- 3.- **Materia:** Interpone Recurso de Protección en contra Carabines de Chile por detención de comunera Mapuche y su hija menor de edad, en presencia de sus hijos menores, en marco de manifestaciones que interrumpieron el tránsito de ruta 5 sur.
- 4.- **Rol de la Causa:** 2.587-2012
- 5.- **Partes:** Recurrente y recurrido
- 6.- **Designación de curador ad litem, sí aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Protección
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** Que comparece la representante del Instituto Nacional de los Derechos Humanos, quien, interponer recurso de protección en contra de Carabines de Chile de la IX

³⁹⁸ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala (24 de mayo del 2012), Sentencia Rol 2587-2012.

zona de la Araucanía, por vulnerar derechos constitucionales a los niños de autos y los adolescentes, de la comunidad José Jineo.

Funda su acción señalando que en el mes de enero del 2012, manifestantes habrían encendido barricadas en la carretera panamericana cinco sur, en cuya ocasión la madre de los niños habría salido a observar la manifestación junto a sus hijos que grababan los hechos.

Agrega que cuando llegaron carabineros al lugar, los manifestantes escaparon, logrando detener de manera violenta y con golpes de escopeta a la comunera y madre de los niños y a su hija, mayor de edad. Apuntan que en tal momento la recurrida llevaba a su hijo, de dos años y medio en brazos, quien cayó junto con ella. Aseveran que le acompañaban también sus otros hijos, grabando el momento en que su madre fue golpeada, la que fue difundida por la prensa, televisión y sitios de internet, los que cita; para tras ello ser llevada al bus policial ubicado como a un kilómetro del lugar, dejando a los niños solos en el lugar.

Se destaca que la detención de las dos mujeres mencionadas, fue declarada ilegal en la audiencia de control de la detención realizada en el mes de enero de 2012 en el Juzgado de Garantía de Temuco. Además, el Juez de Garantía, ordenó oficiar a la zona de carabineros correspondiente, a fin de que disponga por la autoridad policial: "la observancia de los procedimientos y en general la concordancia de los mismos al Código Procesal Penal, al Código Penal y a la Constitución Política del Estado, toda vez que de lo observado fluye que se vulneraron garantías mínimas establecidas por nuestro legislador a favor de los ciudadanos"

Agrega la actora, que sólo puede ser detenida una persona o allanada una morada con la debida autorización judicial, salvo en caso que se esté cometiendo un delito flagrante. En el presente caso, las mujeres estaban cerca de sus casas, rodeadas de niños observando los hechos, declarándose como se dijo ilegal su detención, estimándose además que podría ser constitutiva de los delitos de detención ilegal, violencia innecesarias o vejación injusta, tipificados por el Código Penal y el Código de Justicia Militar, existiendo una querrela presentada ante la Fiscalía Militar correspondiente. Agrega que lo denunciado constituye una perturbación y amenaza a la integridad física y de los niños, niñas y adolescentes de la Comunidad José Jineo, haciendo patente que tal garantía se extiende más allá de la protección de la vida en un sentido estricto y comprende la totalidad (integridad) de los aspectos que la constituyen; estableciéndolo así el art. 5° de la Convención

Interamericana de Derechos Humanos. Mientras que en el caso de los niños, ellos gozan del derecho a que se garantice su pleno desarrollo, tal como lo establece en el art. 6.2. de la "Convención sobre Derechos del Niño". Apunta que de los hechos relatados, se puede concluir que no existió consideración alguna respecto del interés superior de los niños y niñas afectadas por las acciones emprendidas, especialmente del más pequeño, que estaba en los brazos de su madre mientras ella fue golpeada, cayendo al suelo producto de la acción; lo que le ha generado secuelas, miedo, problemas para dormir, según se ha informado a la Defensoría Penal Mapuche.

Manifiesta a continuación que los hechos constituyen una perturbación y una amenaza al derecho al respeto y protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia, de niños, niñas y adolescentes de la comunidad José Jineo.

Afirma, que constituyen una perturbación y una amenaza al derecho a la propiedad de niños, niñas y adolescentes de la comunidad José Jineo. Al respecto expresa que el ingreso de vehículos policiales a un lugar sagrado, más el ingreso desproporcionado de vehículos, buses, efectivos policiales incluyendo dos helicópteros que provocaron la estampida de algunos animales, afectan claramente la propiedad comunitaria. Y la posibilidad cierta que se repitan estos ingresos y allanamientos, constituye una amenaza real a la propiedad de los integrantes de la comunidad indígena, incluidos NNA.

Solicita, se acoja la presente acción constitucional, se declare la vulneración de los derechos constitucionales consignados en los numerales 1, 2, 4 y 24 del artículo N°19 de la Constitución Política.

Que, como consecuencia de lo anterior, se adopte todo tipo de medidas dirigidas a restablecer el imperio del Derecho y asegurar la tutela de todos los derechos fundamentales violados, poniendo fin a los actos arbitrarios e ilegales. Debiendo impartirse instrucciones a carabineros de Chile de la IX zona de Carabineros de Chile, a fin que su actuación se adecue a lo establecido en las leyes, en la Constitución Política del Estado y en los Tratados Internacionales, especialmente a lo dispuesto en la Convención sobre Derechos del niño.

Es evacuado informe la institución recurrida. Refiriéndose a los hechos, los que en la Comuna de Padre Las Casas, un grupo de aproximadamente 15 a 20 individuos, con sus rostros cubiertos, procedieron a interrumpir totalmente el tránsito por la citada Ruta en su calzada oriente, instalando

para ello barricadas con neumáticos encendidos, de manera que se constituyó en el lugar Personal de servicio, el que de manera inmediata y sin provocación alguna, fue atacado por los individuos con piedras arrojadas con manos y boleadoras, palos y disparos de escopeta. Añade que ante su inferioridad numérica y la utilización de armas de fuego en su contra, el personal referido solicitó refuerzos.

En tal función, los funcionarios fueron objeto de oposición por parte de dos ciudadanas, las que les obstaculizaron e impidieron la persecución de los atacantes, acometiéndoles para ello con pies y manos, además de insultarles. Ante ello, se procedió a la detención de una de las ciudadanas, que resultó ser una de las recurridas, la cual se opuso de manera y persistente y tenaz a ello. En esos mismos instantes, prosigue, la segunda ciudadana, que portaba en sus brazos un infante, intentó impedir la detención. Acto seguido, expresa el informante, la recurrida entregó el infante que portaba a una adolescente que grababa lo que estaba aconteciendo con un celular, y que se hacía acompañar por otro menor.

Finalmente las dos ciudadanas fueron trasladadas a la Comisaría y luego al Servicio de Urgencia del Hospital Regional de Temuco, constándoseles a ambas lesiones de carácter leve.

Comunicado lo pertinente, el Sr. Fiscal de Turno instruyó que ambas ciudadanas fueran trasladadas al Juzgado de Garantía de Temuco a efectos de proceder a su control detención, dándose de lo sucedido por vulneración de derechos al Juzgado de Familia de Temuco ello atendido a que las inculpadas expusieron con sus acciones a menores de edad.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco establece que, en efecto, constituye una acción arbitraria -por carecer de racionalidad- golpear a una mujer desarmada, en presencia de niños de corta edad y familiares directos de ella, que no se ha acreditado que las personas afectadas (niños y mujeres) hubieren tenido participación en los hechos que se reprimían.

En tal sentido, es pertinente señalar que cualquier acción que efectúe la fuerza pública con los fines anteriores debe estar revestida de la necesaria contención y prudencia, con el fin de no afectar personas que -como en el caso de niños y mujeres- difícilmente hubiesen intervenido en los hechos delictivos, como ha quedado dicho. Con todo, tal actuación igualmente resulta imprudente y carente de racionalidad por cuanto se efectuó cuando se encontraban las detenidas acompañadas de niños de corta edad.

En efecto, las Policías en sus actos deben actuar con estricta sujeción a los derechos y garantías de las persona; obligación que resulta más perentoria si se trata de niños -además de etnia mapuche-, como acontece en la especie; especialmente si las actuaciones en contra de las mujeres aludidas se hicieron en presencia de sus hijos, con lo cual naturalmente se produce a éstos una afectación o daño de carácter psíquico.

La obligación de actuar con la debida prudencia por los funcionarios policiales, cuando se afecta a niños, que además son indígenas, adquieren mayor relevancia por cuanto, tratándose de funcionarios del Estado, deben respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución Política de la República así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes.

Por consiguiente, al proceder los recurridos no tuvieron presente lo dispuesto en el Artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño, que obliga a las instituciones públicas o privadas a tener como consideración primordial atender el interés superior del niño, asegurando la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar; y el Artículo N°19° del mismo instrumento internacional, que impone el deber de proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente o malos tratos. Del mismo modo, no se respetó por los recurridos el Art. 16 de la citada Convención, que establece que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

En el caso, se ejerció violencia o coerción contra los niños indígenas y de mujeres que forman parte de su familia, sin perjuicio que ésta últimas, además, se les lesionó y privó ilegalmente de libertad en presencia de los menores, como ha quedado dicho.

Por lo anteriormente expuesto, la actuación ya referida conculcó la integridad física y psíquica de los niños indígenas en cuyo favor se ha recurrido, garantizada en el numeral 1° del Art. 19 de la Carta Política. Igualmente, se vulneró el derecho de igualdad ante la ley, consagrado en el numeral segundo de la disposición constitucional citada, en la medida que se dio un trato discriminatorio -y por tanto arbitrario- a las personas antes nombradas. Del mismo modo, se ha violentado el derecho a la vida privada y pública, y a la honra de los menores y sus familias -contemplado en el N° 4° del Art. 19 de la Carta Fundamental-, toda vez que se ha producido una intromisión de agentes externos y ajenos a su integridad física y psicológica.

El recurso de protección es una acción cautelar o de emergencia, destinada a restablecer el imperio del derecho cuando exista, por actos u omisiones arbitrarios o ilegales, privación, perturbación o amenaza de los derechos constitucionales a que se refiere el Art. 20 de la Carta Política, en relación con el Artículo N°19 del mismo cuerpo constitucional. En la especie, se ha acreditado que efectivamente acaecieron actos que revisten caracteres antes señalados y que constituyeron vulneración de los derechos constitucionales, por lo que el recurso será acogido.

Se apela de dicha resolución, pronunciándose la Excelentísima Corte Suprema manifiesta en su dictamen que, los hechos que sustentan el recurso han vulnerado la integridad física y psíquica de los menores afectados, sin que por parte de los recurridos existiera consideración alguna respecto al deber de velar por el "interés superior del niño", por lo que de conformidad con lo que disponen el artículo N°20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de este Tribunal sobre la materia, se revoca la sentencia apelada y se declara que se rechaza el recurso de protección interpuesto.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar la procedencia de la acción considerada ilegal e inconstitucional y que atenta contra los derechos humanos y contra el interés superior de los NNA involucrados en los hechos.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Artículos 19 y 20 de la Constitución Política del Estado de Chile; Ley Orgánica y D.S. N° 1.086; Ley N° 17.798 sobre Control de Armas; D.S. N° 1086; Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile; Art. 3° N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo; Artículo 3° de la Convención sobre Derechos del Niño; artículo 5° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; artículos 1°, 2°, inciso 1°, artículo 3° N° 5 y siguientes de la ley N° 20.405.

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Se destaca como fundamento del recurso, que la detención de dos mujeres, fue declarada ilegal en la Audiencia de Control de la detención realizada en el Juzgado de Garantía de Temuco, oficiando a Carabineros de Chile de la Zona, a fin de que disponga "la observancia de los procedimientos y en general la concordancia de los mismos al Código Procesal Penal, al Código Penal y a la Constitución Política del Estado, toda vez que de lo observado fluye que se vulneraron garantías mínimas establecidas por nuestro legislador a favor de los ciudadanos". Agrega la actora que no debe olvidarse que las facultades de

carabineros para realizar un allanamiento y detener una persona están rigurosamente determinadas por ley. Sólo puede ser detenida una persona o allanada una morada con la debida autorización judicial, salvo en caso de que se esté cometiendo un delito flagrante, ello conforme al art. 19 N° 7 letra c) de la Carta Magna y art. 125 del Código Procesal Penal.

Agrega que lo denunciado constituye una perturbación y una amenaza a la integridad física y de los niños, niñas y adolescentes de la Comunidad José Jineo, establecido en el art. 5° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de los niños, ellos además gozan del derecho a que se garantice su pleno desarrollo, tal como lo establece en el art. 6.2. de la "Convención sobre Derechos del Niño". Apunta que de los hechos relatados, se puede concluir que no existió consideración alguna respecto del interés superior de los niños y niñas afectadas por las acciones emprendidas, especialmente del más pequeño, que estaba en los brazos de su madre mientras ella fue golpeada, cayendo al suelo producto de la acción; lo que le ha generado secuelas, miedo, problemas para dormir, según se ha informado a la Defensoría Penal Mapuche. Expresa que los hechos denunciados constituyen una perturbación y una amenaza a la igualdad ante la ley de niños, niñas y adolescentes de la comunidad José Jineo.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:** El recurrido informa contextualizando los hechos, que el personal de Carabineros actuó dentro de la ley al reprimir los hechos que reñían contra el orden y la seguridad.

15.- **Razonamiento del fallo:** La Excelentísima Corte Suprema en su razonamiento, señala que la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, dispone: "Carabineros de Chile es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley", lo que cumplieron los funcionarios el día de los hechos.

16.- **Resultados del juicio:** Se revoca la sentencia y en consecuencia se rechaza el recurso de protección.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** El voto de minoría estuvo por confirmar la resolución en alzada, amén de los antecedentes allegados al recurso y las circunstancias reconocidas por la recurrida y los hechos que fueron acreditados y que latamente han sido descritos, los cuales se aprecian conforme a las razones simplemente lógicas y de experiencia, que se concluye

que ha existido una perturbación o amenaza al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los niños en cuyo favor se recurre, garantizada en el ya mencionado artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental.

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** La Corte Suprema razona atendiendo de manera excluyente a lo dispositivo de la ley de carabineros, considerando principalmente la flagrancia de los hechos que dan origen al presente recurso. No se observa en su análisis la incorporación del interés superior de los NNA que se ven involucrados en los hechos de manera indirecta, obviando tales circunstancias. De igual forma, no considera la resolución en cuanto a la ilegalidad de la detención que debiera representar un hecho relevante en la causa de las comuneras. Por lo anterior, el razonamiento se aleja en estimar a los principios en estudio como consideración primordial que debe ser tomada en cuenta ante cualquier circunstancia que se encuentre presente y al existir colisión de derechos, como en este caso, ser siempre el factor determinante en la decisión que se adopte, ello de manera independiente a los hechos que dieron origen al recurso.

B) Sentencias que aplican los principios del Interés superior del niño y el Derecho a ser oído de manera concordante al espíritu de la Convención

Sentencia N° 1.- **Impugnación y reclamación de maternidad** ³⁹⁹

1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Segundo Juzgado de Familia de Santiago, Chile

2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 08 de enero del año 2018

3.- **Materia:** Impugnación y reclamación de maternidad

4.- **Rit de la Causa:** N° C-7246-2017

5.- **Partes:** Demandante y demandado

6.- **Designación de curador ad litem, si aplica:** No hay designación

7.- **Dictación de medidas cautelares**

8.- **Acción de la cual se dictó la sentencia:** Demanda de impugnación y reclamación de maternidad

9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl

³⁹⁹ Segundo Juzgado de Familia de Santiago, Chile (08 de enero del 2018), Sentencia Rit C-7246-2017.

10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** Se deduce demanda de impugnación y reclamación de maternidad, manifestando la demandante que es una mujer de 28 años, que siempre soñó con el ejercicio de la maternidad. Que mantiene una convivencia estable, siempre pensando en formar familia. Que estuvo embarazada en dos oportunidades, ya los 26 años se encuentra en situación de no poder volver a embarazarse. Ante esta situación y la posibilidad de ser padres recurren a un proceso de reproducción asistida. Lo anterior fue viable cuando, la madre de la demandante se ofrece para anidar cinco de sus óvulos fecundados por el esperma de la pareja de su hija. A pesar de la imposibilidad de embarazarse pudo escuchar, sentir y seguir a través de su madre el proceso completo de crecimiento de sus hijas desde su anidación, acompañándolas en cada etapa de crecimiento, así como también en el parto.

Al momento de la inscripción de las niñas figuran como hijas de su pareja y de la madre de éstas. Ello en razón de la falta de regulación en este tipo de casos, siendo legalmente la abuela de las niñas la madre legal.

Actualmente la vinculación que tiene con las niñas la parte demandante, es que por una parte es su madre genética y a la vez hermana legal de las mismas. Ello es complejo en cuanto a la vulneración de los derechos de sus hijas, quienes tienen una filiación legal que no corresponde a su filiación biológica, la demanda hace mención al artículo N°182 del Código Civil, el que establece: “El padre o madre concebido mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse otra distinta”.

El legislador, a través de las normas de filiación establecidas en el Código Civil, especialmente en el artículo N°195 y demás de la ley N° 19.585, en relación a lo consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño han establecido la libre posibilidad de investigar la paternidad y maternidad. En el caso concreto es una situación que el legislador no considera en su magnitud, requiriendo una solución para el caso en concreto, tendiendo especial consideración además del derecho a la identidad, el interés superior de las niñas.

En el precepto se establece un principio fundamental, es que el hombre y la mujer se someten a técnicas de reproducción son el padre y la madre, por cuanto en este caso las niñas han quedado con una filiación distinta a la de la mujer que se sometió a las técnicas de fertilización por lo que esta

situación debe enmendarse, declarando que las niñas son hijas de su madre y no de su abuela.

La demandada contestando dentro de plazo, solicita se acoja la demanda, señalando que efectivamente las niñas son hijas legales de la demandante y de la pareja de éste.

La sentencia de primera instancia acoge las demandas de impugnación y reclamación interpuestas y en consecuencia se declara que las niñas son hijas de la demandante y su conviviente, debiendo practicarse por el Servicio de Registro Civil e Identificación una nueva inscripción que refleje lo establecido en la sentencia.

El razonamiento del fallo da cuenta que en nuestro país no se ha legislado en forma integral sobre las técnicas humanas de fertilización asistida. El único artículo que se refiere al tema es el artículo N°182 del Código Civil. Frente a este vacío legal, resulta importante resolver la acción a través del estudio del derecho internacional, considerando fundamentalmente el derecho a procrear y a la identidad. En este sentido, se considera la prueba biológica de ADN que da cuenta un porcentaje de coincidencia del 0,999999 que son hijas de la demandante.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar la procedencia de acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad y determinar que las niñas de causa, son hijas biológicas y legales de la demandante.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Artículos 8,9,10,11,12,13,15,16,28,29,32,45,46,55,65,66 de la ley 19.968; artículos 181,182,183,195,197,198,199,205,208,217,221 del Código Civil; Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal de derechos humanos; Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos; Pacto de San José de Costa Rica; Observación General N° 14 de Naciones Unidas, Artículo 1 y 5 de la Constitución Política del Estado de Chile.

13.- **Argumentos legales de los peticionarios, en esencia:** La parte demandante se basa principalmente en el artículo N°182 del Código Civil, que establece que el padre o madre concebido mediante aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. En cuanto a las normas relacionadas a la libertad de investigar la paternidad y la maternidad, se consideran los artículos N°195 y siguientes del Código Civil y los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y lo significativo en este caso quien siempre ha

tenido la intención de asumir las responsabilidades de la crianza y el desarrollo de las niñas como sus hijas. La parte demandada se allana a la demanda.

14.- **Razonamiento del fallo:** El fallo considera que se encuentran involucrados, el derecho a procrear y fundamentalmente el derecho a la identidad de las niñas, el cual debe ser respetado y garantizado, con la finalidad de determinar el interés superior de las mismas. Para determinar este principio en las niñas, se debe hacer a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y, sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión. El interés superior de las niñas de autos, debe ser determinado teniendo en cuenta el derecho a la identidad de ellas, es decir, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad – dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante – se vea reflejado en la filiación legal de las niñas, pues sólo así se satisface tal derecho a la identidad.

Por otra parte, las niñas tienen derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

15.- **Resultados del juicio:** Son acogidas por el Tribunal de primera instancia, las demandas de impugnación y reclamación de maternidad.

16.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** El fallo hace relevante la falta de regulación de la materia sometida a conocimiento del Tribunal y los primeros casos que son tramitados ante un Tribunal de Justicia en Chile. En efecto, existe un vacío legal en el caso concreto al no poder determinar la filiación biológica por sobre la legal cuando existe una maternidad gestacional subrogada, considerando que la única solución legal es haber demandado la hija y madre biológica de las niñas a su madre y abuela legal de las mismas, debiendo allanarse a la demanda en los términos que fueron solicitados como una estrategia que obtenga cómo resultado los deseados y peticionados en la demanda.

El hecho de tener que verse las partes forzadas en iniciar un procedimiento judicial, controversial, con la finalidad de obtener un resultado que el ordenamiento jurídico no contempla, no parece ser una de las características de un ordenamiento moderno.

El tema se complejiza, si la parte que da a luz al niño o niña, no se encuentra de acuerdo en que la filiación biológica y legal sea atribuida a la mujer que se sometió a las técnicas de reproducción humana asistida, más aún cuando existen pactos onerosos en ese sentido, lo cual afortunadamente no se da en el caso en comento.

En contexto, existiría una controversia que debería resolverse sin norma regulatoria, a través de la sana crítica y de acuerdo a la tendencia del derecho internacional.

Sin duda, se presenta una falta de sistematicidad en el ordenamiento jurídico chileno al no considerar en las normas de filiación el interés superior de NNA, como en el caso analizado, debiendo ser siempre una consideración primordial en toda causa que se vea involucrado un NNA.

No obstante, la sentenciadora hace una correcta priorización del mejor interés de las niñas de autos, supliendo de alguna manera el vacío legal, privilegiando el bienestar de las mismas por sobre la norma o la ausencia de ella.

Por ello debe existir una adecuada regulación en cuanto a la gestación por sustitución, considerando que existe un niño que tiene el derecho a ostentar una filiación determinada, cuya finalidad es conocer su identidad y a formar parte de un orden familiar. Sin embargo existe un tratamiento diverso en los diferentes ordenamientos nacionales, lo que genera graves dificultades en orden a alcanzar los objetivos indicados.

Así en la legislación Española, de acuerdo a lo establecido en el artículo N°10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece que “Será nulo de pleno derecho el contrato en que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, sea que se trate de un acuerdo oneroso o gratuito”.

La tendencia del Tribunal Supremo español ha sido ordenar la cancelación de la inscripción, lo cual obedece a dos fundamentos, el primero, ya que la decisión emana de un órgano extranjero, la segunda es una forma de salvaguardar el ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se encuentra el orden público. En cuanto a la aplicación del principio del interés superior del niño, el Tribunal supremo ha estimado que se debe renunciar a su aplicación, considerando que su aplicación, debe hacerse en consideración a los valores asumidos por la sociedad como propios, los cuales se encuentran

asumidos en las reglas legales, en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

Sentencia N° 2.- **Transacción respecto de cuidado personal del menor** ⁴⁰⁰

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 04 de octubre del año 2016
- 3.- **Materia:** Transacción respecto de cuidado personal del menor
- 4.- **Rol de la Causa:** N° 35252-2016
- 5.- **Partes:** Recurrente y recurrido
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el Fondo. No obstante, la Excelentísima Corte Suprema invalida el fallo impugnado y retrotrae la causa, a fin que se disponga la celebración de una audiencia para que los peticionarios ratifiquen ante el juez no inhabilitado el contenido de la transacción propuesta.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** CL/JUR/7664/2016
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** Los comparecientes solicitan al Tribunal de Familia correspondiente, se apruebe la transacción sometida a conocimiento del Tribunal, en virtud de la cual una de las solicitantes y madre de la niña de autos, le otorga el cuidado personal de su hija a los abuelos maternos, quienes son los segundos solicitantes.

El fallo de primera instancia rechaza la transacción extrajudicial relativa al cuidado personal de la niña de autos. Los fundamentos del fallo se basan en que el artículo N°226 del Código Civil, el juez en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. Se establece que, en la especie el Tribunal no se encuentra facultado para aprobar la transacción reseñada, toda vez que primeramente debe pronunciarse si los padres, o aquel que detente el cuidado personal se encuentra (n) habilitado (s) para ejercerlo y así mismo determinar la competencia del o los terceros que lo solicitan. Que de otra forma, el Tribunal estaría excediendo sus atribuciones e infringiendo el principio de legalidad consagrado en la Constitución. De lo contrario se corre el riesgo de adoptar decisiones contradictorias, como en el evento que la madre cambiara de parecer y

⁴⁰⁰ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Segunda Sala (04 de octubre del 2016), Sentencia Rol 35252-2016.

decidiese posteriormente recuperar el cuidado personal de la niña, o el cuidado provisorio, como ocurriría si se adoptara una medida de protección en su favor. Manifiesta el sentenciador que este tipo de situaciones y decisiones deben ser evitadas, a la luz del principio del interés superior del niño, porque tienden a cosificarlo, como algo de lo cual se pudiese disponer al arbitrio de los adultos responsables, en vez de considerarlo como un sujeto de derecho. Finalmente, y en concordancia con lo anterior, el Tribunal no puede pronunciarse sobre el cuidado personal de un niño, niña y adolescente con los meros dichos de los comparecientes o con los certificados que acreditan el parentesco entre las partes.

Por su parte, los solicitantes interponen recurso de Casación en el Fondo en contra de la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel que confirmó el fallo de primer grado, rechazando la transacción respecto a cuidado personal de la menor.

La Excelentísima Corte Suprema, no se pronuncia sobre el recurso interpuesto, sino actuando de oficio, invalida el fallo impugnado y retrotrae la causa, a fin que se disponga la celebración de una audiencia para que los peticionarios ratifiquen ante el juez no inhabilitado, el contenido de la transacción propuesta. Representando además, que se ha omitido escuchar la opinión de la niña –de once años– acerca de su parecer respecto del acuerdo al cual arribó su madre y sus abuelos maternos. Indican que la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído a la menor en una materia de vital importancia para sus intereses, en los que está envuelto, entre otros, su derecho sustantivo a ser cuidada debidamente, al de la identidad, y al vínculo con su madre, cuestión que obedece a una prerrogativa reconocida expresamente por nuestra legislación, desde que el derecho a ser oído, en relación con el reconocimiento a su autonomía progresiva y a la obligación de ser considerada su opinión integran el derecho a un debido proceso, y, además, constituyen criterios que permiten configurar, en lo concreto su interés superior.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** El centro del debate está dirigido a que se declare la aprobación por parte del tribunal competente, de la transacción respecto del cuidado personal de la niña de autos entre la madre de ésta y los abuelos maternos, otorgándole en definitiva valor de sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales. Se hace presente que la niña no presenta filiación determinada respecto del padre.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** En cuanto a la normativa aplicada en el recursos interpuesto son relevantes los artículos 764, 768 N°9 y 800 del código de procedimiento civil; artículos N°225 y 226 del Código Civil, artículos N°16, 106 de la ley 19.968, 12 del DS N° 830, de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Convención sobre los Derechos del Niño).

13.- **Argumentos legales de los peticionarios, en esencia:** Establecen los peticionarios que la forma como se ha incurrido en una errónea interpretación de la ley, lo que obedece principalmente a lo establecido en el artículo N°224, inciso 2° y artículo N°226, ambos del CC, sólo en estos dos casos la ley faculta, después de un juicio de lato conocimiento al juez a confiar el cuidado personal del niño a un tercero. En la especie, la niña no presenta filiación determinada respecto del padre. Siendo así, el juez no tenía la facultad de resolver como lo hizo, pues la niña ha sido reconocida por su madre por lo que no estamos en presencia de los casos que establece la ley. Por otra parte, la ley no prohíbe las transacciones en la materia por lo que en derecho privado se puede hacer todo lo que no este prohibido por ley. Se argumenta básicamente que los abuelos maternos, son quienes siempre han velado y vivido junto a la niña de autos por lo que su desarrollo, el derecho a la identidad y la autonomía se encuentran asegurados y resguardados, los cuáles continuarán en los mismos términos.

14.- **Razonamiento del fallo:** Dentro de los fundamentos relevantes es necesario señalar que, en la especie, se ha omitido escuchar la opinión de la niña acerca de su parecer respecto del acuerdo al cual arribó su madre y sus abuelos maternos.

En efecto, la sentencia impugnada se dictó sin haberse oído a la menor en una materia de vital importancia para sus intereses, establece que, el artículo N°12 de la CDN contempla el derecho del niño que esta en condiciones de formarse un juicio propio, a expresar su opinión libremente en todos los problemas que le afecten, debiendo tenerse en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. Se añade, que a tal fin, se dará al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Dicha disposición impone a los órganos del Estado, entre ellos, al Poder Judicial el deber de respetarlos y promoverlos. Tal mandato, por tanto, obliga a la adopción de las instancias procesales que lo garanticen. Por lo anterior, los jueces de mérito infringieron la debida

tramitación del proceso, al dictarse sentencia definitiva, omitiendo tal esencial diligencia y trámite formativo del proceso.

Por otra parte, el argumento que motiva la denegación de la pretensión de los recurrentes, reside en una interpretación errada de las normas legales aplicables al cuidado personal de los hijos. En efecto, la ley N° 20.680 establece un sistema de radicación legal del cuidado personal de los niños, que responde a un sistema supletorio, que comienza consagrando la atribución de ambos padres, que viven juntos. En el caso que vivan separados, el artículo N°225 del Código Civil consagra como principio rector, la autonomía de los padres, pues el legislador expresa como primera preferencia que sean los progenitores quienes acuerden el ejercicio del cuidado personal de los hijos, sea asignándolo a uno de ellos, o asumiéndolo de manera compartida. Sin embargo, el caso materia de autos no se encuadra en el supuesto normativo, pues no existe disputa entre la madre y los abuelos, sino que se acuerda libremente atribuirle a éstos últimos el cuidado personal de la niña de autos, consolidando una situación de hecho existente, lo que hace improcedente la intervención del juez. Por otra parte, debe recordarse que no obstante las normas que tratan las materias de familia son de orden público, y, por tanto, indisponibles por naturaleza, el propio legislador abre excepciones, permitiendo y privilegiando en ciertos aspectos la autonomía de la voluntad, que es lo que sucede en la materia de análisis. Finalmente el fallo señala que una de las novedades legislativas que aparejo la norma procesal al sistema de familia, fue la incorporación obligatoria del trámite de mediación previa, modalidad autocompositiva de resolución de conflictos, que privilegia las soluciones participativas sobre la base de acuerdos mutuos, lo que significa que se le reconoce a los intervinientes la autonomía de la voluntad para disponer extrajudicialmente su atribución, y, como es sabido donde el legislador no distingue, no le cabe al interprete hacerlo.

15.- **Resultados del juicio:** Por los fundamentos antes indicados, la Excelentísima Corte Suprema invalida de oficio la sentencia y se retrotrae la causa a fin que se disponga la celebración de una audiencia para que los peticionarios ratifiquen ante juez no inhabilitado, el contenido de la transacción propuesta, debiéndose escuchar directa y debidamente a la niña de autos. Por otra parte se omite pronunciamiento en relación al recurso de casación en el fondo deducido por los demandados.

16.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** El voto de minoría es de la idea de conocer derechamente el recurso propuesto, acogerlo, invalidando la sentencia impugnada, y dictando una de reemplazo que apruebe la transacción presentada por la cual la madre otorga la tuición de la niña a sus padres. De este modo no se vislumbra amenaza al derecho de identidad, quien continuará viviendo como lo ha hecho hasta ahora, con su grupo familiar compuesto por su madre y sus abuelos maternos, lo que descarta la concurrencia de un vicio u omisión de trascendencia tal, que justifique la actuación de oficio del Tribunal.

Por otro lado, el artículo N°225 del CC, consagra como principio rector la autonomía de los padres, sin embargo, a falta de acuerdo, la norma consagra un régimen que respeta el status que existe, al señalar que los hijos continuarán bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo, privilegiando la manera en que se ha distribuido esta labor. En el caso de la materia de autos, no existe disputa entre la madre y los abuelos sino que se acuerda libremente atribuirle a éstos últimos el cuidado personal de la niña, consolidando una situación de hecho que ya existe, lo que hace improcedente la intervención del juez. De esta manera el fallo impugnado infringe la normativa de fondo referida, haciendo procedente el arbitrio de nulidad sustancial impetrado.

17.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** Al invalidar de oficio la sentencia y retrotraer el proceso a una etapa donde se ratifique la voluntad expresada en la transacción de los comparecientes, y especialmente escuchar a la niña de autos es la interpretación correcta de la normativa vigente ya que se considera a la menor de edad como sujeto de derecho, en una decisión que le atañe directa y fundamentalmente en su vida futura. El rechazar la transacción sin más trámite significa el mantener una situación de hecho sin una regulación jurídica, cerrándose toda posibilidad de revertir tal situación, no dando la normativa vigente una regulación o solución a una situación de hecho.

Por otra parte, que los abuelos maternos se vean obligados a demandar a su hija como la única vía jurídica de regular el cuidado personal de su nieta en su favor, no parece lo más aconsejable ya que en tal proceso lo que se debe conseguir es inhabilitar a la madre de ejercer el cuidado personal de su hija, pudiendo no existir causales para ello o bien naciendo las polarizaciones que son propias de todo proceso judicial.

En cuanto a los argumentos sostenidos por el voto de minoría, en donde se mira fundamentalmente el resultado, desconociendo el proceso establecido y los más relevante, no considerar a la niña de auto como sujeto de derecho sino más bien como el objeto de la transacción. Sin duda la Excelentísima Corte suprema realiza un análisis del interés superior en una forma correcta que es compatible con el significado del principio en análisis.

Sentencia N° 3.- **Cuidado personal de la niña de autos** ⁴⁰¹

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 18 de octubre del año 2016
- 3.- **Materia:** Cuidado personal de la niña de autos
- 4.- **Rol de la Causa:** N° 35161-2016
- 5.- **Partes:** Requirente y requerido
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el fondo.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** El padre de la niña de autos, interpone demanda el cuidado personal en favor de su hija, y en contra de la madre de ésta, argumentando que se encuentra capacitado para cuidarla, ya que desde dos años a la fecha, se encuentra al cuidado de su hija al habersele otorgado de manera provisoria el cuidado personal después de la interposición de una medida de protección. Entre los argumentos de la sentencia de primera instancia, es posible considerar, que de los antecedentes probatorios, incorporados, analizados y valorados, de acuerdo a lo establecido en el artículo N°32 de la ley 19.968, permiten tener por establecido que la demandada de autos no ha velado por el cuidado y protección de su hija. Es la propia demandada quien declara ser consumidora, adicta, estar enferma, lo cual unido al retraso psicomotor del desarrollo, labio fisurado, problemas de alimentación, inasistencia a controles médicos y denuncia por abuso sexual gatillaron la causa por medida de protección, donde se le otorga el cuidado personal de la niña a su padre, de lo cual ha pasado más de dos años, durante los cuales la niña ha mostrado avances significativos en su desarrollo. El padre ha demostrado un

⁴⁰¹ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala (18 de octubre del 2016), Sentencia Rol 35161-2016.

manejo eficiente y proactivo en los cuidados de la niña, sin impedir que su madre la visite y pueda mantener un vínculo materno-filial. Por ello, el demandante cuenta con recursos parentales que le permiten establecerse como un referente adecuado, no visualizando factores que pudieran ir en desmedro de la integridad de la niña de autos. Finalmente la sentencia establece que, a fin de resguardar el interés superior de la niña de autos y otorgarle la estabilidad emocional que necesita para su desarrollo y crecimiento integral, y encontrándose el padre habilitado, se le otorga el cuidado personal de su hija.

La sentencia de primera instancia es apelada por la parte demandada, solicitando su revocación total. La Ilustrísima Corte de Apelaciones competente revoca la sentencia de primera instancia.

Destaca las líneas de intervención del Tribunal que son el vínculo materno-filial, la conducta protectora de la madre y su hija mayor y la conducta protectora del padre y su pareja respecto a la niña de autos. Señala la Corte que los juzgadores se han obnubilados, al punto de no ver que incluso en el periodo más complejo de la vida de la madre, esta cumplió con el rol de género femenino que la sociedad le ha impuesto, deduciéndose que dentro de sus limitaciones tuvo los recursos personales para sobrevivir a los problemas, estando radicado de hecho y de derecho, en ella sola, el cuidado personal de su hija mientras el padre mantenía dudas respecto a su paternidad, lo que es necesario valorar. La madre asumió sus obligaciones, derechos y responsabilidades y tiene el derecho de recuperar el cuidado de su hija y ésta de ser restituida al hogar del que salió temporalmente. El padre, a su vez, cumplió con todas sus obligaciones, no obstante aparecen dificultades en regular normas de conductas de su hija, hecho relevante según la Corte de Apelaciones para que la niña desarrolle su autonomía para ejercer los derechos que le son reconocidos en la Convención, por lo que corresponde ahora es aplicar objetivamente la ley, revocando la sentencia apelada, en cuanto por ella entrega el cuidado personal al padre y se declara que éste se restituye a la madre. Fijándose un régimen comunicacional a favor del padre.

Respecto a la sentencia de segunda instancia, la parte demandante, dedujo recurso de Casación en el Fondo, solicitando su invalidación y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que acoja la demanda de cuidado personal de la niña de autos, regulando un régimen comunicacional a favor de la madre.

La Excelentísima Corte Suprema, hace conveniente para la controversia, recordar los contornos de la noción del interés superior del niño. Tal concepto, como ya la Corte lo ha manifestado, corresponde al resultado del reconocimiento progresivo de los derechos fundamentales en lo que atañe a los niños, en cuanto sujetos que se entienden como especialmente vulnerables, y respecto de los cuales los Estados se comprometen, a nivel internacional, a fomentar la adopción de medidas que aseguren su bienestar integral, bajo la idea del resguardo de su interés, esto es, entenderlo en cuanto sujeto específico de derechos, y, a la vez, como objeto de su protección.

Que, de esta manera, el interés superior del niño se perfila como una noción que excede los contornos de las normas jurídicas clásicas, se trata de un concepto extenso que se estructura de manera compleja, abarcando tres perfiles, a saber: como derecho, como principio y como norma procesal (así lo plantea la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas), esto significa que se le reconocen tres dimensiones prioritarias: una consideración sustantiva; un principio jurídico interpretativo fundamental; y una fórmula procesal que obliga a estimar las posibles repercusiones de cada decisión, antes de ser adoptada.

En nuestro derecho interno este concepto se recoge en el artículo N°16 de la Ley N° 19.968, que lo entiende como un principio rector que el Juez de Familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución de la controversia específica, esto significa que su aplicación debe ser concreta a la situación juzgada, de modo que el error al especificarlo al caso particular, implica una infracción la norma. Pues bien, será labor del órgano jurisdiccional configurarlo al caso concreto, sea en el contexto de un recurso, como el de la especie, contrastando lo obrado por los jueces del grado con su significado; sea determinando o descartando la concurrencia de su vulneración.

En la especie, disputándose los padres el cuidado personal de la hija en común, debe tenerse presente que la noción de interés superior del niño debe ser aplicado en el caso concreto como doble herramienta: por un lado, como **criterio de control**, esto es, como medio para garantizar que el ejercicio de los derechos y obligaciones relativos a la interacción de los padres con sus hijos, sea correctamente ejecutado; y, por otro, como **criterio de solución**, lo que significa que la misma noción de interés del niño debe ser la pauta que dirija la decisión, siendo la solución correcta aquella que

justamente coincida con su interés, concreta y sistemáticamente apreciado⁴⁰².

Sostiene la Corte Suprema que, dicho interés considera un contenido jurídico preciso y delimitado, pues considerado como norma sustantiva, la fórmula en análisis se estructura como un deber que contempla la obligación de satisfacer todos los derechos y el deber de privilegiar cierto núcleo duro de prerrogativas que se le reconocen a la infancia y adolescencia, determinables por el juez.

Que, lo anterior, no sólo exige una mera evaluación de los elementos que configuran de manera específica el interés de la niña del caso concreto, sino considerar que dichos resultados serán vinculantes y basales de la decisión que se adopte, labor para la cual la ya citada Observación General N° 14, sugiere, primero, determinar los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos, dotándolos de contenido y ponderando su importancia; y, segundo, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

Por lo precedente, se deben considerar la existencia de criterios legislativos, relativos al marco del derecho-deber del cuidado personal. Al respecto, es atinente lo establecido en el artículo N°225 del Código Civil. Dicha norma establece, un sistema de radicación legal de cuidado personal de los hijos, apoyado por, el interés superior de los hijos y el principio de la corresponsabilidad. En el caso que no exista acuerdo, respecto al ejercicio del cuidado personal, la norma consagra un régimen que respeta el status quo existente, al señalar que los hijos continuaran viviendo bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo, privilegiando la manera en que en los hechos, cotidianamente, se ha distribuido esta labor. De este modo, el juez sólo puede de manera supletoria y ante la falta de concierto, modificar dicha situación fáctica, mediante la atribución del cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicándolo en uno de ellos, en el caso de cuestionarse el cuidado compartido acordado.

Sin embargo, dichas reglas ceden frente al criterio definitorio central, pues el legislador le impone al juez –para la definición de estas situaciones–, adoptar la decisión pertinente basado en la conveniencia del interés superior del hijo, calificación que el legislador le entrega al órgano jurisdiccional conforme los parámetros que contempla el artículo N°225-2 del Código Civil.

⁴⁰² Ver Jean Zermatten en “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”, Informe de Trabajo, 3-2003

Esto significa que la decisión que resuelva tal controversia debe ser construida desde el punto de vista de lo ventajoso y beneficioso que será para el hijo el ejercicio de su cuidado por uno u otro padre, es decir, el argumento que dirime la contienda es aquel que permite discernir lo más conveniente para el niño y su interés, y aquello, según lo ya señalado, se define conforme la decisión que asegure y garantice el disfrute de la mayor cantidad de derechos para el niño, por la cual, quien quiera alterar dicho estado fáctico debe acreditar la concurrencia de circunstancias que lo hagan necesario y la conveniencia para el interés superior del hijo, carga probatoria que deberá satisfacer quien sostenga dicha pretensión.

De tal forma, dicho mandato legal no acepta la distinción que realizan los sentenciadores del grado, quienes le otorgan indebida trascendencia al hecho de que el ejercicio del cuidado personal de la niña lo tiene el padre por vía proteccional provisoria, razón por la cual, argumentan, debió restituirse el cuidado personal a la madre una vez cesado el impedimento que justificó dicha medida. Tal razonamiento constituye un yerro jurídico, pues altera el criterio establecido por el legislador, para la determinación judicial del cuidado personal de los hijos, introduciendo exigencias no contempladas en el texto, soslayando gravemente el núcleo central de la norma, constituido por las referencias expresas a que la decisión debe adoptarse conforme la conveniencia e interés superior del hijo.

Este error llevó a concluir a los sentenciadores del grado que una vez que se le otorgó a la madre el alta médica de la condición que justificó la medida, el cuidado de la niña debió serle restituido, como si tal antecedente operase de forma automática, y no debiese ser sometido a la consideración judicial del bienestar de la niña.

Aquello genera una interpretación impropia que contradice no sólo el sentido de la ley, sino también el contenido del principio en referencia, en cuanto norma sustantiva y también, en cuanto norma de procedimiento, pues, por un lado, altera la intención que tuvo el legislador de privilegiar el mejor interés del hijo en relación a la situación de hecho concreta en la que se encuentra, a fin de evitar cambios en su vida cotidiana que puedan afectar su normal desarrollo; y por otro, excluye de la intervención judicial la apreciación de dicho concepto, en cuanto norma ritual, que obliga a contemplar de manera necesaria una instancia en que se discuta y profundice sobre los aspectos que en el caso concreto lo configuren, a fin de que la decisión sea tomada sobre dicha base, y no otra.

Los sentenciadores del grado reconocen expresamente que la niña, en ambos hogares, esto es, viviendo ya sea bajo el cuidado personal del padre o de la madre, tiene garantizado suficientemente su interés superior.

Bajo dicho supuesto, debe entenderse que en un contexto de igualdad de condiciones, y garantizado el interés superior de la niña, debe aplicarse, entonces, la regla general en esta materia. En efecto, conforme se viene señalando, no concurriendo circunstancias que lo justifiquen, ni habiéndose establecido la conveniencia en razón del interés superior de la hija de modificar la situación de hecho, debe mantenerse con el padre con quien se encuentre actualmente conviviendo, prosiguiendo con el régimen comunicacional de la madre, aspecto relevante para la conveniencia del desarrollo integral de la niña.

Desde esta perspectiva, aparece que la decisión impugnada obvia de manera impropia el bienestar superior de la niña, pues, no obstante la conclusión arribada, decide alterar la situación de hecho que se mantiene desde hace algunos años, sometiendo indebidamente a un nuevo cambio de vida, desarraigándola de un contexto positivo en el que se ha probado que su interés se encuentra debidamente resguardado, evidenciándose de manera palmaria mejoras en su condición de vida, en su desarrollo y vinculación emocional con ambos padres, a uno nuevo, respecto del cual, si bien se señala que también garantiza su interés superior, la constatación de tal afirmación se encuentra pendiente, pues se trata de una contingencia sólo proyectada por los sentenciadores que, como se dirá, carece de asidero fáctico concreto.

De esta manera la sentencia recurrida incurre en una infracción del artículo N°225 del Código Civil y del principio del interés superior del niño contenido en la misma norma, como en el artículo N°16 de la Ley N° 19.968, puesto que, en definitiva, se aprecia que la decisión adoptada por los juzgadores del mérito no lo ha considerado debidamente, desde que, no obstante se hace mención al interés superior de la niña, desatienden los elementos concretos que lo configuran. En efecto, debieron evaluarse las consecuencias que le provocarían a la niña ser apartada de su contexto habitual actual, para incorporarse a uno nuevo, teniendo presente que salió de la casa de su madre con apenas un año de vida, de manera que difícilmente pueda tener recuerdos de vinculación rutinaria a dicha etapa, puesto que su vida cotidiana, a sus actuales cuatro años, se ha construido en la convivencia con su padre y actual pareja. Tampoco se consideró que el

derecho de la niña de vincularse con su madre se encuentra satisfecho, logrando una relación nutricia con ambos, lo que se ignora pueda ser mantenido cambiando la atribución de su cuidado personal.

Pues bien, al contrario de lo que exige el artículo N°16 de la Ley N° 19.968, el concepto de interés superior no fue reflexionado de manera preferente, omitiendo considerarlo de manera primordial para la toma de decisión.

Que en efecto, como se observa, la sentencia recurrida atiende más bien al interés de la madre, por sobre el de la hija, desde que la argumentación vertida en la decisión gira en torno, más bien, a sus derechos y a su situación personal, que de las necesidades de la niña, olvidando que su interés se construye y fija en la búsqueda de un equilibrio de los derechos en disputa, con preeminencia de su mayor bienestar posible.

Pues bien, la sentencia reflexiona latamente sobre la distorsión que genera la discriminación cultural en razón de género, intentando por medio de sus argumentaciones equilibrar la desigualdad que, en su opinión, aquello provoca en relación a la madre. En efecto, se advierte que, en el fondo, la decisión de atribuirle a la demandada el cuidado personal, obedece a un ejercicio de reparación de la discriminación de género que los sentenciadores advierten en el caso concreto.

Si bien son loables los intentos por reivindicar las distorsiones que afectan a las mujeres en el disfrute igualitario de sus derechos, en razón de factores culturales y sociales –lo cual, además, tiene sustento normativo claro y vigente en instrumentos internacionales e internos–, debe recordarse que dichas reparaciones no pueden alterar la configuración del interés concreto del niño, que, como se ha dicho, es siempre superior. En efecto, como ya se planteó, el interés de asegurar la satisfacción de todos los derechos del niño es predominante por sobre otros derechos individuales e intereses colectivos, los que deben ceder frente a la superioridad de los del niño, de manera que, en caso de conflicto, estos deben tener primacía. Ciertamente esta Corte coincide con los sentenciadores del mérito cuando señalan que la medida provisoria mutó el cuidado personal de la niña, de la madre al padre “no constituye un castigo por no haber tenido la madre, el total control de su salud”, pero al mismo tiempo se estima que la reintegración de su cuidado personal tampoco puede configurarse como un premio por su esfuerzo y rehabilitación, ya que entenderlo así –que es lo que en el fondo revelan los argumentos del fallo impugnado–, implica centrar el

conflicto en el interés de la madre, y no en el provecho y beneficio superior de la niña, que es el mandato normativo que debe ser cumplido.

De este modo, sólo cabe concluir que al decidir como lo hicieron, los jueces recurridos infringieron el artículo N°225 del Código Civil, en relación al artículo N°16 de la Ley N°19.968, al haber decidido en contradicción con el interés superior concreto de la niña, vulneraciones ante las cuales se impone la necesidad de decretar la invalidación de la decisión recurrida, ya que las infracciones anotadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Se concluye que, existen antecedentes suficientes para estimar que la sentencia también vulnera el artículo N°32 de la Ley N° 19.968. Por estas consideraciones, se acoge, el recurso de casación en el fondo deducido por el demandante contra la sentencia recurrida, la que en consecuencia, se invalida.

En cuanto a la sentencia de reemplazo y sus principales fundamentos, es necesario resaltar lo manifestado en cuanto a que la actividad jurisdiccional, en lo relativo a la determinación del cuidado personal de los hijos, debe ser presidida por el criterio de la conveniencia del hijo, a la luz de su interés superior, que se materializa conforme las circunstancias concretas que se acrediten en el proceso, concepto que los sentenciadores del mérito están llamados a configurar y concretar conforme los hechos y circunstancias establecidas. Así, en este tema preciso, el legislador le entrega al órgano jurisdiccional la calificación de la conveniencia radicada en el interés del hijo, para decidir la atribución de su cuidado personal. Esto significa que la decisión que resuelva tal controversia debe ser construida desde el punto de vista de lo ventajoso y beneficioso que será para el hijo el ejercicio de su cuidado por uno u otro padre, es decir, el argumento que dirime la contienda es aquel que permite discernir lo más conveniente para el niño y su interés. En efecto, apareciendo que el interés de la niña se encuentra suficientemente resguardado en el escenario vigente, manteniendo adecuadas y nutricias vinculaciones con ambos progenitores, quienes se relacionan entre sí de manera apropiada, no aparece que concurra en la especie algún tipo de circunstancia que justifique su alteración. En dicho contexto, y no acreditándose elemento alguno que permita suponer que el interés superior de la hija haga conveniente atribuirle el cuidado personal a la madre, debe aplicarse la regla general del artículo N°225, que en su inciso tercero, señala que *“A falta del acuerdo del inciso primero, los hijos continuarán bajo el cuidado personal del padre o madre con quien estén conviviendo”*, se confirma la sentencia impugnada de siete de noviembre de dos mil quince, con

declaración, que se establece un régimen de relación directa y regular a favor de la niña de autos y su madre.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar aquel de los padres cuenta con los mejores recursos para ejercer el cuidado personal de su hija y niña de autos. La conveniencia de alterar el status quo imperante, en cuanto la niña vive bajo la protección y los cuidados del padre.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** En cuanto a la normativa aplicada en el recursos interpuesto son relevantes los artículos 1, 8, 30 y 67 de la ley 16618; 223, 225, inciso 3°, 225-2, letras A, B, D, G y J, 226, 229, todos del Código Civil; artículos N°16, 32, 66 N° 4 y 5 todos de la ley 19.968; a artículos N°1, 2, 3, 5, 8, 9, 18, 19 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General 14 del Comité de los Derechos del niño; Ley N° 20.680; artículos N°264, 265, 267, 783, 785 del Código de Procedimiento Civil; artículo 1° de la Constitución Política del Estado de Chile.

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Que el recurrente, al estructurar su recurso, refiere como infringidos dos grupos de normas. Así, en primer lugar, denuncia la vulneración del artículo N°225 inciso tercero del Código Civil en relación a los artículos N°16 de la Ley N° 19.968 y 225-2 literales a), b), d), g) y j) del Código Civil; y, en segundo lugar, acusa la conculcación del artículo N°32 de la Ley N° 19.968, en relación con numerales 4 y 5 del artículo N°66 del mismo cuerpo legal. Refiere que en cuanto al primer capítulo del recurso, que la sentencia impugnada soslaya el hecho no discutido y, por lo tanto, probado, que al momento de presentarse la demanda, la niña llevaba dos años conviviendo con su padre en cumplimiento de una medida cautelar de cuidado personal provisorio, cuestión que se torna relevante, ya que en el caso de padres que vivan separados, los hijos deben seguir bajo el cuidado personal del padre o madre con quien esté conviviendo, no siendo obstáculo para ello el hecho de que aquella vida en común se haya iniciado por decisión judicial. Indica que la sentencia impugnada sostiene equivocadamente, que al tratarse de un cuidado provisorio debió ser restituido a la madre al ser dada de alta terapéutica de su consumo de fármacos, cuestión que motivó la medida cautelar.

Reprocha, que el fallo impugnado omite consideraciones concretas relacionadas al principio del ISN, pues, centra su análisis específicamente en la madre, enalteciendo su figura, y sin enfocarse en las circunstancias y

necesidades de la niña, ni razonar acerca de su interés superior, en cuanto criterio de resolución de este tipo de controversias. Indica al respecto, que la sentencia carece de análisis sobre las consecuencias que a la niña le puede acarrear la modificación de la atribución de su cuidado personal, cuando ya lleva casi tres años viviendo con su progenitor.

En el segundo acápite, el recurso denuncia la conculcación del artículo N°32 de la Ley N° 19.968, por cuanto, por un lado, la sentencia no se hace cargo de toda la prueba rendida, infringiendo con ello su tenor expreso; y, por otro, contradice los conocimientos científicamente aceptados, por cuanto todos los informes incorporados al proceso son de parecer unánime en estimar la conveniencia de que el padre ejerza el cuidado personal de su hija, misma opinión expresada por un testigo que se desempeña como asistente social de un centro de rehabilitación.

Asimismo, reprocha que la sentencia arribe a conclusiones sin fundamento probatorio y sin explicar el origen de sus aseveraciones, por ejemplo, en sus referencias a discriminaciones de género en que incurriría el fallo de primer grado, intenta establecer una especie de defensa de género a favor de la madre, específicamente, al confrontar su adicción con un supuesto consumo de alcohol del padre, careciendo de base probatoria para sustentar dicha afirmación. Finaliza, explicando cómo estas vulneraciones influyen en lo dispositivo del fallo.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:** Por su parte, la parte recurrida se opuso a la pretensión del actor, pues expone que se encuentra en condiciones de cuidar a su hija ya que se encontraría de alta respecto a su adicción y manifestando el apego positivo que siempre ha mantenido con su hija, siendo ellos los únicos argumentos.

15.- **Razonamiento del fallo:** El Tribunal de alzada considera que, además de los hechos establecidos por la sentencia de primer grado, debe añadirse que se acreditó que la madre obtuvo el alta terapéutica lo que explica la progresiva intensificación del régimen de relación regular y directa que mantiene con su hija, el cual deberá seguir siendo fortalecido.

Sin embargo, dicho antecedente, probadas las habilidades parentales del padre y el nivel de vinculación, adaptación y mejoras que en todos los aspectos vitales han beneficiado a la niña, no es suficiente para alterar la situación de hecho que se verifica actualmente. En efecto, apareciendo que el interés de la niña se encuentra suficientemente resguardado en el escenario vigente, manteniendo adecuadas y nutritivas vinculaciones con ambos

progenitores, quienes se relacionan entre sí de manera apropiada, no aparece que concurra en la especie algún tipo de circunstancia que justifique su alteración.

Otro de los razonamientos, está orientado en considerar que la prueba rendida no fue apreciada en su integridad, considerando que el fallo impugnado carece de un análisis integral y lógico de la prueba rendida, a fin de obtener una red de premisas fácticas que conduzca al establecimiento de los hechos, vinculadas de tal manera entre sí, que las conclusiones no atenten contra las reglas de la lógica, ni las máximas de experiencia, ni contradigan los conocimientos científicamente aceptados.

16.- **Resultados del juicio:** Se acoge, el recurso de Casación en el Fondo deducido por el demandante contra la sentencia la que, en consecuencia, se invalida y reemplaza por la que se dicta, sin nueva vista y en forma separada.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** No existe voto de minoría.

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo:** El análisis que realiza la Excelentísima Corte Suprema al central la reflexión en el interés superior de la niña de autos es el correcto y coherente con la aplicación de las normas tanto nacionales e internacionales en la materia. En efecto, siempre el mejor y actual interés de los NNA deben primar por sobre el de las pretensiones de las partes. En la especie, el que la madre se encuentre superando sus adicciones no es suficiente para que se considere como el sustento necesario de modificar el status quo de la vida cotidiana de la niña, la cual se encuentra inserta de manera positiva en la familia del padre y bajo el cuidado y protección de ésta por la mayor parte de su vida, logrando la estabilidad y avances significativos en su desarrollo.

Considerar lo contrario significaría central lo relevante en las características de los intervinientes, mirando a la niña como un objeto de derecho y no reconociendo el legítimo ejercicio de sus derechos al vivir en un ambiente sano y acogedor.

Ello no implica el desarraigo con su madre por lo que el establecer un régimen de relación directa y regular resguarda el derecho de la niña a mantener el apego con su progenitora. El fallo realiza un interesante análisis de los criterios que adopta la Excelentísima Corte Suprema en cuanto a lo que se debe entender por interés superior, representando los lineamientos que deben seguirse en la materia de autos.

Sentencia N° 4.- **Cuidado Personal de los niños de autos** ⁴⁰³

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 23 de mayo del año 2017.-
- 3.- **Materia: Cuidado Personal**
- 4.- **Rol de la Causa:** N° 99.861-2016
- 5.- **Partes:** Requirente y requerido
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica**
- 7.- **Audiencia privada con el niño, niña o adolescente:**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de casación en el fondo.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del recurso:** Padre de los niños de autos, interpone demanda, solicitando el cuidado personal de sus hijos, argumentando que se encuentra en mejores condiciones que la madre de criar y satisfacer tanto las necesidades afectivas como materiales de sus hijos. Señala que es casado con persona de su mismo sexo desde hace 4 años, matrimonio celebrado en Argentina y al cual la demandada asistió y le solicitó que sean padres, atendido a que ambos no lo habían sido. Refiere a que el nacimiento de los niños, fue posible a un proceso de reproducción asistida, luego de dos años de tratamiento. El padre sostiene que la madre siempre conoció su condición sexual y quien lo apoyaba concurriendo con ellos a las marchas reivindicatorias de derechos sexuales, sin embargo, una vez embarazada, comienza a cuestionar el hecho que el padre de los niños, sea casado con otro hombre, refiriendo que estos deben tener un concepto tradicional de familia, debiendo el demandante renunciar a su matrimonio para que ella acepte su presencia con los niños. Que, impide la relación del padre con sus hijos, y de su cónyuge, significando todo ello una disminución en sus habilidades parentales afectando una serie de derechos propios de los niños, teniendo siempre el deseo de llevarlos a vivir a Uruguay, país de origen de la familia materna y así impedir la relación con el padre biológico de los niños y su cónyuge.

La parte demandada, niega los hechos manifestando que los niños siempre han vivido con ella y que responde de manera satisfactoria al efectivo cumplimiento del interés superior de sus hijos por lo que no existe fundamento para alterar el entorno de sus hijos. Se opone a que el cuidado

⁴⁰³ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Segunda Sala (23 de mayo del 2017), Sentencia Rol 99861-2016.

personal sea ejercido por el padre de los niños, manifestando que siempre ha propiciado la vinculación de los niños con él. Señala que éstos se encuentran en perfectas condiciones bajo su protección, teniendo todos los cuidados que los niños merecen, que cuenta con las mejores habilidades parentales, que la hacen merecedora a mantener el cuidado personal de los niños.

El Tribunal de primera instancia acoge la demanda y se confía el cuidado personal de los niños al padre, fijando un régimen comunicacional a favor de la madre, estableciendo una terapia de fortalecimiento de habilidades parentales a fin de mejorar su relación como padres y con los niños, debiendo trabajar principalmente el área de la coparentalidad.

Los argumentos tenidos a la vista están relacionados con un detenido análisis de todos los informes periciales que arrojaron que el progenitor es el más apto, contando con mejores habilidades y/o competencias parentales, características psicológicas, económicas y sociales para hacerse cargo del cuidado de los niños, pudiendo brindarles una mayor estabilidad y protección en comparación con la madre, que no es capaz de anteponer las necesidades de los niños a las propias; opinión que fue compartida por el Consejo Técnico del Tribunal, adquiriendo convicción el juez de la instancia respecto a que es el progenitor quien se encuentra en condiciones de resguardar en mejor medida el interés superior de los niños de causa.

Se impugna la sentencia por la vía del recurso de apelación, cuyos argumentos están orientados en indicar que se debe dar preponderancia a la estabilidad de los niños, que estaría referida exclusivamente a un elemento fáctico y físico, cual es, que ambos continúen viviendo con su madre, lo que se traduce que en esa continuidad prefiere al resto de los criterios de ponderaciones legales establecidos en el artículo N°225-2 del Código Civil, estabilidad que sólo sería posible alterar cuando exista una causal que lo amerite.

La sentencia apelada fue revocada por una sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, declarando que la demanda de cuidado personal quedaba rechazada, manteniéndose en la madre. Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 6° del artículo N°225 del Código Civil, se determinó el régimen comunicacional del padre para con sus hijos y que la madre garantizará. En efecto, pese a considerarse los resultados de los informes periciales en los que señalan que la madre tiene competencias parentales claramente inferiores, se estimó que no existe una causal grave

calificada para alterar el estándar legislativo, que sería la priorización de la estabilidad y la mantención de la residencia de los niños.

En contra de dicha decisión, la parte demandante dedujo recurso de Casación en el Fondo, denunciando la vulneración de lo que disponen los artículos 222, 225, 225-2, del Código Civil, 3 y 9 de la CDN y 16 de la ley 19968, solicitando que se acoja y se dicte una sentencia de reemplazo que confirme la de primera instancia. Indica que en cumplimiento a la Observación General número 14, de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, el Estado chileno elabora una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podría formar parte de la evaluación del interés superior de niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones. Por lo anterior los criterios contenidos en el artículo N°225-2 del Código Civil no constituyen meras orientaciones para el juez, sino que deben ser confrontados con las circunstancias específicas del caso concreto, en el entendido que, de esa forma, se satisface la directriz primordial vigente, esto es, el interés superior del niño. Sostiene que las habilidades parentales de la madre, están en desventaja en relación a las del padre, especialmente en lo que respecta a competencias parentales vinculares, reflexivas y de coparentalidad, no da un trato diferenciado a cada uno, lo que es grave si se considera que los niños tienen niveles de desarrollo diferentes pese a tener la misma edad, no tomando en consideración el interés superior de los niños. Por último señala que los errores de derecho que denuncia, influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, solicitando en definitiva se acoja el recurso y se anule la misma dictando una nueva sentencia en su reemplazo.

El recurso de Casación en el Fondo es acogido, anulándose la sentencia de segunda instancia y dictándose una en su reemplazo, la cual se sustenta preferentemente en privilegiar la aplicación del principio del interés superior del niño. Por ello corresponde aplicar los artículos 225 y 225-2 que establecen que si no hay acuerdo de quien tendrá la tuición, el cuidado personal corresponderá al padre o madre con quien está conviviendo; sin perjuicio que cuando las circunstancias lo requieran y el ISN lo hagan conveniente, el juez puede atribuir el cuidado personal al otro de los padres, lo que significa que se elimina toda alusión a causales de inhabilidad de los progenitores, y el interés superior del niño, esto es, su bienestar, se erige como único criterio de atribución legal. Considerando lo previo, la figura paterna aparece como aquel de los progenitores que cuenta con mejores y mayores habilidades para hacerse cargo de sus hijos.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar aquel de los padres que cuenta con las mejores habilidades parentales para hacerse cargo de los niños, pudiendo darles una mayor estabilidad y protección, considerando de manera primordial el interés superior de los niños Determinar un régimen comunicacional a favor de los padres que no ejerza el cuidado personal.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Artículos 3 y 9 de la Convención Internacional de los Derechos del niño, artículos N°222, 224, 225, 225-2, 229 y 242 del Código Civil; artículo N° 767 del código de procedimiento civil; artículos N° 16 y 32 de la ley 18.968; ley N° 20.680, Observación general N° 14 del Comité del los derechos del niño;

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Artículos 3 y 9 de la Convención Internacional de los Derechos del niño, artículos 222, 224, 225, 225-2, 229 y 242 del Código Civil.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:** Artículos 225, 225-2 del Código Civil.

15.- **Razonamiento del fallo:** Se basa principalmente en el artículo N°225, inciso 3° del Código Civil para el caso de separación de los padres, cuando no existe acuerdo respecto a cual de ellos tendría el cuidado personal de los hijos menores, atendida la eliminación de la regla de atribución legal que establecía una preferencia a favor de la madre en tal evento. En términos prácticos, la regla opta por mantener la situación de hecho que se verifica en tal momento, dejando el cuidado personal en quien estuviere conviviendo con los hijos a esa fecha, mientras no exista una decisión judicial al respecto. En efecto, la modificación introducida por la ley N° 20680 estableció como regla de atribución principal de la titularidad del cuidado personal, el acuerdo de los padres, quienes a partir de dicha reforma no sólo pueden determinar que el cuidado quede entregado a uno de los dos, sino convenir a una modalidad de cuidado compartido. En este contexto es que debe atenderse a la regla establecida en el inciso 3° del artículo N°225 del Código Civil que establece que el interés superior del niño es el único elemento que ha de primar a la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos. Se debe desentrañar con quien los niños habrán de estar mejor, es decir, cuál de los padres esta en condiciones de proveer mejor a su interés superior, que no es otro que “asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales, y a posibilitar la suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientada a asegurar el libre desarrollo de su

personalidad, concepto en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso (Corte de Apelaciones de Santiago, rol N°4105-2004). En la sentencia recurrida, los jueces, no obstante los datos objetivos de la prueba recogida, conducen su argumentación hacia la posible mejoría o proyección de cambio que podría operar en quien tiene actualmente el cuidado de los niños de manera de justificar que se mantengan con ellos, para así ajustar el criterio de “priorización legal”, forzando una conclusión que, de haber tenido una mirada centrada en el interés superior de los niños, debió ser distinta.

16.- **Resultados del juicio:** Se acoge el recurso de Casación en el Fondo, anulándose la sentencia de segunda instancia y se dicta sentencia de reemplazo.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** Especialmente los fundamentos se refieren a que debe ser estimado que cualquier probable cambio en la vida actual de los niños y el riesgo que sufran un daño como consecuencia de la decisión que se adopte, pues, atendida la tan corta edad de ambos, no es aventurado inferir que puede resentirse su estabilidad emocional si deben dejar de vivir con su madre y convivir con su padre y su consorte. Que, en estas condiciones, a juicio de la disidencia, la vulneración denunciada no tiene influencia substancial en la parte dispositiva de la sentencia que impugna; razón por la que el recurso que se analiza debe ser desestimado.

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** El fallo valora de manera correcta la aplicación del principio del interés superior como consideración primordial. El razonamiento que se realiza, representa una mirada renovadora e innovadora, al no considerar de manera relevante la tendencia sexual del progenitor y el encontrarse casado con una pareja de su mismo sexo, otorgándole en definitiva el cuidado personal de sus hijos. Por otra parte, se explicita la eliminación de la regla de atribución legal que establecía una preferencia a favor de la madre en materia de cuidado personal de los hijos menores considerando sólo el principio del interés superior. Llama la atención el razonamiento que realizan los jueces de segunda instancia en cuanto a las debilidades que presenta la madre, al manifestar que éstas son posibles de superar a través de alguna intervención. Si lo anterior fuese la mirada correcta, cualquier debilidad, desventaja o inhabilidad se podría superar a través de alguna intervención especializada, priorizando las características de las partes por sobre el interés superior de los niños. Sin

duda, el fallo precedente marca el inicio de una nueva mirada en la aplicación del principio.

Sentencia N° 5.- **Restitución Internacional** ⁴⁰⁴

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Corte de Apelaciones de Santiago
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 20 de octubre del año 2017.-
- 3.- **Materia:** Restitución Internacional
- 4.- **Rol de la Causa:** N° 2740-2017
- 5.- **Partes:** Requirente y requerido
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica**
- 7.- **Audiencia privada con el niño, niña o adolescente:** sí
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Apelación.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del recurso:** Se solicita restitución internacional en virtud del Tratado de La Haya de 1980, requiriendo el padre de la niña de autos de nacionalidad Venezolana la restitución de su hija la cual, indica, está siendo retenida ilícitamente en Chile por su madre.

Manifiesta en la solicitud que el traslado de la niña a Chile se realizó sin el consentimiento del padre de forma ilegal, unilateral y arbitraria por parte de la madre, agregando que la niña tenía su residencial habitual, en Venezuela. En cuanto a los antecedentes de derecho, señala que el Convenio de la Haya adopta, para el caso de restitución de un niño, el concepto de “residencia habitual” como su principio rector. En éste caso, el lugar de residencia habitual de la niña es Venezuela pues allí tenía su centro de vida antes de ser trasladada y retenida ilícitamente por su madre en Chile. Por ello, considerando principalmente las disposiciones legales de dicho país, respecto los derechos de tuición y visita de la niña, es posible establecer que nos encontramos en presencia de una retención ilícita, en los términos del artículo 3° del Convenio que se configura desde el mismo momento en que la madre comienza a retener a la niña en Chile, violando a todas luces el derecho referido. Por tanto, solicita la restitución inmediata de su hija, a su país de residencia habitual, esto es Venezuela y sean los Tribunales Venezolanos los encargados de decidir respecto del país de residencia de la

⁴⁰⁴ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Segunda Sala (20 de octubre del 2017), Sentencia Rol A 2740-2017 Familia.

menor y el régimen de visitas del padre para con ella. Como petición subsidiaria, solicita el arraigo de la niña a fin de asegurar el resultado de la petición principal.

La contestación se basa en rechazar en todas sus partes los argumentos de la misma indicando que el padre autorizó que la niña viajara a Chile y que se radicara en nuestro país, por razones que dicen relación con la situación económica que vive Venezuela y porque la demandada tiene otro hijo, cual presenta un cuadro de autismo y no existen condiciones para tratarlo en Venezuela.

La sentencia de primera instancia rechaza la solicitud de restitución internacional, no obstante indica la juez que no existe voluntad expresa del padre de acordar el cambio de residencia, encontrándose impedido de ejercer efectivamente su derecho de tuición y visitas producto de la retención, pudiendo concluir que la retención de la niña en nuestro país es ilícita.

Sin embargo, el sentenciador establece que se puede dar por acreditado que los motivos que expuso la demandante como alegaciones para justificar su venida a Chile con la niña son efectivos y reales. Que existiendo tales razones, la juez considera que esto afecta en forma directa la vida de la niña, ya que se vería expuesta a diario a falta de alimentación adecuada, ya que el abastecimiento de la familia está condicionada por la falta de alimentos y medicina. Además de regresar a Venezuela la familia debería tomar decisiones que implicarían separar a la menor de su familia con quien siempre ha vivido. Con ello se configuraría una situación de riesgo para su salud, alimentación y aspecto familiar, por lo anterior se rechaza la demanda de restitución en virtud del Tratado Internacional y se deja sin efecto la orden de arraigo decretada en estos autos.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago confirma el fallo de primera instancia, con voto disidente argumentando que si bien se establece la ilicitud de la retención y por encontrarse la niña de autos en la situación prevista en el artículo N°12, inciso 1° de la Convención sobre aspectos civiles de secuestro de niños, se encuentra la autoridad obligada a acceder al retorno a su lugar de residencia habitual y esta es la regla general, pues es la que aviene con el interés superior de la niña que se traduce a no ser separada de su padre, de su lugar de residencia habitual, de su contorno familiar y social, por acto contrario a la ley. No obstante, se ha acreditado que existe un eminente riesgo en lo emocional, familiar, social y de salud de

la niña de autos al acceder a su retorno a su país de origen, esto es Venezuela lo que justifica el rechazo de lo peticionado por el padre de la niña.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar la licitud o ilicitud de la permanencia de la niña de autos en Chile. Determinar si existió voluntad del padre en el traslado de la niña a suelo nacional y si existió tal voluntad si esta fue transitoria o definitiva. Determinar si en un eventual regreso existiría un grave riesgo que la exponga a un peligro físico o psicológico o de otro modo la pone en una situación intolerable de riesgo o peligro.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Convenio de la Haya, relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas. Autoacordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de la Haya, relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Artículos 1,3,4,5,12,13 B, 16,17 y 19 del Convenio de la Haya, relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:** Convenio de la Haya, relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.

15.- **Razonamiento del fallo:** El análisis que se realiza en el fallo da cuenta que si bien existe una retención ilícita de la niña de autos, ya que, no se logro acreditar que exista la voluntad del padre de autorizar la permanencia definitiva de su hija en Chile, existe un riesgo inminente al cual se vería expuesta la niña de autos a su regreso a Venezuela, al no existir las condiciones mínimas que aseguren su alimentación de manera adecuada, salud, y desarraigo de la familia con la cual ha vivido desde su nacimiento lo que conlleva un daño desde el punto de vista físico, psicológico, familiar y social.

16.- **Resultados del juicio:** Se confirma el fallo en alzada.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** Que en juicio no se logró acreditar de manera fehaciente la inminencia o proximidad de un daño a la niña, sino que sólo se da cuenta de un contexto general, del todo impertinentes a la cuestión debatida, de lo que se sigue que el ejercicio de extrapolar estas últimas a la situación particular de la niña no es sino un ejercicio de entelequia sin sustento en el proceso. En consecuencia, el retorno de la niña a su lugar de residencia habitual no importa para ella “grave riesgo” ni “peligro físico”, o al menos no hay hechos probados en ese sentido.

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** Si bien el fallo concluye que efectivamente existe una retención ilícita de la niña de autos en nuestro país al no haberse acreditado la voluntad del padre en permitir la permanencia de su hija de manera definitiva en Chile, el sentenciador privilegia el interés superior de la niña, aunque no lo establezca de manera explícita, al considerar como primordial su estabilidad emocional, psicológica, de salud, social y familiar al poder permanecer junto a su madre y hermano con la cual ha vivido desde siempre, estabilidad que encontrara si permanece en suelo nacional. Lo contrario significaría exponerla -al menos- a riesgos inminentes al no contar con la certeza en obtener una alimentación adecuada, ni poder contar con sus vacunas, ya que la situación por la que atraviesa Venezuela es un hecho público y notorio, que si bien puede aparecer en un marco de contexto general no existe razón que la situación de la niña y de la familia de ésta, sea distinta al regresar a su país de origen. A modo de conclusión que si bien, existe una adecuada interpretación del principio analizado, el fallo no lo explicita ni menos indica en el sentido que fue considerado.

Sentencia N° 6.- **Solicitud de susceptibilidad de adopción** ⁴⁰⁵

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 12 de abril del año 2018.-
- 3.- **Materia:** Solicitud de susceptibilidad de adopción.
- 4.- **Rol de la Causa:** Causa reservada
- 5.- **Partes:** Recurrente y recurrido
- 6.- **Designación de curador ad litem, sí aplica**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el fondo
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** En causa sobre susceptibilidad de adopción, el juzgado de Familia de la ciudad de Puerto Varas, resolvió que la niña de autos es susceptible de ser adoptada, debiendo suspenderse toda relación directa y regular con la familia de origen, como también todo plan de intervención que propenda a un acercamiento familiar; la que fue confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones competente.

⁴⁰⁵ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Tercera Sala (12 de abril del 2018), Materia y causa reservada.

En contra de esta decisión, la parte demandada dedujo recurso de casación en el fondo, denunciando la infracción de una serie de normas legales, solicitando que se acoja y se anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte sentencia de reemplazo que desestime la solicitud formulada por el Servicio Nacional de Menores.

El recurso sostiene que la sentencia impugnada infringió lo que disponen los artículos 3 y 14 de la Ley N°19.620 y 16 inciso 2° y 66 de la Ley N° 19.968, afirmándose que se probó que la madre de la niña de autos mantiene un vínculo afectivo con su hija. En razón de ello y como la filiación adoptiva sólo procede de manera supletoria, pues el artículo 1° de la carta fundamental contiene el principio que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, reconocido también por la Convención sobre los Derechos del niño, se debe conservar la de origen y velar por el interés superior de la niña, posibilitándole desarrollar la vinculación con su madre y su familia, de lo contrario se la priva de su historia e identidad personal.

Se transgredió lo que previene el artículo N°16, inciso 2°, de la Ley N° 19.968, porque no se escucho a la niña en una materia de vital importancia para sus intereses, pues está envuelto, entre otros, el derecho a ser cuidada debidamente y el de la identidad, como la relación con su madre; prerrogativa reconocida expresamente por la legislación, desde que el derecho a ser oído, en relación con el reconocimiento a su autonomía progresiva y a la obligación a ser considerada su opinión, integran el derecho a un debido proceso.

Señala cómo las conculcaciones que denuncia influyeron sustancialmente en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, y solicita se acoja el recurso y se la anule, acto seguido, sin nueva vista y separadamente, se dicte sentencia de reemplazo.

La Corte Suprema, tuvo presente el artículo N°20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el sistema de adopción como un mecanismo necesario y válido para los casos en que los niños tienen que ser separados de su medio familiar de origen, ordenando el artículo N°21 que su interés superior es la consideración primordial, debiendo ponderarse su situación jurídica, la de sus padres y parientes.

En lo concerniente a la denuncia que se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo N°16 de la Ley N° 19.698, se debe tener presente que el artículo N°12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que los Estados partes deben garantizar al niño, niña y adolescente que esta en

condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecte, tendiéndose debidamente en cuenta su sentir, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se le debe dar la oportunidad ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Ello, basado en el artículo N°12 de la Convención, que estatuye el derecho del niño a ser escuchado, el que se encuentra vinculado al derecho a la no discriminación, derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, derecho a la libertad de expresión, derecho a la información, siendo además independiente con el artículo 3, que establece como consideración primordial el interés superior del niño, lo cual se encuentra relacionado con la Observación General N° 14, en el sentido que la evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que tenga en cuenta en todos los asuntos que le afecten.

Manifiesta la Corte que la doctrina nacional señala, en lo que se refiere a los procedimientos jurisdiccionales ante los Tribunales de Familia, que puede verse como una consagración de la garantía del derecho a defensa, en su aspecto o dimensión de “defensa material” que se traduce en las facultades del niño, niña o adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista 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.

Considerando este contexto, se debe inferir que la fijación de una o más audiencias de juicio que inciden en materias que conciernen a niños, niñas o adolescentes, con la finalidad de escucharlos, de establecer un diálogo con ellos, constituye una forma de concretar el derecho que consagra el artículo N°12 de la Convención, y en la medida que se den las condiciones que señala, debe ser considerada como necesaria e imprescindible.

Finalmente la Corte Suprema concluye que la sentencia impugnada se conculcó lo que dispone el artículo 2° del artículo N°16 de la Ley N° 19.968, con ello, las demás normas que se hace referencia, que influyó de manera

substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña una decisión que incide de manera trascendental en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar si la niña de autos es susceptible de ser declarada en adopción.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Artículos 3, 12 N° 1 y 14 de la Ley N° 19.620; artículo N°16 inciso 2°, N°32 y N°66 de la ley N° 19.968; artículo N° 1 de la Constitución Política del Estado de Chile; Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño; artículo N°42 de la Ley N° 16.618; Observación General N° 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño.

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** El recurso sostiene que la sentencia impugnada infringió lo que disponen los artículos 3 y 14 de la Ley N°19.620 y 16 inciso 2° y 66 de la Ley N° 19.968, afirmándose que se probó que la madre de la niña de autos mantiene un vínculo afectivo, por lo que se debe tender a conservar la de origen y velar por el interés superior de la niña, posibilitándole desarrollar la vinculación con su madre y su familia, de lo contrario se la priva de su historia e identidad personal.

Asimismo, se señala que no se acreditaron las ventajas para la niña que se indican en la solicitud, ya que nunca existió abandono de la madre y se mantuvo el lazo afectivo que exige la ley, por lo tanto, al no considerarse dichas circunstancias se vulneraron los artículos 3 y 14 de la Ley N° 19.620. También lo que previene el artículo N°16, inciso 2°, de la Ley N° 19.968, porque no se escucho a la niña en una materia de vital importancia para sus intereses y la obligación a ser considerada su opinión, integran el derecho a un debido proceso.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:**

15.- **Razonamiento del fallo:** Establece que se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo N°16 de la Ley N° 19.698, debiendo tener presente que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, garantiza al niño, niña y adolescente que está en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecte, tendiéndose debidamente en cuenta su sentir, en función de su edad y madurez; y que, con tal fin, se le debe dar la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incumba, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consecuencia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Refiere la Corte que la doctrina nacional señala, en lo que se refiere a los procedimientos jurisdiccionales ante los Tribunales de Familia, que puede verse como una consagración de la garantía del derecho a defensa, en su aspecto o dimensión de “defensa material” que se traduce en las facultades del niño, niña o adolescente a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar prueba y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión, por lo que no se satisface consultando la opinión en una oportunidad durante la tramitación del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas definidas de manera previa, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista 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.

Finalmente la Corte Suprema concluye que la sentencia impugnada se conculcó lo que dispone el artículo 2º del artículo N°16 de la Ley N° 19.968, con ello, las demás normas que se hace referencia, que influyó de manera substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña una decisión que incide de manera trascendental en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión.

16.- **Resultados del juicio:** De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones respectiva, la que se invalida y se reemplaza, sin nueva vista, estableciendo que todo lo obrado en la causa, se retrotrae al estado en que se verifique la respectiva audiencia de juicio y el trámite esencial omitido ante tribunal no inhabilitado.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:**

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo:** El criterio de la Corte Suprema en cuanto a la aplicación del principio del derecho a ser oído se ha dirigido en la misma dirección, al considerarlo una actuación fundamental en el debido proceso. No obstante, en el presente fallo el criterio de la Excelentísima Corte Suprema va más allá, manifestando que éste no se agota en el acto de escuchar al NNA, sino más bien debe ser considerado un protagonista en la construcción del caso desde el principio, significando el derecho a participar en la decisión de su propia vida.

El no escuchar a los NNA especialmente en la materia analizada implica resolver desde la adultocracia lo cual no se condice con el hecho de considerarlos sujetos de derecho.

Reflexionando de acuerdo a lo previo, no puede dejar de llamar la atención que los tribunales de primera instancia no consideren lo relevante que es escuchar a los NNA ni los apegos, y el propender a mantener y fortalecer los lazos con la familia de origen, todo lo cual resulta imprescindible para una correcta aplicación del interés superior del NNA.

Sentencia N° 7.- **Demanda de relación directa y regular** ⁴⁰⁶

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 06 de junio del año 2016.
- 3.- **Materia:** Demanda de régimen comunicacional.
- 4.- **Rol de la Causa:** N° 32.128-2015.
- 5.- **Partes:** Requirente y requerido.
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica:**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:**
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** Se inicia por demanda de relación directa y regular, por el padre del niño de autos, en contra de la madre y a favor de su hijo. Fundamenta su demanda, que fruto de la una relación sentimental con la demandada, nace el niño de autos, que es el demandante el que hace abandono del hogar común, pudiendo visitar a su hijo sin mayores sin inconvenientes. Manifiesta que en una oportunidad la madre le habría pasado a su hijo por espacio de una semana sin mayores inconvenientes. Posteriormente, acuerdan un régimen en virtud del cual retiraba a su hijo los días sábados y lo regresaba el día domingo. Dicho régimen se mantuvo por espacio de cuatro meses, hasta que la demandada tomó conocimiento que mantenía una nueva relación de pareja, fecha desde la cual ha obstaculizado las visitas e impuesto como condición que lo visite en presencia de ella. Por lo cual solicita se fije un régimen de relación directa y regular ordinario y extraordinario, especificando cada uno de ellos.

En cuanto a la contestación de la demanda, se solicita el rechazo en los términos peticionados y propone que las visitas se lleven a efecto los días

⁴⁰⁶ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala (06 de junio del 2016), Sentencia Rol 32128-2015.

sábados de 11:00 a 18:00, bajo su supervisión o de otra persona de su confianza. Ello, en atención a que el demandante es consumidor de alcohol y drogas, mantención de negocios ilícitos como la venta de marihuana, reducción de especies robadas y presenta una serie de demandas por estafa, todo lo cual fue motivo del quiebre matrimonial.

Por último, reconoce que mantenían un régimen de común acuerdo, el cual dejó sin efecto, debido a que el demandante en una oportunidad, siendo horas de la madrugada, la llamó en estado de ebriedad, y le manifestó que lo buscaban para matarlo, por lo cual temiendo por la integridad de su hijo, sólo le permite visitarlo bajo su supervisión.

El Tribunal de primera instancia, hace lugar a la demanda de régimen comunicacional, para ello considera los siguientes argumentos: Convención probatoria celebrado por las partes, en razón que la demandada dejó a su hijo a cargo del padre por una semana. Que sin perjuicio que la demandada y su testigo, estuvieron contestes en señalar que el demandante de autos presentaba conductas ilícitas, la sentenciadora desechará dichas imputaciones, puesto que habiéndose incorporado el extracto de filiación y antecedentes del demandante, no registra condenas. De igual forma, será desestimado el consumo abusivo de alcohol y drogas, puesto que incorporado el examen toxicológico practicado al demandante de autos por el SML, éste arrojó resultados negativos para el consumo de drogas, y respecto al consumo de alcohol, este arrojó 32.0U/L, lo cual se encuentra en un rango normal.

En relación a los informes de habilidades parentales, realizadas a ambas partes por el DAM, se da por acreditado, que las partes presentan conflictos conyugales producto del término de la relación, tornándose la relación entre ambos adultos altamente conflictiva, siendo la demandada quien obstaculiza la relación entre el padre y su hijo. Así, también se da por establecido que el padre cuenta con las habilidades parentales necesarias para mantener un régimen de relación directa y regular con su hijo, con quien mantiene un vínculo de apego y una relación afectiva y cercana.

Conforme a lo expuesto previamente, se da por establecido que no existen inconvenientes para establecer un régimen de relación directa y regular entre el demandante y su hijo, el que conforme a su corta edad, debe ser progresiva. A contrario sensu, la ley es clara en señalar que el padre que no tenga el cuidado personal de su hijo, deberá mantener con éste un régimen de relación directa y regular, que les permita relacionarse y crear

lazos afectivos importantes, para el desarrollo integral y sano del niño, puesto que es de conocimiento público que los niños necesitan de ambos progenitores, así como conocer sus orígenes, y compartir con sus familias extensas, fijando un régimen ordinario y extraordinario, sin pernoctación.

La parte demandada interpone recurso de apelación de la sentencia de primera instancia argumentando que el régimen establecido por la sentenciadora representa un obstáculo en la relación de apego entre el padre y el hijo ya que son reducidos los tiempos en relación al régimen que de mutuo acuerdo habían acordado entre las partes.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva, confirma la sentencia apelada, con declaración, teniendo presente que no existen antecedentes que impidan un régimen comunicacional entre padre e hijo, que incluya pernoctación, en términos que sea o vulnere de algún modo el interés superior de éste, por el contrario, existen informes periciales que no cuestionan las habilidades parentales, consignándose incluso en ellos que no se identifican situaciones de riesgo para su hijo, teniendo especialmente presente que es un derecho del niño, el poder relacionarse con el padre o madre que no tenga el cuidado personal y atendido lo dispuesto en los artículos 67 de la ley 19.968, 229 del Código Civil y la Convención sobre los Derechos del Niño, se dispone como régimen comunicacional, el solicitado en la demanda.

La parte demandada, interpone recurso de Casación en la forma y en el fondo, en contra de la sentencia de segundo grado, argumentando que el fallo que se impugna mediante la interposición del recurso de casación en la forma, es sólo enmendable con la interposición de tal recurso, ya que comete el error de incurrir en decisiones contradictorias. En efecto, existe en el derecho deber de la madre que detenta el cuidado personal de relacionarse con su hijo, pudiendo tener una relación sana de cuidado, protección y afecto, lo que en la especie, atendido el fallo de segunda instancia y sus resoluciones contradictorias, no se podrá producir, pues se priva al hijo y a su madre de compartir todo fin de semana, hasta que el niño tenga 18 años de edad.

El vicio consistente en abiertas decisiones contradictorias, influye en lo dispositivo del fallo, toda vez que de no haber existido el vicio, la sentencia de primera instancia se habría confirmado sin declaración, por no existir fundamento alguno para aumentar el régimen de relación directa y regular. En cuanto a la interposición del recurso de casación en el fondo, se manifiesta que se ha infringido el artículo N°229 del Código Civil, artículo

Nº16 de la ley 19.968, ya que en los términos que fue dictado el fallo se trasgrede el derecho del niño de autos a mantener una relación cercana y normal con su madre.

La Excelentísima Corte Suprema, acoge el recurso de casación en el fondo, reproduciendo la sentencia de alzada, teniendo además presente que, de acuerdo a lo establecido en el artículo Nº229 del Código Civil, los jueces al determinar la relación directa y regular que le corresponde al padre o la madre que no ejerce el cuidado personal, y su hijo, debe considerar aquella que asegure el vínculo cercano y sano con aquel o aquella, y que al mismo tiempo garantice la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo.

Para dicha labor, la consideración primordial debe ser el interés superior del niño, añadiéndose aquellos criterios que establece el fallo recurrido, como la vinculación afectiva con su padre o madre, y el régimen de cuidado personal vigente. Que teniendo presente dichos criterios, aparece a juicio de la Corte que lo conveniente para el niño de autos, a la luz de su interés superior, es fijar un régimen comunicacional que permita al niño disfrutar de la mejor forma posible de la crianza y cuidado de ambos progenitores, teniendo en consideración que el desarrollo de las potencialidades del niño dependen de manera indiscutible del afecto y saludables relaciones que construyan con sus padres, lo que en la etapa de su vida, tendiendo en consideración su corta edad, exige un ejercicio especial del rol de corresponsabilidad en el ámbito lúdico y recreacional. Por lo anterior, se confirma la sentencia apelada, con declaración y se dispone de un régimen comunicacional que se efectuará, con pernoctación, fin de semana por medio.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Procedencia de la demanda de relación directa y regular sometida a conocimiento del Tribunal. Conveniencia o inconveniencia que el padre mantenga un régimen de relación directa y regular con el niño de autos y bajo que circunstancias.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Artículos Nº22, 229 del Código Civil, artículos Nº8, 16 y 67 de la Ley Nº 19.968; Nº1, 2, 3, 5, 8, 9, 18, 19 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Artículos Nº770, inciso 1º, 764, 765, 767, 768 Nº 7, 776 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículo Nº67 de la Ley Nº 19.968; artículo Nº229 del

Código Civil; artículo N°48 de la Ley N° 16.618; artículos 8 N°2 y artículo 9 N°3 de la Convención sobre los Derechos del Niño

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:**

15.- **Razonamiento del fallo:** Teniendo presente los criterios considerados en el fallo y las circunstancias fácticas acreditadas en autos, aparece a juicio de la Corte que lo conveniente para el niño de autos, a la luz de su interés superior, es fijar un régimen comunicacional que permita al niño disfrutar de la mejor forma posible de la crianza y cuidado de ambos progenitores.

16.- **Resultados del juicio:** Se acoge el recurso de casación en el fondo, con declaración.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** Tendiendo únicamente en consideración que el recurso fue deducido en contra de aquella parte de la sentencia impugnada que establece un régimen comunicacional ordinario, estuvo sólo por disponer que el régimen comunicacional fuera semana por medio.

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** Si bien el niño de autos, a la época del fallo, tenía una edad de dos años seis meses, no existe en el desarrollo del juicio diagnóstico de algún profesional que de muestras del real apego y vinculación con su progenitor y su madre, de acuerdo a su edad y madurez. En efecto, es un trámite esencial el poder determinar la cercanía que presenta con ambos. El fallo, al ser acogido con declaración y determinar que el padre puede pernoctar con su hijo es ajustado a derecho, ya que la juez de primera instancia no sustenta la negativa a impedir la pernoctación, reconociendo en los fundamentos que no existe ninguna contraindicación para ello. En este sentido, se considera el interés superior del niño que tiene derecho a vincularse con ambos progenitores en espacios y tiempos de calidad, lo contrario significaría no atender a lo beneficioso para el niño.

Igual línea jurisprudencial es observada en sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema de Chile de fecha 26 de febrero del año 2018⁴⁰⁷ en donde se acoge recurso de casación en el fondo en contra del fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en la cual se rechaza demanda de régimen comunicacional interpuesta por el padre del niño de autos aduciendo que se vulnera lo dispuesto en el artículo N°229 del código civil, 9 N° 3 y 10 N° 2 de la Convención sobre los derechos del niño, ambos en relación con el principio del interés superior.

⁴⁰⁷ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala Especial (26 de febrero del 2018), Sentencia Rol 40678-2017.

El fallo considera relevante los lineamientos doctrinales referidos a la noción del interés superior del niño, al señalar que “su contenido debe ser aplicado en el caso concreto como doble herramienta: por un lado como criterio de control, en el sentido que el ejercicio de los derechos y obligaciones correlativas respecto de los niños, sea correctamente efectuado; y como criterio de solución, en cuanto a como la noción misma de interés del niño debe dirigir la decisión en este caso jurisdiccional hacia la buena solución, que será aquella que coincida con su interés, concreto y sistemáticamente apreciado”.

Ello implica evaluar y considerar todos los componentes en la aplicación del principio y los criterios legislativos referentes al régimen comunicacional como es indicado en el fallo.

Se considera que para realizar una correcta aplicación del principio, no se deben desatender los elementos del caso en concreto, los que necesariamente se deben evaluar. En el caso de marras, el beneficio que le reporta al niño de la causa, el fortalecimiento y mantención periódica de una vinculación familiar entre el padre o madre con el hijo respecto del que no ejerce el cuidado personal, considerando fundamentalmente la satisfacción de sus necesidades y de esa forma, optimizar sus posibilidades de bienestar.

Sentencia N° 8.- **Modificación de régimen comunicacional** ⁴⁰⁸

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 18 de abril del año 2017
- 3.- **Materia:** Modificación de régimen comunicacional
- 4.- **Rol de la Causa:** N° 1732-2017
- 5.- **Partes:** Requirente y requerido
- 6.- **Designación de curador ad litem, si aplica:** Existe designación
- 7.- **Audiencia privada con el niño, niña o adolescente:** No
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el Fondo.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** La madre del niño de autos, presenta demanda sobre modificación de régimen comunicacional, solicitando su reducción de acuerdo a que el régimen imperante nunca fue cumplido por el padre. El régimen consistía en que el padre podía vincularse

⁴⁰⁸ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Cuarta Sala (18 de abril del 2017), Sentencia Rol 1732-2017.

con su hijo dos fines de semana al mes, fin de semana por medio, desde el día sábado, hasta el día domingo, dos semanas en vacaciones de verano, solicitando sea modificado, reduciendo las horas y los días.

El demandado, al contestar, solicita su total y absoluto rechazo, manifestando que el régimen nunca fue cumplido, siendo la madre quien se oponía a ello, aduciendo a un hecho aparentemente ocurrido en el año 2013, durante la visita al hogar paterno, hecho que fue desestimado por la justicia.

Junto con la contestación de la demanda, es interpuesta demanda reconvenicional de modificación de régimen comunicacional con el objeto que éste sea ampliado y pueda vincularse el demandante reconvenicional y demandado principal un mayor tiempo con su hijo.

Posterior a la realización de la audiencia preparatoria de juicio, el demandado se entera que su hijo cambia de domicilio, desde la ciudad de Santiago a vivir a Copiapó por lo que, en los términos solicitados en su demanda reconvenicional son impracticables, a excepción de lo requerido en cuanto a los tiempos en vacaciones de verano e invierno.

El Tribunal de primera instancia, acoge la demanda principal, disponiendo que el nuevo régimen se realizará en la ciudad en que el niño vive, el primer fin de semana de cada mes, desde el día sábado, hasta el día domingo. Fijando además visitas en las fiestas de fin de año de manera alternada con la madre y que en ningún caso el régimen podrá desarrollarse en el domicilio paterno, prohibiéndose el contacto con los hijos de la pareja actual del padre del niño.

La parte demandada principal y demandante reconvenicional apela de la sentencia señalando que no se consideró el interés superior del niño de autos, siendo el nuevo régimen lesivo para la relación entre padre e hijo, perdiendo de manera definitiva la vinculación entre ambos y con la familia paterna extensa, siendo esta figura significativa en su desarrollo. Manifiesta que se ha contravenido lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente lo dispuesto en los artículos 7.1, 9.1, 9.3, 18.1, y 27.2; artículos 32 y 16 de la ley 19.968 y 229 del Código Civil.

Se resalta el hecho que la madre fue apremiada y multada por incumplimiento del régimen comunicacional. Manifiesta que no sólo prohíbe llevar a su hijos a su domicilio de por vida, sino tener contacto con los hijos de su pareja, sino que no establece periodos de vinculación en las vacaciones de verano e invierno entre ambos contraviniendo lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva, confirma el fallo apelado.

Ante dicho fallo se presenta el recurso de Casación en el Fondo, la cual considera que, conforme lo señala el artículo N°775 del Código de Procedimiento Civil, pueden los Tribunales conociendo por la vía de la apelación, consulta o casación o en alguna incidencia, invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que adolecen de vicios que den lugar a la casación en la forma. Según lo prescribe el artículo N°768 del citado código, es causal de nulidad formal la circunstancia que falte algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

En el caso de autos, el relator dando cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 373 y 783 del Código Orgánico de Tribunales, informó que el niño de autos no fue escuchado durante la tramitación del juicio, falta que, en todo caso, también advirtió su curadora ad litem, haciendo presente que era imperioso oírlo, previo a tomar una decisión acerca del recurso deducido por su padre. Por ello, corresponde dilucidar si escuchar al niño en juicios que inciden en asuntos que le concierne es un trámite que tiene la categoría de esencial, dado que el artículo N°795 del Código de Procedimiento Civil, señala cuales son los trámites o diligencias esenciales en la primera o única instancia en los juicios de mayor o única cuantía y en los juicios especiales, no lo contempla como tal, debiendo tener presente que se emplea la expresión “en general” y al emplearla el legislador deja claro su propósito de no hacer una enunciación taxativa, con la finalidad de no excluir los diferentes casos particulares en que la ley establece trámites con carácter de esenciales, sin declararlos en forma expresa. Por otra parte, el artículo N°12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados partes deben garantizar a los NNA que están en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecte, teniendo debidamente en cuenta su opinión, en función de su edad y madurez y con tal fin debe dársele la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo ya sea directamente o por medio de un representante. La observación general N° 12 del Comité de los Derechos del niño, establece medidas que deben aplicarse para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, de acuerdo al contexto que se trate. Por su parte el artículo 12 de la Convención, establece el derecho del

niño a ser escuchado, por ello tiene derecho a manifestar sus deseos, sus sentimientos de manera libre y que sean tenidos en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que les concierne, vinculándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa, por lo tanto, deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que señala dicha disposición, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos.

En este contexto, ha de colegirse que la fijación de una o más audiencias en los juicios que inciden en materias que conciernen a los NNA, con la finalidad de escucharlos, constituye una forma de concretar el derecho que consagra el artículo N°12 de la Convención por lo que debe ser considerada como necesaria e imprescindible; razón por la que debe afirmarse que efectivamente constituye un trámite esencial en aquellos que tienen por finalidad establecer un régimen comunicacional entre el niño y su progenitor con el carácter de definitivo, como es el de autos.

Por ello, se debe concluir que se incurrió en la causal formal establecida en el número 9 del N°768 del Código de Procedimiento Civil, por lo que debe ser invalidado todo lo obrado y reponerse la causa al estado al estado que se lleve a cabo la audiencia de juicio y el trámite esencial omitido ante Tribunal no inhabilitado, cumplido, se dicte la sentencia respectiva.

Atendido lo resuelto, no se emite pronunciamiento respecto del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante. Existe voto de minoría, que estuvo por anular de oficio sobre las bases de las facultades correctoras previstas en el inciso final del artículo N°84 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos N°13 y 27 de la ley 19.968.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar si procede la modificación del régimen comunicacional en los términos peticionados por la parte demandante, considerando el interés superior del niño de autos. Pronunciarse sobre la demanda reconvencional de modificación del régimen comunicacional interpuesto por el demandado principal y demandante reconvencional.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño, artículos N°84, 223, 775, 768 N° 9, 783, 795 todos del Código de Procedimiento Civil; artículo N°373, del código

orgánico de Tribunales, Observaciones generales n° 12 y 14 del Comité de los Derechos del Niño; artículos N° 13, 27 y 67 de la ley 19.968

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Se basa fundamentalmente en el artículo N°764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, argumentando que el fallo es abusivo ya que rompe de manera definitiva la vinculación entre el padre y su hijo, no considerando el interés superior de este último.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:**

15.- **Razonamiento del fallo:** El fallo razona en atención a que se habría omitido un trámite esencial como es no haber escuchado al niño en la tramitación del juicio, desatendiendo la normativa tanto nacional como internacional en este sentido, concluyendo que representa un trámite esencial, el que debe ser garantizado, considerando al niño de esta forma sujeto de derechos humanos.

16.- **Resultados del juicio:** Se invalida todo lo obrado, debiendo reponerse la causa al estado a que se lleve a cabo la audiencia de juicio y el trámite esencial omitido ante Tribunal no inhabilitado, cumplido, se dicte la sentencia respectiva. Atendido lo resuelto, no se emite pronunciamiento respecto del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante.

Se previene que uno de los Ministros estuvo por anular de oficio sobre la base de las facultades correctoras, previstas en el inciso final del artículo N°84 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los artículos 13 y 27 de la ley 19.968

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:** Se acuerda con un voto de minoría, quien estuvo por no proceder de oficio y por pronunciarse sobre el recurso de casación en el fondo.

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** Una de las primeras observaciones que se pueden formular, en cuanto a la tramitación del procedimiento, es que el Tribunal de primera instancia no considera, en ninguna etapa del procedimiento, la posibilidad que el niño de autos sea escuchado en el juicio, de acuerdo a su edad y madurez. En ese mismo sentido, los intervinientes no lo hacen presente ni solicitan al Tribunal la realización de tal diligencia como esencial. La única interviniente que lo considera es la curadora ad litem designada para representar los intereses del niño, no acogiendo el Tribunal su petición y no dando fundamentos para su negativa.

Considerando lo previo, la relevancia que le asigna la Excelentísima Corte Suprema al ejercicio del derecho a ser oído del niño y su omisión en el caso concreto es el esperable y correcto, lo contrario representaría una abierta transgresión a los dos principios rectores del Derecho de Familia como son justamente el derecho a ser oído y el interés superior de los NNA. Sin duda, el niño de causa debe expresar su opinión en relación a la forma de vincularse con su progenitor, sin la presencia de sus padres y en un ambiente seguro y protegido, donde sienta la libertad de manifestarse de manera autónoma y espontánea. El establecimiento de un régimen comunicacional es justamente, una de las materias que de mejor forma representa la posibilidad de considerar el sentir y los deseos de los NNA que se encuentran involucrados en este tipo de procedimientos, los cuales muchas veces participan sólo de manera indirecta en las decisiones que le atañen o simplemente son omitidos como el caso en especie.

Sentencia N° 9.- **Designación de Curador ad litem** ⁴⁰⁹

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción.
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 16 de junio del año 2017.
- 3.- **Materia:** Designación de Curador ad litem.
- 4.- **Rol de la Causa:** 219-2017.
- 5.- **Partes:** Apelante y apelado.
- 6.- **Designación de curador ad litem, sí aplica.**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Apelación.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** La madre de la niña de autos, interpone demanda en contra del padre, para que éste sea condenado a pagar una pensión de alimentos a favor de la hija de ambos. Que en el mes de diciembre del año 2016 se dio inicio a la audiencia de juicio, efectuándose, posteriormente “audiencias de continuación de juicio” en los meses de febrero y marzo último. Señalar como antecedente de hecho, que en el mes de marzo, el demandado solicita el cese de los alimentos provisorios, fundado en que, en el mismo mes, la actora llegó a la casa del alimentante,

⁴⁰⁹ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN. Segunda Sala (16 de junio del 2017), Sentencia Rol 219-2017 Familia.

dejando en casa de éste a la alimentaria, junto a sus efectos personales, por lo cual el peticionario señaló que no procede que se devenguen alimentos en la presente causa. El Tribunal ante tal petición resuelve de plano, rechazando la petición de cese de los alimentos.

Por otra parte, en el acto de celebración de la continuación de la audiencia de juicio, el Tribunal de primera instancia no dio lugar a la petición del demandado en orden a que, como “prueba nueva” se recibiera la declaración de la alimentaria.

Considerando los hechos ya narrados, el abogado del demandado, solicita al Tribunal que se designe un curador ad litem a la alimentaria por cuanto ésta, desde el mes de marzo que se encuentra viviendo con su padre en la casa de éste. Ante tal petición, la jueza de primera instancia, la rechazó por extemporánea, por cuanto estimó que ella debió ser interpuesta en la audiencia anteriormente efectuada.

Del mérito de los antecedentes del proceso, se pudo establecer que la alimentaria se encuentra viviendo con su padre, en la casa de éste, razón por la cual la demandante de esta causa, madre de la niña de autos, dejó de tener la representación de la alimentaria.

Manifiesta la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva que de las circunstancias de hecho y de derecho descritas, demuestran que en la actualidad pueden existir intereses contrapuestos, entre el alimentante y su hija, pues éstos figuran en el presente juicio como demandado y demandante, razón por la cual resulta necesario nombrar un curador ad litem para ésta última. Por su parte, el artículo N°263 del Código Civil, señala que siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o madre que ejerce la patria potestad, “le será necesario obtener la venia del juez y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis”. Por otra parte manifiesta que, en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de NNA, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

La resolución recurrida se funda en lo dispuesto en el artículo N°26 de la ley N° 19.968, argumentando que la petición de curador ad litem constituye un incidente y, como tal, debió haberse interpuesto en la “continuación” de la audiencia de juicio y no en una petición aparte efectuada con posterioridad a ésta. Sin embargo, la norma del artículo 19 de la ley N° 19.968, en lo pertinente, esta ubicada dentro de las normas generales y tiene un carácter imperativo, por lo cual los jueces, ante las

situaciones a que se refiere dicha norma legal y los artículos 245 y 263 del Código Civil, deben necesariamente designar curador ad litem, lo cual no ocurrió en la especie.

Así las cosas, aparece en estos autos, posiciones notoriamente contradictorias entre el alimentante y la alimentaria, considerando la circunstancia no discutida que esta última se encuentra viviendo con su padre desde el mes de marzo del año 2017, no obstante lo cual en el Tribunal no se le designó curador ad litem, pese a la obligatoriedad de la norma de la ley N° 19968 y a que su incumplimiento vulnera el principio del interés superior de la niña.

Por ello la Corte estima que, para dirimir la presente causa, es necesaria la designación de un curador ad litem que defienda el interés de la niña de autos respecto a su padre, posición que no ha sido debidamente representada en juicio, aspecto que irroga un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad de las actuaciones que se estiman viciadas y que, por ende, requieren ser subsanadas.

Por las consideraciones expuestas la Corte procede a anular de oficio lo obrado, a partir de la audiencia de juicio, retrotrayéndose los autos a la celebración de una nueva audiencia de juicio, la que fijará el tribunal mediante resolución respectiva y que será llevada a efecto mediante juez no inhabilitado. Que, para la defensa del principio del interés superior de la niña, objeto del presente proceso, el Tribunal de primera instancia designará a ésta un curador ad litem, quien asumirá su defensa y procurará la asistencia respectiva mediante los mecanismos procesales que la ley le confiere. Que a raíz de lo anterior, la Corte omite pronunciamiento respecto del recurso de apelación.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Determinar la procedencia de la designación de un curador ad litem para que represente los derechos e intereses de la niña de autos. Pronunciarse sobre el recurso de Apelación.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Se consideran especialmente los artículos 225, 245, 263, 332 del Código Civil; artículos 13,16, 19, 25, 26 de la ley 19.968.

14.- **Argumentos legales del apelante, en esencia:** Se basa especialmente de acuerdo a lo establecido en el artículo N°263 del Código Civil, al regular que siempre que el hijo tenga que litigar como actor contra el padre o madre que ejerce la patria potestad, “le será necesario obtener la venia del juez y

éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis” a fin que represente sus intereses en juicio.

15.- **Argumentos legales del apelado, en esencia:** Los argumentos legales del recurrido se basan de acuerdo a lo establecido en el artículo N°26 de la ley 19.968, argumentando que la petición de curador ad litem constituye un incidente y, como tal, debió haberse interpuesto en la continuación de la audiencia de juicio y no en una petición aparte efectuada con posterioridad a ésta.

16.- **Razonamiento del fallo:** El fallo razona en torno a lo establecido en el artículo 19 de la ley N° 19.968, señalando que dicha norma se encuentra ubicada dentro de las normas generales y tiene un carácter imperativo, por lo cual los jueces, ante las situaciones a que se refiere dicha norma legal y los artículos 245 y 263 del Código Civil, deben necesariamente designar curador ad litem, lo cual no ocurrió en la especie.

Que así las cosas, aparece en estos autos posiciones notoriamente contradictorias entre el alimentante y la alimentaria, considerando la circunstancia no discutida que ésta última se encuentra viviendo con su padre desde el mes de marzo del año 2017, no obstante lo cual en el Tribunal no se le designó curador ad litem, pese a la obligatoriedad de la norma de la ley N° 19.968 y a que su incumplimiento vulnera el principio del interés superior de la niña.

Por ello, la Corte estima que para dirimir la presente causa, es necesaria la designación de un curador ad litem que defienda el interés de la niña de autos respecto a su padre, posición que no ha sido debidamente representada en juicio, aspecto que irroga un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad de las actuaciones que se estiman viciadas y que, por ende, requieren ser subsanadas.

17.- **Resultados del juicio:** Por las consideraciones expuestas la Corte de Apelaciones procede a anular de oficio lo obrado a partir de la audiencia de juicio, retrotrayéndose los autos a la celebración de una nueva audiencia de juicio, la que fijará el tribunal mediante resolución respectiva y que será llevada a efecto mediante juez no inhabilitado. Que para la defensa del principio del interés superior de la niña, objeto del presente proceso, el Tribunal de primera instancia designará a ésta un curador ad litem, quien asumirá su defensa y procurará la asistencia respectiva mediante los mecanismos procesales que la ley le confiere. Que a raíz de lo anterior, la

Corte de Apelaciones omite pronunciamiento respecto del recurso de apelación.

18.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:**

19.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** El fallo de la Corte de Apelaciones, en atención de anular de oficio lo obrado en la causa analizada, a partir de la audiencia de juicio, resulta del todo acertada, ya que, es evidente que existe una contradicción entre los intereses de la niña de autos y el demandado, el cual es su progenitor y con el que vive actualmente. El no designar un curador ad litem representa una desventaja manifiesta, ante la posibilidad de representar de manera adecuada los intereses de la niña.

Lo contrario significaría considerarla objeto de derecho, sin la posibilidad de contar con una adecuada defensa de sus intereses en juicio. Tales omisiones e inexactitudes, en la negativa del sentenciador, demuestra la poca relevancia que se le otorga a ambos principios rectores en la materia, tanto el interés superior como el derecho a ser oído. Ello trae aparejada un excesivo tiempo en la tramitación de la causa sin una decisión definitiva y que considere lo más beneficio para la niña de autos, no observando trámites que son esenciales y que los jueces de primera instancia debieran tener internalizados.

Sentencia N° 10.- **Recurso de protección** ⁴¹⁰

1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca.

2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 18 de abril del año 2016.

3.- **Materia:** Interpone Recurso de Protección respecto a la cancelación de matrícula y prohibición de ingreso a establecimiento educacional de estudiante de educación básica.

4.- **Rol de la Causa:** 3204-2016.

5.- **Partes:** Recurrente y recurrido.

6.- **Designación de curador ad litem, sí aplica.**

7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia.**

8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el fondo.

9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl

⁴¹⁰ ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE TALCA. Primera Sala (18 de abril del 2016), Sentencia Rol 3204-2016 Familia.

10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** La recurrente, en representación de su hijo de 10 años interpone recurso de protección en contra del colegio de su hijo. Manifiesta en la acción, que el niño tiene diagnosticado un trastorno de déficit atencional con predominio de la impulsividad, con importante dificultad en la autorregulación emocional, conductas oposicionistas e intolerancia a las frustraciones, lo que la motivó a cambiarlo al colegio recurrido en marzo de 2015, para cursar el cuarto año básico.

Continúa argumentando que el niño comienza a tener graves problemas de adaptación al interior del colegio, tanto con sus compañeros como con sus profesores, lo que incluye episodios violentos, lo cual consta en la hoja de vida que el colegio lleva de cada alumno, lo que su hijo explica por sufrir bullying por parte de sus compañeros, circunstancias que se prolongan por varios meses, hasta que el Consejo de Profesores del colegio, determina la cancelación de su matrícula para el año 2016, negándole el acceso al establecimiento desde el mes de octubre de igual año, lo que según la recurrente vulnera los derechos de su hijo.

Agrega que con posterioridad a la decisión del Consejo interpuso apelación respecto de ella, medio de impugnación contemplado en el Reglamento del colegio, presentando además una denuncia en la Superintendencia de Educación, acotando que dicha entidad le respondió que el reglamento del establecimiento educacional se encuentra presumiblemente desajustado a la normativa educacional vigente, derivando su reclamo a la Unidad de Fiscalía de Procesos, para que se instruya procedimiento administrativo.

En base a lo narrado la recurrente sostiene que su hijo se encuentra privado de manera ilegal y arbitraria de su derecho a recibir educación, solicitando se deje sin efecto tanto la cancelación de la matrícula como también la prohibición de ingreso al establecimiento, sosteniendo que el Reglamento del colegio en ninguna parte señala las sanciones que se aplicarían a una situación como la que vive el niño, limitándose a simples registros de la conducta del menor, agregando que, sorprendentemente, en los artículos 85, 86 y 87 aparece la sanción de la "condicionalidad", que no fue aplicada, pues directamente le fue impuesta la cancelación definitiva de la matrícula.

Argumenta que en los artículos 88 y 89 aparecen las dos sanciones que se impusieron a su hijo, la cancelación de la matrícula para el año 2016 y la

prohibición de ingreso del menor al establecimiento, sanciones que a su juicio son contrarias a la normativa educacional vigente y que a todas luces no eran proporcionales en este caso.

Termina afirmando que el Reglamento del colegio no está ajustado a derecho, pues vulnera el derecho a un debido proceso al no establecer expresamente mecanismos para que los estudiantes presenten sus descargos y si bien se establece una apelación, ésta no contiene ni siquiera plazo para su interposición, ni menos para su respuesta.

La cancelación de la matrícula y la prohibición de ingreso al establecimiento constituyen para la recurrente actos ilegales o arbitrarios, toda vez que las medidas son desproporcionadas e ilegales, ya que contradice la normativa educacional vigente y el derecho internacional, perturbando la garantía constitucional contenida en el N° 11 del artículo N°19 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la educación, como también la vulneración al debido proceso e igualdad ante la ley por la condición especial del niño.

También para la recurrente la prohibición de ingreso al establecimiento a partir del mes de octubre de 2015, constituye un acto arbitrario, por cuanto teniendo establecida como sanción la condicionalidad, se le aplicó directamente la prohibición de ingreso al colegio y la posterior cancelación de la matrícula para el año 2016, sabiendo la condición especial del menor desde tiempos de su incorporación al colegio, afirmando que lo actuado por el establecimiento vulnera el DFL N° 2, Ley General de Educación, en su artículo N°46 letra f); el Decreto 315 que "reglamenta los requisitos de adquisición, mantención y pérdida de reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de educación parvularia, básica y media" en su artículo N°8; DFL N° 2 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la "Ley de Subvenciones" en su artículo N°6; y Ordinario 476 de la Superintendencia de Educación que actualiza instructivos educacionales sobre reglamentos internos, en lo relativo a la convivencia escolar, en su artículo 3, normas que a grandes rasgos señalan que el establecimiento debe contar con un reglamento interno que regule las relaciones entre el colegio y los diversos actores de la comunidad escolar, incorporando medidas pedagógicas, de prevención y protocolos de actuación que sean graduales de acuerdo a su mayor o menor gravedad, salvaguardando un justo proceso y respetando los derechos garantizados por la Constitución y la normativa educacional vigente, teniéndose por no

escritas las disposiciones que vulneren normas legales. Concreta el agravio a las causales establecidas en los N° 1, 3 inciso 4°, 5 y 11 del artículo N°19 de la Carta Fundamental, por la situación especial del menor, lo que le ha producido un perjuicio emocional importante señalado por su psiquiatra; al no contar el establecimiento con un sistema de apelación útil y eficaz, ya que el reglamento ni siquiera señala plazos de interposición ni menos para su resolución; por encontrarse el niño en su casa, privado de educación, acudiendo solo a citas con su psiquiatra.

Hace acopio, además, de las normas contenidas en el derecho internacional, afirmando que se ha vulnerado la Convención Internacional de los Derechos del Niño en sus artículos 2° inciso segundo y 3°, pidiendo en definitiva se deje sin efecto la sanción de cancelación de matrícula para el año 2016 aplicada por el colegio recurrido a su hijo, dejando sin efecto a su vez la prohibición de ingresar al colegio que rige en contra del menor.

Respecto a lo que informa el recurrido, señala que, si bien es cierto que el menor presenta un trastorno de déficit atencional con predominio de la impulsividad con importante dificultad en la auto regulación emocional, conductas opositoras e intolerancia a las frustraciones, los padres no señalaron dicho diagnóstico realizado por psiquiatra, siendo éste integrado con posterioridad al ingreso del menor al establecimiento, mencionándose solo ciertos "rasgos de asperger" y que el motivo para haberlo cambiado a ese colegio fue por "problemas de integración".

Sostiene que el niño no asistió a clases por el lapso de una semana, volviendo totalmente desconectado de las actividades escolares, y empeorando aún más su comportamiento, situaciones que llevaron a discutir la situación en el Consejo de Profesores.

En cuanto a la medida tomada, de no permitirle el acceso al establecimiento, lo fue por aplicación del artículo N°89 del Reglamento interno del colegio, decisión que se informó a los apoderados por escrito, lo que no significó expulsión del menor ya que éste siguió recibiendo material de estudio, debiendo tener que ir a algunas evaluaciones, comunicándosele de la cancelación de la matrícula del niño, es decir, tres meses antes de la finalización del año escolar, por lo que tenían tiempo suficiente para buscar otro colegio.

En cuanto a la denuncia realizada por la recurrente ante la Superintendencia, sostiene que la Unidad de Denuncias no tiene atribución para emitir pronunciamientos relativos a la legalidad de los reglamentos

internos y que las medidas impuestas respecto de la conducta del menor, es decir, citación del apoderado, anotaciones en el libro de clases y cancelación de la matrícula, no son "sanciones" impuestas al menor, sino medidas pedagógicas o consecuencias de un actuar que buscan la formación integral del niño, lo que se encuentra en concordancia con lo señalado en la Ley General de Educación promulgada en 2009, reproduciendo el artículo N°10 letra a): "Tienen derecho a recibir una educación que les ofrezca oportunidades para su formación y desarrollo integral", lo que se refuerza el 1ero de marzo de este año con la Ley de Inclusión: "Una educación de calidad siempre comprenderá los principios educativos de carácter integral". Arguye el recurrido que la recurrente desconoce el trato excepcional que la ley consagra para los casos en que se vea afectada la integridad física o psicológica de alguno de los miembros de la comunidad escolar, en cuanto puede cancelarse la matrícula o tomar medidas de expulsión.

En la continuación de su informe, el recurrido sostiene que en el Ordinario N° 476/2013 letra k, del Ministerio de Educación se establece: "Aplicar medidas como suspensiones indefinidas, reducciones de jornada escolar o asistencia a solo rendir evaluaciones, se podrán aplicar excepcionalmente si existe un peligro real para la integridad física o psicológica de algún miembro de la comunidad educativa, lo que deberá estar debidamente acreditado".

En definitiva, el recurrido pide el rechazo del recurso, en base a la pérdida de oportunidad del recurso en relación a la pretensión de dejar sin efecto la prohibición de ingreso al colegio del menor a favor de quien se recurre, ya que además de no ser ésta ilegal o arbitraria por tener como finalidad, proteger la integridad del menor y de la comunidad escolar, perdió oportunidad, ya que con la orden de no innovar y el hecho de que a ésta fecha terminó el año escolar, debe obviarse el debate de ese asunto.

Además, afirma que el recurso es extemporáneo en relación a la pretensión de dejar sin efecto la cancelación de la matrícula para el año 2016, en virtud de lo señalado en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre el Recurso de Protección de las garantías constitucionales, en cuanto a que el recurso debe interponerse en el plazo de 30 días a contar de la fecha en que se hubiese cometido el acto ilegal o arbitrario o se haya tenido conocimiento de él, como en este caso la recurrente tomó conocimiento de la decisión antes señalada el día 29 de septiembre de 2015 e interpuso el recurso el día 20 de noviembre de ese misma año, trascurriendo 52 días corridos desde que tomó

conocimiento del supuesto acto ilegal o arbitrario hasta que interpuso el recurso, se encuentra fuera de plazo legal.

Sostiene también que el recurso es improcedente por haber utilizado la recurrente otros medios de reclamación de derecho que invoca, tal como lo reconoce la propia recurrente, la cual presentó una denuncia ante la Superintendencia de Educación que trata sobre el mismo asunto expresado en el recurso, es decir, intentó, con anterioridad a la fecha de su presentación la obtención del derecho que reclama ante una autoridad administrativa con competencia específica en este tipo de materias, en un procedimiento que aún se encuentra en tramitación y del cual, por tanto, aún no se obtiene decisión.

Complementando su recurso, la parte recurrida, hace mención al interés superior del niño, a las situaciones de agresión y al impacto de ellas en su compañeros, señalando que así como la recurrente se refiere a que existe una vulneración del interés superior, ello es replicable a los demás niños.

Al respecto expresa que el interés superior del niño es un concepto bastante complejo y que debe ser amparado tanto por instituciones como por los propios padres, por lo que pretender mantener al niño en el colegio de manera forzada por comodidad para el trabajo de los padres no parece ser una decisión muy ajustada al interés superior del niño. Así mismo, el mantenerlo en el colegio dice que afectaría a toda la comunidad escolar y, especialmente, a sus compañeros de curso, interés de niños que también importan en este asunto y que no tienen por qué compartir en estos términos. El recurrido en relación a que la madre les imputa haber actuado negligentemente, sostiene que el colegio ha realizado todo lo que está a su alcance, más que muchos colegios en Chile, para proteger el interés del alumno, acotando que no ha visto una real colaboración de los padres, ya que habiéndoseles citado en reiteradas ocasiones, como consta en documentos que acompañan, al colegio para tratar el asunto, ellos no han asistido.

La Dirección Regional del Maule señala manifiesta que la recurrente ingresó requerimiento, el cual, y una vez analizados los antecedentes que fueron puestos en conocimiento de la Unidad de Denuncia, tanto por la madre del alumno como por el sostenedor del establecimiento, se realizó Informe Técnico, concluyendo que el reglamento del colegio se encontraría desajustado a la normativa, en relación a lo dispuesto en el Ord. 486 de 2013,

ya que su numeral 4 establece que las sanciones se deben aplicar de manera gradual, situación que no se acreditó con la documentación aportada por el colegio. Se agrega en el informe técnico que en su hoja de vida, el menor no registra sanciones por comportamiento, solo se da cuenta de su conducta, lo que confirma que no se han aplicado medidas disciplinarias progresivas.

Continúa diciendo con el mérito de ese informe se derivaron los antecedentes a la Unidad de Fiscalización que levantó acta de fiscalización, donde se originó la instrucción de un proceso administrativo, a cargo de la Unidad Jurídica por presuntas contravenciones a la normativa educacional por parte del Colegio, por no garantizar un justo proceso que regule las relaciones de la comunidad escolar, lo que comunicó al establecimiento el 21 de diciembre de 2015, por carta certificada, de la resolución que ordena instruir proceso administrativo, formulándose el siguiente cargo: Establecimiento no garantiza justo proceso que regule las relaciones de los miembros de la comunidad escolar y que el establecimiento no cuenta con reglamento interno ajustado a la normativa vigente.

Por otra parte, son enviados a la Superintendencia por el director administrativo, informando la cancelación de matrícula del alumno en cuestión de 4to año básico, agregando que analizados todos los antecedentes, comunicación de cancelación de matrícula, copia acta situación actitudinal del estudiante, informe médico, copia acta extraordinario de profesores, copia de reglamento interno y de convivencia escolar del colegio, es posible presumir que el establecimiento mantiene reglamento interno no ajustado a la normativa educacional vigente, ya que la aplicación de sanciones debe ser gradual, concluyendo que la decisión de no renovar la matrícula sin antes suspenderlo o dejarlo condicional en el colegio sin que transcurra un tiempo razonable para que se evalúe al alumno es arbitraria.

Concluye diciendo que al término del proceso administrativo y por resolución exenta N° 2016/PA/07/62 se le aplicó a la entidad sostenedora del referido establecimiento la sanción de multa de 25 UTM, por lo que tiene el colegio el derecho a presentar recurso de reclamación ante el Superintendente de Educación, en un plazo de 15 días hábiles administrativos, por lo que la resolución no se encuentra firme o ejecutoriada. Se ordenaron como medida para mejor resolver oficios al colegio y a la Superintendencia de Educación, informando el primero, que se rechazó la apelación de la apoderada; por su parte la Superintendencia informa que rechazó el reclamo del colegio respecto al cargo formulado en su contra, esto

es, de no garantizar un justo proceso que regule las relaciones de los miembros de la comunidad escolar aplicándole una sanción de 51 UTM.

De acuerdo a lo referido previamente, la Corte de Apelaciones, debe resolver sobre la cancelación de la matrícula, desestimando las alegaciones formales de la parte recurrida, esto es, la incompetencia del tribunal y la extemporaneidad del recurso, lo primero por cuanto la acción constitucional extraordinaria presentada no obsta a los otros medios de impugnación o reclamación que se pudieren interponer, y lo segundo que por la naturaleza del acto que se reprocha se entiende que es de efectos permanentes. Concluyendo la Corte, que la medida tomada por el colegio de cancelar la matrícula del alumno ha sido ilegal al no contar el colegio con un reglamento interno que se ajuste a la normativa vigente a la fecha en que se decidió la sanción, infringiéndose la gradualidad ya que no hay constancia fehaciente que previo a la cancelación se hayan aplicado otras sanciones menores, como una suspensión o una condicionalidad.

El justo procedimiento se ve también alterado del momento que el sistema recursivo del reglamento interno, contenido en el artículo N°90, es deficiente por la vaguedad y la falta de seguridad jurídica del medio de impugnación que se establece respecto a lo acordado por el Consejo de Profesores.

Conforme a lo razonado por la Corte, disposiciones legales citadas, se acoge el recurso de protección interpuesto por la recurrente, en representación de su hijo, solo en cuanto se deja sin efecto la medida de cancelación de la matrícula de dicho alumno tomada por el recurrido, debiendo admitirlo en dicho establecimiento para que curse el nivel que le corresponda, debiendo los padres de dicho niño y/o su madre someterlo a un tratamiento psicológico o psiquiátrico que le permita controlar el predominio de la impulsividad en el trastorno de déficit atencional que padece, acompañando al momento de integrarse el niño al colegio la terapia a que se someterá, lo que debe ser evaluado cada dos meses por algún profesional dependiente de la Dirección Regional de Educación, a objeto de resguardar el interés superior tanto del niño por el cual se recurre como por el de sus compañeros y compañeras.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Resolver respecto a si la medida de cancelación de la matrícula al hijo de la recurrente y la prohibición de ingreso al establecimiento educacional constituyen un acto arbitrario e ilegal.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Constitución Política del Estado de Chile, artículo N°20; Ley N° 20.370, establece la ley general de educación, artículo N°46 letra f); decreto supremo N° 315 de ministerio de educación de 2010, reglamenta requisitos de adquisición, mantención y pérdida del reconocimiento oficial del estado a los establecimientos educacionales de educación parvularia, básica y media, artículo N°8.-

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** La recurrente interpone recurso de protección en representación de su hijo en contra de su colegio. Acción fundada en que éste tiene diagnosticado un trastorno de déficit atencional con predominio de la impulsividad, con importante dificultad en la autorregulación emocional, conductas opositoras e intolerancia a las frustraciones. Manifiesta que el niño comienza a tener graves problemas de adaptación al interior del colegio, tanto con sus compañeros como con sus profesores, lo que incluye episodios violentos, lo cual consta en la hoja de vida que el colegio lleva de cada alumno, lo que su hijo explica por sufrir bullying por parte de sus compañeros, hasta que el Consejo de Profesores del colegio, determina la cancelación de su matrícula para el año 2016, negándole además el acceso al establecimiento, lo que según la recurrente vulnera los derechos de su hijo, presentando una denuncia en la Superintendencia de Educación,

Que, en base a lo narrado la recurrente sostiene que su hijo se encuentra privado de manera ilegal y arbitraria de su derecho a recibir educación, solicitando se deje sin efecto tanto la cancelación de la matrícula como también la prohibición de ingreso al establecimiento, sosteniendo que el Reglamento del colegio en ninguna parte señala las sanciones que se aplicarían a una situación como la que vive el niño, limitándose a simples registros de la conducta del menor, agregando que, sorprendentemente, en los artículos 85, 86 y 87 aparece la sanción de la "condicionalidad", que no fue aplicada, pues directamente le fue impuesta la cancelación definitiva de la matrícula.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:** Este informa que, que si bien es cierto que el menor presenta un trastorno de déficit atencional con predominio de la impulsividad con importante dificultad en la autorregulación emocional, conductas opositoras e intolerancia a las frustraciones, los padres no señalaron dicho diagnóstico realizado por psiquiatra, siendo éste integrado con posterioridad al ingreso del menor al

establecimiento. Sostiene que el estudiante no asistió a clases por el lapso de una semana, volviendo totalmente desconectado de las actividades escolares, y empeorando aún más su comportamiento, situaciones que llevaron a discutir la situación en el Consejo de Profesores.

En cuanto a la medida tomada, de no permitirle el acceso al establecimiento, lo fue por aplicación del artículo N°89 del Reglamento interno del colegio, decisión que se informó a los apoderados por escrito, lo que no significó expulsión del menor ya que éste siguió recibiendo material de estudio, debiendo tener que ir a algunas evaluaciones, comunicándoseles también de la cancelación de la matrícula, es decir, tres meses antes de la finalización del año escolar, por lo que tenían tiempo suficiente para buscar otro colegio.

En cuanto a la denuncia realizada por la recurrente ante la Superintendencia, sostiene que la Unidad de Denuncias no tiene atribución para emitir pronunciamientos relativos a la legalidad de los reglamentos internos.

La Excelentísima Corte Suprema confirma el fallo apelado en todas sus partes.

15.- **Razonamiento del fallo:** Es realizado un análisis de la situación actitudinal del estudiante considerando el informe médico, sin embargo, no consta que previa a la cancelación de la matrícula, se le hubiera aplicado una sanción de inferior grado.

El reglamento interno del colegio establece la obligación de registrar, en el libro de novedades, las situaciones disciplinarias en que se vea envuelto el alumno, las entrevistas que de ellas deriven hasta llegar a la decisión del Consejo de Profesores, señalando en su artículo N°85 que si el alumno "no ha dado muestras fehacientes de un cambio conductual" el Consejo analiza la situación y "eventualmente" se pronuncia sobre la condicionalidad de la matrícula del alumno; para situaciones más graves se aplica el artículo N°88 que contiene una especie de suspensión y en el artículo N°89 para las conductas gravísimas contiene la cancelación de la matrícula y la prohibición de ingreso al establecimiento.

Analizado desde esa perspectiva, el reglamento tiene una apariencia de gradualidad, ya que el artículo N°89 no se ajusta cabalmente a la normativa vigente, a pesar que así lo dispone el artículo N°90 del reglamento. De lo razonado, concluye la Corte, surge claramente que la decisión del colegio no fue arbitraria, ya que de los antecedentes del recurso no aparece

tomada por mero capricho del colegio, como lo imputa la recurrente, sino que de los elementos de información ya citados, de los cuales también se vale la recurrente para recurrir.

Por lo que queda es determinar si la medida tomada por el Consejo de Profesores confirmada por la dirección al rechazar el recurso de apelación, se sustenta en un reglamento que se ajusta a la normativa legal - educacional y si la decisión del colegio se ajustó a su vez a dicha normativa. En ese contexto, se debe considerar que toda la normativa educacional está sustentada en dos principios el de la gradualidad y el de la proporcionalidad, basado a su vez en la prioridad a la inserción del alumno al quehacer del colegio. Al analizar el reglamento del colegio, éste adolece de una imperfecta definición de las conductas que ameritan cada medida, no pudiendo dejar entregado al Consejo su tipificación.

Lo que cabe concluir que la medida tomada por el colegio de cancelar la matrícula del alumno ha sido ilegal al no contar el colegio con un reglamento interno que se ajuste a la normativa vigente a la fecha en que se decidió la sanción, infringiéndose la gradualidad ya que no hay constancia fehaciente que previo a la cancelación se hayan aplicado otras sanciones menores, como una suspensión o una condicionalidad. El justo procedimiento se ve también alterado del momento que el sistema recursivo del reglamento interno, contenido en el artículo N°90, es deficiente por la vaguedad y la falta de seguridad jurídica del medio de impugnación que se establece respecto a lo acordado por el Consejo de Profesores.

16.- Resultados del juicio: Conforme a lo razonado, disposiciones legales citadas y lo dispuesto en el artículo N°20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales, se acoge el recurso de protección interpuesto por la recurrente, en representación de su hijo, solo en cuanto se deja sin efecto la medida de cancelación de la matrícula de dicho alumno, tomada por el colegio debiendo admitirlo en dicho establecimiento para que curse durante el presente año 2016 el nivel que le corresponda, debiendo los padres de dicho niño y/o su madre someterlo a un tratamiento psicológico o psiquiátrico que le permita controlar el predominio de la impulsividad en el trastorno de déficit atencional que padece, acompañando al momento de integrarse el niño al colegio de la terapia a que se someterá, el que debe ser evaluado cada dos meses por algún profesional dependiente de la Dirección Regional de

Educación, a objeto de resguardar el interés superior tanto del niño por el cual se recurre como por el de sus compañeros y compañeras.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:**

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo.** El actuar de la parte recurrida no considera adecuadamente lo que es mejor para el niño de autos, quien se encuentra ejerciendo su legítimo derecho a la educación y la no discriminación, más aún cuando la normativa interna no es coincidente con la legislación que regula la materia y es de menor jerarquía.

Lo esperable es resguardar el interés superior de todos los niños que conforman la comunidad educativa y no excluir a una de las partes.

En este sentido, debiera existir una unidad de seguimiento y control a fin de asegurar el cumplimiento de lo resuelto en cada caso, en la especie, lo fallado por la Corte, en caso contrario, surge inseguridad en cuanto a su cumplimiento y la forma de éste.

Sin duda, la decisión del órgano jurisdiccional se condice con el resguardo del interés superior del niño a pesar que la opinión y la participación del mismo no fue considerada en toda la tramitación del recurso.

Sentencia N° 11.- **Cuidado Personal** ⁴¹¹

- 1.- **Tribunal que dictó la sentencia:** Excelentísima Corte Suprema.
- 2.- **Fecha de la sentencia analizada:** 14 de mayo del año 2018.
- 3.- **Materia:** Rechaza demanda de Cuidado Personal.
- 4.- **Rol de la Causa:** Dato reservado.
- 5.- **Partes:** Recurrente y recurrido.
- 6.- **Designación de curador ad litem, sí aplica.**
- 7.- **Dictación de medidas cautelares propias del Derecho de Familia**
- 8.- **Acción o recurso respecto a la cual se dictó la sentencia:** Recurso de Casación en el fondo.
- 9.- **Lugar de publicación del fallo:** www.poderjudicial.cl
- 10.- **Exposición de los hechos relevantes del juicio:** Se rechazó la demanda de cuidado personal interpuesta por la abuela paterna de la niña de autos, en contra de la madre ésta, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

El recurso sostiene que la sentencia impugnada infringió lo que

⁴¹¹ EXCELENTISIMA CORTE SUPREMA DE CHILE. Tercera Sala (18 de mayo del 2018), Sentencia Rol XXX Dato reservado.

disponen los artículos 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política de la República en relación con los artículos 226, 227 y 225-2 del Código Civil, 16 y 32 de la Ley N° 19.968, al decidir la cuestión controvertida sin tener todas las pruebas necesarias y pertinentes, pues la audiencia de juicio se celebró sin haberse recibido los resultados de los informes periciales psicológicos, sociales y de habilidades parentales, que resultan necesarios para la adecuada resolución del asunto.

Asimismo, se señala que teniendo la niña en la actualidad 10 años de edad, resulta imprescindible que haya sido oída en audiencia reservada, atendido el principio de autonomía progresiva reconocido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Lo anterior, unido a la ausencia de su parte en el juicio, debió suspenderse la respectiva audiencia, en espera de los informes y citando a la niña para ser oída, máxime si es la abuela paterna la que, en la práctica, ejerce su cuidado personal desde hace más de tres años, sin que exista interés de la progenitora de modificar la situación de hecho.

Se debe inferir que la fijación de una o más audiencias en los juicios que inciden en materias que conciernen a niños, niñas o adolescentes, con la finalidad de escucharlos, de establecer un diálogo con ellos, constituye una forma de concretar el derecho que consagra el artículo N°12 de la Convención de los Derechos del Niño, y en la medida que se den las condiciones que señala, debe ser considerada como necesaria e imprescindible.

Que, en consecuencia, se debe concluir que en la sentencia impugnada se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo N°16 de la Ley N° 19.968, que influyó de manera substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña de autos, una decisión que incide de manera trascendental en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión; acogándose el recursos de Casación en el Fondo.

11.- **Disputa (s) importante (s) en el juicio:** Resolver respecto a si en la sentencia impugnada se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo N°16 de la Ley N°19.968, que influyó de manera substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña de autos una decisión que incide de manera trascendente en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión.

12.- **Reglas legales importantes aplicadas en el recurso:** Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, artículo N°12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo N°225 del Código Civil,

artículo 19 N°2 y 3 de la Constitución Política de la República en relación con los artículos N°226, 227 y 225-2 del Código Civil, N°s16 y 32 de la Ley N° 19.968.

13.- **Argumentos legales del recurrente, en esencia:** Sostiene el recurrente que la sentencia impugnada infringió lo que disponen los artículos 19 N° 2 y 3 de la Constitución Política de la República en relación con los artículos 226, 227 y 225-2 del Código Civil, 16 y 32 de la Ley N° 19.968, al decidir la cuestión controvertida sin tener todas las pruebas necesarias y pertinentes, ya que en la audiencia de juicio no se contaban con los informes periciales. Por otra parte no se considero el ejercicio del derecho a ser oído ya que la niña de autos, de 10 años no fue escuchada en audiencia reservada atendido al principio de autonomía progresiva reconocido en la Convención sobre los Derechos del niño.

14.- **Argumentos legales del recurrido, en esencia:**

15.- **Razonamiento del fallo:** Dentro de los fundamentos, se menciona a la doctrina nacional, en cuanto hace referencia a los procedimiento ante los Tribunales de Familia, los que pueden verse como una consagración de la garantía del derecho de defensa, en su dimensión de “defensa material” que se traduce consultando la opinión a NNA en una oportunidad durante la tramitación del procedimiento, siendo un protagonista de la decisión, en un sentido más amplio. De igual forma, se sostiene que el ejercicio de este derecho es una manifestación del derecho a la libertad de expresión, entendiéndose como un derecho de participación que debe ser dilucidado en consonancia con el principio del interés superior y el de autonomía progresiva.

Considerando lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema considera que el ejercer el derecho establecido en el artículo N°12 de la Convención sobre los derechos del niño debe ser considerada como necesaria e imprescindible.

16.- **Resultados del juicio:** Se debe concluir que en la sentencia impugnada se conculcó lo que dispone el inciso 2° del artículo N°16 de la Ley N°19.968, que influyó de manera substancial en su parte dispositiva, dado que se adoptó respecto de la niña de autos una decisión que incide de manera trascendental en su vida presente y futura, sin escuchar su opinión; razón por la cual se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto.

17.- **Fundamentos del voto de minoría, si aplica:**

18.- **Observaciones fundadas respecto del fallo:** Lo interesante del fallo, es que considera el ejercicio del derecho a ser oído como expresión de defensa material, relacionando el ejercicio del derecho de participación con el interés superior del niño y la autonomía progresiva. Ello es la concreción de la unión esencial de dos elementos materiales, la voz y el sentir del NNA unidos a la posibilidad concreta de una defensa material, única vía apropiada para la concreción y determinación del mejor interés.

ANÁLISIS DE FALLOS

I. En cuanto a la poca observancia y rigurosidad de los Tribunales de primera instancia

Del análisis de los fallos es posible observar principalmente dos lineamientos en las decisiones adoptadas. El primero de ellos tiene relación con la poca observancia y rigurosidad de los Tribunales de primera instancia, especialmente en la aplicación del principio del derecho a ser oído de NNA, pudiendo examinar que no se le otorga la relevancia que reviste y que, en la mayoría de los casos, son los intervinientes los que solicitan al Tribunal tal diligencia, quedando siempre la decisión radicada en el juez, a pesar que es una norma de carácter general y obligatoria. En este mismo sentido, la designación de un curador ad litem, que represente los derechos de los niños en juicio, de igual forma se observa como una figura disminuida, sin la relevancia que debiera significar su designación, especialmente cuando existen intereses contradictorios entre los intervinientes, incluso siendo denegada su designación en algunos casos lo cual debería ser designado de oficio.

Un segundo lineamiento observable es que, la Excelentísima Corte Suprema, como máximo Tribunal de la República, es quien examina tales falencias y haciendo uso de sus facultades anula de oficio los fallos de primera instancia. Ello es lo esperable, sin embargo, existe un retraso en la tramitación de las causas de manera innecesaria con las desventajas para los NNA que se ven involucrados.

Por otra parte, no existe un seguimiento en lo ordenado por la Corte Suprema en cumplimiento cabal del mismo, siendo las partes las únicas garantes del mismo, debiendo contemplar nuestro ordenamiento un aseguramiento en cuanto a lo decidido, especialmente cuando se ven involucrado NNA.

Si se examinan los fallos en cuanto al año de su dictación, de igual forma no es posible observar una tendencia clara en los mismos, sino más bien la predisposición esta dada por los integrantes de las respectivas salas

como tendencias aisladas, pero no se observa una uniformidad en el análisis de los criterios de manera general.

II. En cuanto a la poca observancia y rigurosidad de los Tribunales de primera instancia

El segundo de los lineamientos está orientado a considerar el Interés Superior del niño y el derecho a ser oído como una garantía del debido proceso, reconocido en la jurisprudencia nacional.

En cuanto al derecho a ser oído, desde el año 2016 la Corte Suprema concluyó que el ejercicio de este derecho en juicio por parte del NNA es un requisito del debido proceso en el juzgamiento de los asuntos que digan relación con estos sujetos de derechos en cuyo favor se establece el derecho fundamental referido y contemplado en el artículo N°12 de la CDN.

De esta forma en la sentencia N° 2 del acápite anterior, Rol N° 35252-2016, de fecha 4 de octubre del año 2016, se invalida una decisión jurisdiccional sin entrar al fondo del asunto debatido, ya que el máximo tribunal estimó que no se había cumplido con un trámite esencial del debido proceso, como es haber oído al NNA antes de resolver sobre el cuidado personal del menor. Esto sin duda, constituye una consolidación del punto de partida en que la sentencia marca lo que será la posición doctrinaria de la sala especializada de la CS; ya que es tal la naturaleza del trámite, considerado esencial, que le adscribe al derecho a ser oído, que aún como fue el caso en análisis en que las partes solicitantes del juicio estaban en una posición autocompositiva y la discusión versaba en si era posible la regulación mediante una solución convencional o si era necesario un pronunciamiento jurisdiccional con conocimiento de causa, estimado la CS que en todo caso, siempre debe ser oído el NNA antes de adoptar una decisión jurisdiccional que le afecte.

En fallos de data posterior al analizado, la CS mantuvo y consolidó esta posición doctrinaria, de estimar como indispensable para un debido proceso que el NNA sea oído por el órgano jurisdiccional.

En efecto, en las sentencias analizadas de manera precedente, asignadas con los números 6, 8, 9 y 11; primeramente mantienen el requisito del debido proceso antes analizado, y lo reafirman, señalando en la sentencia asignada con el N°6 que existe una infracción al artículo N°12 de la Convención, adjudicándole a este derecho una visión procesal, un rol de defensa material, dándole sustancia al mismo en cuanto como señala dicho

fallo en su parte considerativa: “No basta consultando sólo su opinión sobre dos o tres alternativas cerradas, sino que se le debe ofrecer la posibilidad de participar en la construcción del caso”, dándole con esto más contenido que el solo formalismo de otorgarle la palabra durante la sustanciación del proceso. En este mismo sentido transita la sentencia N°8 en que se reitera que es un requisito esencial del debido proceso que afecte a un NNA, y relacionándolo con la mayor autonomía progresiva que se deriva en función de su edad y madurez, lo que además de la necesidad de ser oído de manera que pueda participar en la construcción del caso, se le reconozca la mayor significación para la resolución del fondo que tiene su derivado del mayor desarrollo intelectual y etario. Avanza la jurisprudencia como queda de manifiesto en el fallo N° 9, esta vez de un Tribunal de segunda instancia, que llega a una conclusión desde la dogmática del principio establecido en el artículo N°12 de la CDN, en que el derecho a ser oído encuentra su fundamento en el interés superior del niño al señalar que al no contar con curador ad litem, el que se constituye en un representante del niño ante el órgano jurisdiccional y que por lo tanto será el encargado de transmitir sus peticiones al Tribunal y las opiniones que el NNA tenga respecto al asunto en discusión, lo cual no reemplaza en absoluto a ser oído. En este sentido encontramos una vinculación de un derecho sustantivo del cual se deriva un derecho procesal en concepto de la Corte, que además le confiere una realización en el marco de una defensa técnica a cargo de este curador ad litem, sin perjuicio como se entiende, de la defensa material que deberá realizarse al escucharse directamente al NNA por el órgano jurisdiccional.

Finalmente, en el estudio realizado en este apartado del derecho a ser oído del NNA, en la sentencia asignada con el N°11 del acápite anterior, reitera el máximo Tribunal el carácter de trámite que asegura el debido proceso en el juzgamiento de los derechos de un NNA, su carácter de defensa material, lo que constituye además el derecho a una defensa concreta e integral en juicio y reafirma en un ámbito del fondo del juzgamiento el reconocimiento de la autonomía progresiva que debe ser considerada en la decisión jurisdiccional como lo dispone la Convención.

III. En cuanto a los elementos del Principio de Interés superior del niño establecidos en la jurisprudencia nacional

Es necesario indicar que tal como se ha venido desarrollando en el transcurso de este trabajo el concepto del principio del interés superior del niño es un concepto rotulado por gran parte de la doctrina con carácter indeterminado y que necesita ser concretado en cada situación específica, en este sentido diversos autores analizados precedentemente, entre los cuales se encuentra Ravetllat, I & Pinochet, 2015, y De Torres Perea, J, 2006, son algunos que sostienen esta característica del concepto, entregando la evolución a la doctrina y jurisprudencia la concreción de sus elementos. En este sentido en el quehacer propio de los Tribunales de Justicia a fin de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento se han particularizado elementos de este principio para entregar el fundamento en la decisión del caso en concreto.

De los fallos que se han incorporado precedentemente cabe destacar la número 1 del primer grupo de sentencias analizadas, dictada por la Corte Suprema bajo el rol 35532-2015 de fecha 18 de mayo del año 2016, la que señala que para determinar el alcance del principio del interés superior del niño, niña y adolescente, se debe entender que tiene un carácter indeterminado y contornos imprecisos, siendo concretado por aquello que es más conveniente en la actualidad, vale decir, su mejor interés actual, para lograr una mayor satisfacción de su vida, orientada al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad.

En este mismo sentido las sentencias numeradas bajo el N° 3, 7, 4 y 5 del acápite segundo del análisis de sentencias, incorporan antecedentes materiales y doctrinales para la determinación del sentido y alcance del principio, siendo la primera de ellas, el fallo de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 35161-2016 de fecha 18 de octubre del año 2016, la que le reconoce al principio el carácter de ser una herramienta de doble función, en primer lugar un criterio de control y un criterio de solución, siguiendo esta tendencia tanto la Corte Suprema y la doctrina existente, bajo dichas denominaciones refieren que este concepto tiene un núcleo duro de las prerrogativas que se le reconocen a la infancia y adolescencia y que el Juez es el encargado de salvaguardarlas, debiendo rescatar los elementos que el sistema normativo reconoce respecto de este principio, aproximación que si bien es un intento de concretizar el concepto, no otorga elementos con los que construir su entidad material. Realiza un mayor aporte en este sentido

la sentencia número 7 del acápite segundo, bajo el Rol N° 32.128-2015, de fecha 6 de junio de 2016, en que la Corte Suprema, resolviendo una regulación de régimen comunicacional, integra elementos al principio de Interés superior del NNA un sentido de actualidad de la mayor satisfacción de las necesidades que el niño tiene y que son necesarios para su vida futura. Avanza la jurisprudencia en lo referido por la sentencia número 4 del segundo compendio de sentencias analizadas, de fecha 23 de mayo de 2017 y bajo el rol 99.861-2016, recogiendo nuevamente lo dispuesto por las normas aplicables para determinar el contenido del interés superior del NNA y que se debe analizar desde el punto de vista del niño, en que situación se encontrará pleno para asegurarle el mejor y actual ejercicio de sus derechos fundamentales. En reciente sentencia de la Corte Suprema, de fecha 20 de octubre de 2017, de manera acertada privilegia la protección material y actual de la niña, evitando los peligros del regreso a un país en que existen riesgos, en cuanto a que será bien alimentada y los consecuentes daños que puedan derivarse de un desarraigo, esto a pesar de reconocer la permanencia en este país sin autorización del padre de la menor.

Finalmente, en fallo número 1 del segundo grupo de sentencias referidas, del 8 de enero de este año, bajo el rol C-7246-2017, la Corte Suprema avanza en la caracterización de este concepto al atribuirle una función integradora de normativa, esto respecto del caso en que se sometió a conocimiento judicial un asunto de filiación materna en que la mujer que dio a luz a las niñas era la madre genética de las mismas, en efecto para resolver este caso en concreto, entendiendo la poca regulación que existe en el derecho nacional en la materia, estimando nuestro máximo tribunal que debía resolverse considerando el derecho a la identidad de las niñas y reconocerlo en lo que importa, una faz integradora del principio del interés superior del NNA., dando la solución consistente en que se desempeñen como padres quienes siempre han tenido la intención de asumir las responsabilidades de la crianza y el desarrollo de las niñas como sus hijas y además habiéndose sometido a los procedimientos correspondientes, mirando justamente el mejor interés de las niñas. Lo cual se considera la línea jurisprudencial de manera correcta, especialmente ante la ausencia de norma que regule estos casos.

A modo de conclusión, se puede observar que las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia fueron analizadas desde los distintos aspectos relevantes en relación al objeto del trabajo, el primero, un estudio en cuanto

a realizar un ejercicio de análisis, en relación a si dichos fallos realizaron una correcta o errónea aplicación de los principios del Interés Superior del Niño y el Derecho a Ser Oído, entre estas se encuentran los cinco primeros fallos que realizan una inadecuada aplicación de los principios a juicio de la investigadora.

En la primera de estas sentencias, la denominada Sentencia N° 1 “Impugnación de paternidad”, Rol de la Causa N° 35532 del año 2015, se observa que prevaleció, por parte de los Ministros concepciones valóricas y legales respecto de quién debe ser el padre del niño de causa, esto por sobre el interés superior del niño niña o adolescente al cambiar su filiación, con las implicancias sociales y emocionales que ello implica. En un segundo fallo denominado Sentencia N° 2, sobre “Solicitud de susceptibilidad de adopción”, Rol de la Causa N° A-13-2017, en que no se consideró de manera primordial el interés superior de la niña, negándole el derecho a su identidad y separándola de manera definitiva de su hermano, esto fundado en las dificultades que presenta la familia, sin considerar siquiera la posibilidad de acompañarlos en un proceso tendiente al fortalecimiento de habilidades parentales; en tercer lugar, la denominada Sentencia N° 3 sobre “Recurso de Amparo”, Rol de la Causa N° 2548-2015, en que se interpone una acción de habeas corpus en favor de un ciudadano Colombiano, su pareja y el hijo común menor de edad, ya que se ordenó la expulsión del país del amparado, prefiriendo con esto la Excma. Corte Suprema, la decisión administrativa sobre derecho migratorio, por sobre el interés superior del niño NNA, afectando el apego con su progenitor y disgregando de manera definitiva a la familia; en un cuarto fallo, mediante Sentencia N° 4 sobre “Excepción de prescripción de la acción ejecutiva destinada a obtener el pago de las pensiones alimenticias devengadas”; Rol de la Causa N° 5558-2013, en que se da preferencia en su aplicación a las normas civiles sobre prescripción de acciones de cobro de pensiones de alimentos, en vez de aplicar la normativa de protección de los derechos de los incapaces lo que hubiese sido una aplicación eficiente del interés superior del NNA; y finalmente, la denominada Sentencia N° 5, sobre “Recurso de Protección en contra Carabineros de Chile por detención de una comunera Mapuche y su hija menor de edad, en presencia de sus hijos menores esto en el marco de manifestaciones” Rol de la Causa N° 2.587-2012, en que la Corte Suprema no aplicó los principios en estudio, favoreciendo el actuar de la fuerza pública frente a una alteración del orden público.

Es por esto, que se advierte en los fallos en análisis que se cedió al interés superior del NNA, en favor de concepciones valóricas y legales domésticas en materias de filiación, respecto de quien debe ser el padre; igualmente se favoreció resolver los casos de familias conflictuadas, mediante la afectación del interés del niño, declarando la susceptibilidad de la adopción a mantener sus raíces de origen; por otra parte, en el cumplimiento de medidas administrativas de expulsión de migrantes, se optó por perseverar en esta acción, vulnerando el mejor interés, afectado con la disgregación de la familia; de igual forma, se quiso privilegiar la aplicación de normas civiles de prescripción de acciones judiciales, por sobre el interés superior del menor; y, finalmente se decide no aplicar los principios en favor de los NNA, si se está afectado el orden público, circunstancias todas en las que se optó por un interés jurídico distinto del NNA que debió prevalecer.

En este mismo capítulo, se analizaron sentencias en que si se aplicó de manera acertada el interés superior y el derecho a ser oído, en cuanto a que ambos principios constituyen una garantía del debido proceso reconocido por la jurisprudencia nacional. En efecto, desde fallos recientes el derecho a ser oído se eleva a un requisito del debido proceso en todo asunto que diga relación con estos sujetos de derechos, otorgándole una dimensión procesal y de garantía fundamental a este principio-derecho establecido en el artículo N°12 de la CDN.

Por su parte, el Interés superior del niño establecido en la jurisprudencia nacional, tal como se ha venido desarrollando en el transcurso de este trabajo, es un concepto rotulado por gran parte de la doctrina con el carácter indeterminado y que necesita ser concretado en cada situación específica, en este sentido los principios se han desarrollado en las sentencias, en cuanto a que el carácter indeterminado y contornos imprecisos es concretado por aquello que es más conveniente para el NNA actualmente, lo que consiste en la mejor satisfacción de su vida orientada al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad; en este mismo sentido, se incorporaron antecedentes materiales y doctrinales, en que se le reconoce al principio, una doble función, tanto como un criterio de control y de solución, considerando las prerrogativas que se le contemplan a la infancia y adolescencia, y que el Juez debe salvaguardar, para finalmente atribuirle una función integradora de la normativa.

CONCLUSIONES GENERALES

Lo que se pretendió en el desarrollo de la investigación, motivado principalmente por la observación de un incipiente análisis, en nuestro país, respecto a la determinación del concepto de interés superior del NNA y la aplicación del derecho a ser oído en nuestro ordenamiento, doctrina y jurisprudencia, es determinar, justamente, las formas y procesos en la prolija y variada interpretación de tales principios. Ambos, analizados en cuanto a su aplicación a casos concretos, pretendiendo con ello reseñar los elementos más relevantes que deben guiar el justo empleo y la más adecuada aplicación del Derecho de Familia por parte de los operadores jurídicos. Sin embargo, es posible apreciar que en el sistema judicial chileno, se establecen tales principios en diversas normas, sin la consistencia y coherencia esperada, ello como una primera conclusión.

No cabe duda, de que la aplicación de los principios rectores en la materia no es un tema fácil de abordar; concluyendo en primer término que en cuanto al principio del interés superior, es entendido como un criterio de ponderación abierta y un principio necesario e inspirador de todas y cada una de las actuaciones en que se vean involucrados NNA, ya sea de manera directa o indirecta, tanto en casos judicializados y administrativos.

Sin duda, en la legislación es considerado un principio relevante, no obstante, es dejada gran marginalidad de su interpretación al sentenciador, ello facilitado por ser considerado un concepto jurídico indeterminado.

Desde esta mirada, varios autores y tendencia jurisprudencial observan tal indeterminación como una ventaja y sustento del mismo principio al poder aplicarlo a la multiplicidad de casos que se presentan y diversidad de circunstancias y contextos que forman parte del mismo. En este sentido, las variables son identificadas con las necesidades y rol que se le otorga a la niñez y adolescencia en una sociedad determinada y sus necesidades en concreto.

No obstante, tal principio tiene sus raíces en un sistema garantista basado en la Constitución Política del Estado de Chile y en el ordenamiento en general, debiendo de manera constante adecuarse a los cambios sociales

propios de cada época, justamente a través de la jurisprudencia y la doctrina, ya que es imposible obviar su estudio en materia alguna que tenga relación con la niñez y adolescencia, no obstante surgen desde allí diferencias en cuanto a su alcance y forma de aplicación.

Así es posible concluir que dicho principio es considerado primeramente como un derecho sustantivo, debiendo considerarse la aplicación de su interés superior como “la consideración primordial” en toda decisión que se adopte y que afecte ya sea de manera directa o indirecta en la vida de un NNA; como un principio que reviste características de ser interpretativo, debiendo otorgarle el sentido en que se satisfaga de la mejor forma el interés superior del NNA y como norma de procedimiento que se concreta como una garantía y sistema de control que debe considerarse en una decisión ya sea administrativa o judicial.

Por ello, una preocupación recurrente es si se cumplen efectivamente tales funciones en la aplicación del ISN y no se entregue a los jueces y operadores jurídicos la oportunidad de transmitir sus valoraciones y se impongan sus opciones, sin considerar en su justa medida la ponderación de la prueba, la relevancia de hechos jurídicos y finalmente la aplicación de la norma en forma correcta, ello escudándose en la aplicación de este concepto indeterminado para imponer una decisión, o lo más grave aún, restringiendo o limitando derechos a niños y niñas en nombre de su interés superior.

Es por esto, es que se debe tener claridad en los casos en que sean aplicados tales principios, las técnicas y criterios utilizados o áreas de competencias empleados por los operadores jurídicos, siempre de acuerdo a las circunstancias y hechos del caso e invariablemente en directa relación a los intereses en conflicto. Con ello, no se quiere significar que deban existir pautas o categorías predeterminadas para la mejor aplicación, según las soluciones jurídicas que entrega el ordenamiento, sino más bien claridad en cuanto a los criterios de aplicación a fin de evitar errores e inconsistencias, especialmente por parte de los Tribunales de Justicia de primera instancia.

Así, en una disruptiva o crisis familiar, el legislador siempre ha previsto que se debe tender a satisfacer el mejor interés del NNA, llenarlo de sustento frente al caso en concreto, entendiendo el concepto como garante de los derechos de la infancia. No obstante, se torna usual que se utilice tal terminología en la dictación de fallos propios de la materia para justificar una determinada medida que afecte a un menor de edad, no realizándose una conceptualización expresa sobre los alcances e implicaciones en la forma en

cómo se considero el mejor interés del niño de autos. Así, el principio se presenta como vago, fluctuante y sujeto a múltiples interpretaciones, quedando, efectivamente, supeditado al criterio de cada juez que analice el caso en particular.

Evidentemente el ejercicio del derecho a ser oído y la participación de NNA es la mejor expresión que son considerados sujetos de derechos. Ello implica que su rol es ser agentes activos en la exigencia del ejercicio de sus derechos tanto en su condición de seres humanos y de niños (a). Al igual que los adultos tienen derecho a manifestar su opinión, especialmente en los asuntos que le competen ya sea en el orden familiar, escolar y comunitario, lo contrario significaría, simplemente negarles su existencia. En este sentido, existe ausencia en la reglamentación del impacto inhibitor y dañino al negarle tal participación, lo cual en nuestro ordenamiento no se regula ni mucho menos se sanciona. La relación entre niños y adultos en el contexto de la aplicación de su mejor interés supone un reconocimiento de ambos y una renuncia al adultrocentismo lo cual no se ve reflejado en el ordenamiento jurídico chileno.

En este orden de ideas, debiera existir en el orden judicial y administrativo directrices o criterios de la forma de llegar a la mejor decisión y la obligatoriedad en cuanto a la justificación del razonamiento jurídico que se consideró para adoptar la resolución definitiva, de igual forma, cómo se completan ambos principios de acuerdo a la época, sociedad chilena y ordenamiento jurídico. En ningún caso se debe considerar una formula hermenéutica, cerrada y rígida, la ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas jurídicas, introduce un factor que hace posible justamente acomodar, dando sustento y contenido a los principios, especialmente en el Derecho de Familia.

Por otra parte, es necesario una adecuación en el orden civil en cuanto a la reglamentación no solo de niños y niñas, sino de adolescentes ya que en los periodos de la vida en cuanto a su desarrollo y madurez presentan requerimientos y necesidades diversas no pareciendo adecuado el hecho de ser regulados bajo los mismos parámetros y la misma norma.

No se puede desconocer que el Estado chileno ha realizado intentos en orden a otorgar una legislación que se encuentre acorde a los parámetros internacionales, no obstante, el tema es, si efectivamente se han cumplido tales objetivos.

a) Tratados Internacionales de derechos humanos en el derecho interno chileno y la aplicación de los principios analizados

El nivel de incorporación de los Tratados Internacionales, sobre derechos humanos en la legislación interna chilena es muy alto. Existe un gran número de convenciones sobre la materia, prácticamente la totalidad, reconociendo justamente los derechos fundamentales por esta vía.

No obstante, la eficacia de los resultados en cuanto a la aplicación de los Tratados Internacionales no es la esperada ya que existe una rigurosidad relativa en su correcta interpretación y seguimiento de los mismos. La conformación de comisiones, dictación de decretos e incluso leyes como una vía de adecuarlos e incorporarlos al ordenamiento ha sido la única solución implementada, lo que claramente es insuficiente en materia de infancia y adolescencia. Ello ha traído como consecuencia una jurisprudencia desordenada y sin directrices claras, viéndose como reactiva a la adecuación de las necesidades actuales. Sin duda, debe ser superado con la implementación de una legislación integral y la correcta aplicación de tales instrumentos en el orden internacional.

b) Confusión teórico-conceptual

Considerando lo anterior, otra de las observaciones en la legislación interna, se encuentra orientada en resaltar la grave confusión teórico-conceptual en el tratamiento y aplicación que se le otorga a los principios que han sido materia de estudio y análisis, ya sea desde sus orígenes en cuanto a su regulación como es la norma jurídica, en los Tribunales de justicia, órganos administrativos y en la sociedad en su conjunto.

Esta falta de precisión en su tratamiento y aplicación, que puede aparecer a simple vista una desprolijidad desde lo teórico-práctico, es uno de los elementos que perpetúan la falta de rigurosidad en la aplicación de los principios. Ello ayudado por una relativa severidad en la conceptualización de términos que son propios de la normativa de niñez y adolescencia.

La redacción de ley ha minimizado la importancia que reviste la precisión en los conceptos a fin que su tratamiento y aplicación sea el correcto. El tener vigente en la legislación chilena una inexactitud en un concepto básico, referente a lo que debe entenderse jurídicamente por niño (a), es el reflejo de lo precedente.

c) Desacertado tratamiento legal y judicial de la temática

Si bien han existido esfuerzos en la temática, esta lejos de ser producto de un análisis acabado y profundo en cuanto a la regulación de la misma, lo que ha generado desconfianzas en el sistema, sin buscarlo, especialmente en el sistema residencial que rige actualmente en el país, ya que cada gobierno de turno ha buscado vías de solución sin la consistencia y coherencia requerida.

En este sentido, la implementación de los nuevos Tribunales de Familia, con una judicatura especializada, según norma la ley, no ha tenido los resultados esperados, ya que jueces y juezas, que venían conociendo materias de menores, se ven enfrentados a una nueva judicatura, sin embargo, en muchos casos siguen resolviendo según la antigua lógica de considerar a NNA como objetos de derechos, ya que al no comprender la nueva mirada, difícilmente entienden el sistema y colaboran en su cumplimiento.

d) Ausencia de comprensión en cuanto a la importancia de las decisiones adoptadas

Detrás de cada decisión judicial y/o administrativa adoptada por una autoridad amerita la toma de conciencia de la relevancia que puede significar para la vida futura de un NNA. No obstante, es evidente la falta de razonamiento, análisis y fundamento explicitado en los fallos judiciales. Lo que se requiere son soluciones acordes a la problemática, con respuestas innovadoras y creativas, ajustadas a la solución del caso en concreto, lo que contribuye a una eficaz normativa que en sí misma ya presenta grandes deficiencias.

El hecho de adoptar una medida judicial con la finalidad de resguardar el legítimo ejercicio de los derechos de la infancia y adolescencia, debiera significar el aseguramiento en cuanto a su cumplimiento, sólo de esta forma se encuentra presente la certeza jurídica, una de las finalidades de todo ordenamiento jurídico.

e) Ausencia de seguimiento de las medidas que se adoptan en razón de la aplicación del principio del interés superior

La falta de seguimiento y fiscalización en cuanto al cumplimiento de las medidas que se adoptan respecto a la aplicación de los principios analizados no es un tema menor, ya que se desconoce en gran medida el grado de cumplimiento de las decisiones judiciales adoptadas en resguardo

de los intereses de los NNA. Con ello se aprecia una falta de exactitud, perdiendo eficacia las resoluciones judiciales que el propio sistema judicial no puede asegurar en cuanto a su cumplimiento.

Así, se percibe por parte de los usuarios del sistema, un sentimiento de pérdida de recursos materiales, emocionales y personales, teniendo como contrapartida una resolución judicial que no cumple los efectos para los cuales fue dictada. Ello relativiza el sistema a tal punto que muchas de las causas son abandonadas o desistidas en el transcurso de su tramitación. De allí nace la relevancia en crear una unidad de seguimiento y cumplimiento de las resoluciones judiciales a fin que exista una certeza en cuanto a su ejecución, lo que claramente resulta relevante en nuestro sistema.

f) Falta de procedimiento en la aplicación del derecho a ser oído

En cada discurso que se centra en el análisis del derecho a la autonomía y al legítimo ejercicio de los derechos de los NNA, nace casi de manera espontánea el derecho de ser oído, surgiendo así, la imagen de niños y jóvenes que tengan la posibilidad de participar en la definición de normas y en las decisiones que rijan el futuro de sus vidas, ello con todas las implicancias y dificultades que conlleva traducir su lenguaje, que lo haga compatible con el lenguaje de los adultos, el cual se caracteriza por encontrarse lleno de simbolismos. El tema es, la forma en como se interpreta justamente sus voces y participación.

Ello se complejiza aún más cuando existe ausencia en su escucha y participación por parte de los encargados y obligados de asegurar el ejercicio de este derecho como son los Tribunales de Justicia. No pareciera posible entender la forma como los jueces y juezas establecen el interés superior sin el ejercicio del derecho a ser oído de la persona que justamente su decisión le atañe directamente. No pareciera ser lo más adecuado que sea un Tribunal Superior, con las demoras implícitas, de tal corrección en el procedimiento, y que le recuerde especialmente a los Tribunales de primera instancia que dicho derecho debe ser considerado esencial en la tramitación del proceso donde se vean involucrados NNA. En efecto, llama la atención que los Tribunales de Familia sean justamente, los que en mayor proporción, omitan el ejercicio de este derecho, siendo los llamados a dar garantía en primer término de su correcto ejercicio.

Es allí donde se debe producir la participación de niños, niñas y jóvenes a ser escuchados por el sentenciador de manera directa y sin

intermediarios, lo que en la práctica no siempre se realiza de tal manera. De ello surge la interrogante en entender la forma en cómo se llega a determinar el mejor interés sin escuchar al protagonista del mismo.

Por ello, es necesario en la legislación establecer criterios, procedimientos y sanciones cuando se produzcan tales omisiones que enmiendan conforme a derecho la no participación de los protagonistas.

g) Erróneo enfoque en las políticas públicas asociadas a los principios

El Estado de Chile ha relegado sistemáticamente el tema que ha sido abordado, muestra de ello es el insuficiente gasto público que históricamente a destinado a la prevención en materia de infancia y adolescencia.

Si nuestro sustento teórico es la debida protección a la niñez y adolescencia y la forma de aplicación de los principios analizados, no es difícil concluir que toda norma y políticas públicas deben estar orientados justamente a la debida protección, lo cual debe encontrarse en primer término y no sólo en dar respuesta una vez conculcados los derechos de NNA.

Si la debida atención y mayores esfuerzos se ubican en acciones tendientes a la represión y no en iniciativas que prevengan y pongan fin a sus causas, se seguirá invirtiendo en una problemática sin solución y sin fin. El erróneo enfoque de las políticas públicas en la materia, adoptadas a partir de la normativa vigente disminuye claramente la posibilidad de ser eficaz y contribuye a una percepción errónea y poco eficiente del sistema.

Las dificultades que presenta el ordenamiento y los obstáculos en cuanto a la implementación de los nuevos Tribunales de Familia inciden indudablemente en su eficacia, toda vez que interfieren en la consecución de los fines propuestos y los desafíos que han sido planteados.

Estas conclusiones se encuentran impulsadas decididamente en sugerir la creación de un sistema de normas con enfoque hacia la debida protección de la infancia y adolescencia y en una correcta aplicación del principio del interés superior, junto con la implementación de un procedimiento del correcto ejercicio del principio del derecho a ser oído.

La propuesta requiere vincularse con una decidida política de prevención con énfasis en el aseguramiento y seguimiento del legítimo ejercicio de los derechos de los NNA, y sobre todo el respeto que surge desde su condición especial por el sólo hecho de ser personas que se encuentran en desarrollo.

Además se deben implementar las adecuaciones legales necesarias que hagan posible la construcción de una solución armónica, integral e interdisciplinaria en que se consideren los distintos aspectos de la protección de la infancia y sobre todo en que el derecho se dimensione como parte integral de la solución.

Finalmente, se deben orientar los esfuerzos en la reglamentación de una política integral de la niñez y adolescencia en Chile, que sea armónica con los principios orientadores de la Convención sobre los Derechos de los Niños y todo Tratado Internacional sobre los derechos humanos que recoja los intereses de los mismos y sobre todo que sea acorde a los requerimientos, necesidades y valores de la sociedad chilena.

Sin lugar a dudas, el presente trabajo supone el intento de iniciar un camino que se vislumbra con un objetivo, el contribuir a resaltar la relevancia en una debida protección a la niñez e infancia en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARTOLA, T. (2015). *“Claves Educativas de tus hijos Adolescentes”*. Madrid: España: Antártica.
- A/RES/S-27/2 *“Un Mundo apropiado para los niños”*. Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de mayo del 2002). Recuperado de: www.unicef.org/ecuador/A-RES-S27-2S.pdf (Consultado el día 13 de julio del año 2016).
- A/RES/55/2 *“Declaración del Milenio”* (13 de septiembre del 2000). Recuperado de: www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf (Consultado el 17 de noviembre del año 2016).
- ALÁEZ, B. (2003). *“Minoría de edad y derechos fundamentales”*. Madrid, España: Tecnos.
- ALEMÁN, A. y MARTÍNEZ, P. (2009). *“Derecho y mujer”*. Almería, España: Editorial Universidad de Almería.
- ALESSANDRI, A. (1998). *“Tratado de derecho civil”*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, pág. 436.
- ALEXY, R. (1997). *“Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”*. Madrid, España: Prisma. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Título original: *Theorie der juristischen argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*.
- ALFAGEME, E., CANTOS, R. y MARTÍNEZ, M. (2003). *“De la participación al protagonismo infantil. Propuestas para la acción”*. Madrid, España: Plataforma de organizaciones de infancia.
- AMAR, J. (2012). *“Trabajo Infantil: factores de riesgo y protección en familias del caribe Colombiano”*. Colombia: Editorial Universitaria del Norte.
- AMAR, J. (2007). *“Infancia, familia y derechos humanos”*. Barranquilla: Colombia: Ediciones Uninorte.
- ALMARIO, F. (2016). *“Una Mirada Existencialista a la Adolescencia”*. Bogotá, Colombia: Imagen S.A.

- AMARO, V., FERNANDEZ, J., GONZALEZ, M., PARDO, M., ZUNINO, C., PASCALE, A., GARCÍA, L. y Pérez, W. (2016). “Consumo de alcohol en niños y adolescentes: Una mirada desde el tercer nivel de atención”. *Archivos de Pediatría del Uruguay*, 87 (Supl. 1), págs. S40-S47. Recuperado de: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-12492016000500006&lng=es&tlng=es. (Consultado el día 28 de diciembre del año 2017).
- ÁLVAREZ, M^a I., Coord. (1998). Rodríguez Torrente. “La política de protección de menores en el ámbito internacional”. *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Editorial. UPCO, Madrid, pág. 175.
- ÁLVAREZ, R. (2011). “*El concepto de niñez en la Convención y los derechos del niño en la legislación Mexicana*”. Instituto de Investigación jurídica, 5, pág. 1. Recuperado de: www.juridicas.unam.mx (Consultado el día 09 de noviembre del año 2016).
- ALZATE, M. (2003). “*La Infancia: Concepciones y perspectivas*”. Pereira, Risaralda, Colombia: Papiro.
- BAEZA, J., DONOSO, M. y ROJAS, P. (2013). “*Familias fragilizadas en Chile. Propuestas para las políticas públicas y formación de profesionales*”. Santiago de Chile: Federación Internacional de Universidades públicas.
- BARCELATA, B. (2015). “*Adolescentes en riesgo: Una mirada a partir de la resiliencia*”. México: Manual Moderno S.A.
- BARATTA, A. (1995). “*Elementos de un nuevo derecho para la infancia y adolescencia. A propósito del estatuto del niño y del adolescente de Brazil*”. Universidad de Zulia. Facultad de ciencias jurídicas y políticas. Instituto de Criminología, 23, 5. Recuperado de: www.corteidh.or.cr/tablas/r17263 (Consultado el día 20 de marzo del año 2017).
- BARUDY, J. y DANTAGNAN, M. (2013). “Resiliencia y Buenos Tratos Infantiles”. En *Los Buenos Tratos a la Infancia* (58). España: Gedisa S.A.
- BARUDY, J. y DANTAGNAN, M. (2013b). “*Los Desafíos Invisibles de ser Padre o Madre*”. Barcelona, España: Gedisa.
- BASCUÑAN, A. y CORREA, R. (2002). “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 1, págs. 129- 133. Recuperado de: www.rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/download/14975/15411 (Consultado el día 20 de junio del año 2017).

- BECK, U. (2002). *“La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad”*. Barcelona, España: Paidós.
- BELAUNZARAN (2015). *“Niñez y Derechos Humanos: Herramientas para un abordaje”*. La Plata: Argentina: Universidad de la Plata.
- BELOFF, M. (2009). *“Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano”*. Buenos Aires: Editoriales del Puerto.
- BERGEL, P. L. y LUCKMANN, T. (2003). *“La construcción social de la realidad”*. Buenos Aires, Argentina: Talleres Gráficos color Efe.
- BERNUZ, M. (2015). *“El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma”*. Derechos y libertades, Universidad de Zaragoza, N° 33, pág. 77.
- BELLUSCIO, A. (2004). *“Manual de Derecho de Familia”*. Tomo II Buenos Aires: Argentina: Astrea. Recuperado de: [http://es.slideshare.net/Khatta Muriel/augusto-belluscio-familia-tomoi](http://es.slideshare.net/Khatta_Muriel/augusto-belluscio-familia-tomoi) (Consultado el día 02 de octubre del año 2016).
- BOBBIO, MATEUCCI y PASQUINO (2005). *“Diccionario de política”*. México: Siglo XXI. Recuperado de: <http://metodologiainvestigacionpolitica.blogspot.cl/2012/05/diccionario-de-politica-norberto-bobbio.html> (Consultado el día 10 de junio del año 2016).
- BOBBIO, N. (1993). *“Igualdad y libertad”*. Barcelona, España: Paidós.
- BOBBIO, N. (2014). *“De la razón del Estado al Gobierno Democrático”*. México, Instituto electoral y de participación ciudadana.
- BORDA, G. (1993). *“Tratado de derecho civil-familia”*. Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Asko. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/13636813/Borda-Guillermo-Tratado-de-Derecho-Civil-Familia-Tomo-1> (Consultado el día 15 de octubre del año 2016).
- BOKSER, M. (2005). *“Derechos de Niñas, de Niños y Jóvenes”*. Políticas de Gestión Territorial. Buenos Aires, Argentina: Lumen.
- BRANDON, L. y JIMENEZ, N. (2016). *“Factores Asociados al Comportamiento Agresivo en estudiantes de secundaria en una comunidad educativa en la ciudad de Medellín”*. Universidad CES. Recuperado de: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4398/1/Factores_Asociados_comportamiento_agresivo.pdf (Consultado el día 21 de diciembre de 2017).
- BRONFENBRENNER, U. (1987). *“La Ecología del Desarrollo Humano”*. Barcelona, España: Paidós.

- BORRÁS, A. (1993). “*El Interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado*”. Barcelona, España: Altés.
- BUAIZ, Y. (2003). “*La Doctrina para la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*”. Recuperado de: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/.../derenine_zunicef.pdf (Consultado el día 4 de mayo del año 2017).
- BUENAGA, O. (2014). “*La familia y la seguridad social*”. España: Dykinson. (p.27).
- BUXARRAIS, M. (2014). “*Conciliación Familiar, Laborar, Social y personal. Una cuestión ética*”. España: Universidad de Barcelona.
- CABRAL, R. (2012). “Implicancias de la participación del niño en su proceso de adopción - Una mirada psi-jurídica”, noviembre 08, 2016, de Gobierno de la Argentina. Recuperado de: ccycn.congreso.arg/export/hcdn/comisiones/...pdfs/018_ROSA_CABRAL.pdf (p.8). (Consultado el día 25 de noviembre del año 2016).
- CALERO, J. (2016). “Adicciones y Conductas Negligentes. Respuestas desde la acción socioeducativas. Juventud en Conflicto Social”. *Análisis y propuestas desde el enfoque multidisciplinar* (177). España: Universidad Politécnica de Valencia.
- CALVO, A; CARRACOSA, J. (2011). “*Sustracción Internacional de menores: Una visión general*”. Institución Fernando El católico. Recuperado de: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/31/41/10calvocarrascosa.pdf> (Consultado el día 07 de junio del año 2017).
- CAMPOS, F. (1997). “*Historia Constitucional de Chile*”. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- CARDENAS, E. (1998). “*La Mediación en Conflictos Familiares*”. Buenos Aires, Argentina: Lumen.
- CARLI, S (2016) “La Infancia como construcción social”. Recuperado de: blogs.unlp.edu.ar/pec/files/2016/04/Carli-La-infancia-como-construcción-social.pdf (Consultado el día 04 de mayo del año 2017).
- CARMONA, M.(2010). “*La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el derecho Internacional de los derechos humanos*. Madrid: España: Dykinson.
- CARNIVAL, O. (2013). “*Claves para criar a un hijo delincuente*”. Buenos Aires, Argentina: Vida.

- CARTA DE LOS DERECHOS CIUDADANOS, (SENAME) Gobierno de Chile.
Recuperado de: http://www.sename.cl/wsename/otros/carta_web_v2.pdf (Consultado el día 01 de febrero del año 2017).
- CASAS, F. (1998) “*Infancia: perspectivas psicosociales*”. Barcelona, España: Paidós.
- CASAS, F. y GÓMEZ-GRANELL, C. (2002). “Infancia, Familia y calidad de vida”. *Colección monográfica* N°1. Barcelona, España: Instituto de Infancia y mundo urbano.
- CASTORIADIS, C. (1975). “*La Institución imaginaria de la Sociedad*”. Barcelona: Tusquets, pág. 184.
- CASTRO y SALINAS (2016). Concepción Nieto Coordinadora. “La Intervención con menores en desprotección y conflicto con la ley. Chile”. *En La Intervención comparada con menores y desprotección con la ley* (91). Madrid, España: Dykinson.
- CATENA, A., REDONDO, S. (2013). “Carreras Delictivas Juveniles y Tratamiento”. *Revista de Ciencias Sociales*. Universidad de Barcelona, 54, pág. 176. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4536460> (Consultado el día 12 de enero del año 2018).
- CILLERO, M. (1999). “El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño”. *Justicia y Derechos del Niño*, 1, pág. 53.
- CILLERO, M. (2001). “Los Derechos del Niño. De la Proclamación a la Protección Efectiva”. *Justicia de Derechos del Niño*, UNICEF N° 3, pág. 50.
- COLEMAN, J.C. y HENDRY, L.B. (2003). “*Psicología de la adolescencia*”. 4ª ed. Madrid-España: Morata.
- COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). “*Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas*”. España: Oas/Ser.1.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). Observación General N° 14. RC/C/GC/12/ 20 de julio 2009 “*Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*”. Recuperado de: <http://google.com.py/webhp?sourceid=chromeinstant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8q=CRC%2FC%2FGC%2F14%2F+29+de+mayo+2013>. (Consultado el día 15 de agosto del año 2016).

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2009). Observación General N° 12. RC/C/GC/12/ 20 de julio 2009. “*El Derecho del niño a ser escuchado*”. Recuperado de: http://www.google.com.py/webhp?sourceid=chrome_instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8q=observacion+general12 (Consultado el día 24 de septiembre del año 2016).
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2015). “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto convalidados de Chile”. Recuperado de: <http://www.unicef.org/UNICEF> (Consultado el día 29 de julio del año 2016).
- CORVERA, N. (2011). “*Participación ciudadana de los niños como sujetos de derecho*”. Santiago de Chile, Persona y sociedad, Universidad Alberto Hurtado XXV, N° 2, pág. 74.
- CORRAL, H. (1994). “*Familia y derecho. Estudio sobre la realidad jurídica de la familia*”. Santiago, Chile. Colección jurídica de la Universidad de los Andes. p.12.
- COUSO, J. (2006). “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño. Autonomía progresiva y derecho a ser oído”. *Revista de derechos del niño*, 3-4, Universidad Diego Portales- Unicef. Santiago.
- CLARO SOLAR, L. (1978). “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*”. Tomo VII. Santiago: Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- CLEMENTE, M (1998). “*Fundamentos de la psicología jurídica*”. Madrid, España: Pirámide.
- CUMPLIDO, F. (2003). “La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución: Sentido y alcance de la Reforma. Doctrina y Jurisprudencia”. *IusetPraxis*, vol. 9 (1), págs. 365-374. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100018> (Consultado: el día 8 de agosto del año 2016).
- CUSSÁNOVICH, A. (1997). “Protagonismo, participación y ciudadanía como componentes de la educación y ejercicio de los derechos de la infancia”. En *Historia del pensamiento social sobre la infancia*. Lima: Revista de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2, pág. 87.
- CUENCA, M. (2013). “*Sociología de la Desviación: Una aproximación a sus fundamentos*”. España: Gamma.
- CRUCETA, J., GUERRERO, J., MORALES, Y. y DIAZ, M. (2012). “*Argumentación Jurídica*”. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.

- CYRUNIK, B. (2013). *“Los Patitos Feos: La Resiliencia. Una Infancia Infeliz no determina la vida”*. España: Penguin Random House.
- D'AGOSTINO, F. (2006). *“Filosofía de la Familia”*. Madrid: España: Rialp S.A.
- DÁVILA, P. y MAYA, L. (2011). *“Derechos de la Infancia y educación inclusiva en América Latina”*. Montevideo: Uruguay: Granica S.A. (p.45).
- DE LA MAZA, C. y GONZÁLEZ, F. (2017). “Institucionalidad de la Infancia en Chile: Una deuda impaga”. *Anuario de Derechos Humanos*. Universidad Diego Portales, 7, pág. 292.
- DE CHAVARRÍA (2004). *“Derecho sobre la Familia y el niño”*. Quinta edición. San José: Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia, pág. 17.
- DE TORRES PEREA, J. M. “Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán”, *Revista Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIX, Fascículo II, Abril-Junio 2006, Madrid, pág. 679.
- DELGADO, C. (1998). “Historia de la Infancia”. Barcelona, España: Ariel S.A., pág. 18. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/104918100/Delgado-Buena Ventura-Historia-de-La-Infancia> (Consultado el día 24 de septiembre del año 2016).
- DEL RIO, R. (1949). “Explicaciones de Derecho Penal”. Tomo primero. *Denominaciones, Definiciones, Naturaleza y Objeto del Derecho penal*. Santiago, Chile: Nacimiento. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/36463357/Derecho-Penal-Tomo-i-j-r-Del-Rio> (Consultado el día 29 de enero del año 2017).
- DE ZAN, J. (2004). *“La Ética, los Derechos y la Justicia”*. Uruguay: Fundación Konrad-adenauer.
- DIAZ, J., Gallegos F. y Lafortune, F. (2016). “Nacimientos fuera del matrimonio en la historia de Chile: Algunos hechos estilizados”. *Revista de estudios públicos*. Pontificia Universidad Católica de Chile. Recuperado de: www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160621/asocfile/20160621155625/02_diaz_142.pdf (Consultado el día 12 de septiembre del año 2018).
- DÍAZ DE GUIJARRO, E. (1953). *“Tratado de Derecho de Familia. Familia: concepto y elementos”*. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora, pág. 194.
- EL SAHILI, L. (2013). *“Psicología Social”*. México: Helénica S.A.
- ELZO, J. (2014). “La necesidad de comprender el consumo de alcohol entre los jóvenes y los/las adolescentes”. En *Consumo de alcohol entre los*

- jóvenes y adolescentes. Una mirada ecológica (56). Universidad de Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto.
- ESPEJO, N. y LATHROP, F. (2015). “Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile”. Unicef Chile, Estudio, pág. 61.
- FARIÑA, F, y ARCE, R. (2003). “*Avances en Torno al Comportamiento Antisocial, Evaluación y Tratamiento*”. Madrid: España: Ministerio del Trabajo y asuntos sociales, pág. 119.
- FELDSTEIN, S. (2000). “*Derecho Internacional Privado*”. Parte Especial. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria.
- FELMAN, R. (2008). “*Desarrollo en la Infancia*”. México: Pearson Educación.
- FIGUEREDO, A. (2007). “Derecho del niño a ser oído y participar en los procesos judiciales”. Recuperado de: www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/.../elderechoaseroido.pdf (Consultado el día 04 de enero del año 2017).
- FIGUEROA, G. (1995). “*Persona, pareja y familia*”. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, pág. 66.
- FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. Memoria 2004, págs. 1-22. Recuperado de: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2005-07-25_memoria-2004.pdf (Consultado el día 05 de octubre del año 2018).
- FLORENZANO, R. y VALDÉZ, M. (2005). “*El adolescente y sus conductas de riesgo*”. Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, pág. 100.
- FRANCO, S. (2014). “El Maltrato Infantil: Concepto y Taxonomía”. *En La protección de la Infancia y los derechos de los niños y de las niñas* (35). FLORENZANO España: Universidad de Murcia, servicio de publicaciones.
- FREEDMAN, D. (2005). “Funciones Normativas del Interés Superior del Niño”. *Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global* 7, pág. 15. Recuperado de: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm> (Consultado el día 3 de enero del año 2017).
- GAITÁN, L. (2006). “El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños”. *Política y sociedad*. Vol. 43 N° 1. Facultad de ciencias políticas y sociología, Universidad Complutense de Madrid.
- GAITÁN, L. (2010). “Sociedad, infancia y adolescencia ¿De quién es la dificultad?”. *Revista interuniversitaria de pedagogía social*. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=135013577003> (Consultado el día 20 de julio del año 2016).

- GAJARDO, S. (1929). “*Los Derechos del Niño y la Tiranía del Ambiente (divulgación de la ley 4447)*”. Santiago, Chile: Imprenta Nacimiento.
- GAJARDO, S. (1940). “*Los Derechos del Niño. Proclamación de la Constitución de la Liga de los Derechos del Niño*”, 1, pág. 15.
- GAJARDO, S. (1955). “*Protección de menores*”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GALLEGO, S. (2006). “*Comunicación familiar: Un mundo de construcciones simbólicas y relacionales*”. Colombia: Universidad de Caldas.
- GARIBO, A. (2017). “El Interés Superior del Menor en los supuestos de maternidad subrogada”. *Cuadernos de Bioética*, 2, págs. 246-259.
- GARCÍA, E. (2004). “*Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias*”. Buenos Aires: Editores del puerto.
- GARCÍA, M^a Ángeles (2012). “Carácter Interdisciplinario del Derecho de Familia e Intervención de los profesionales no jurídicos”. En *La nueva regulación del Derecho de Familia. Legislación y Doctrina del Tribunal Supremo*(160). España: Dykinson.
- GARCÍA, G. y MICO, S. (2000). “*Hacia una justificación de la precidadanía*”. Curso de perfeccionamiento Itefant, 3.
- GARCÍA, M. (1999) “*Justicia y derechos del niño N°1. Infancia, ley y democracia. Una cuestión de Justicia*”, Unicef Chile, Santiago de Chile.
- GARCÍA, J. (2007). Coords. T. Vicente & M.Hernández. “Los Derechos de los niños, responsabilidad de todos”.España: Universidad de Murcia.
- GARRIDO, C. (2009). “*Derecho de Familia. Contenido orgánico y procedimiento de violencia intrafamiliar de la ley 19.968*. Santiago de Chile: Metropolitana.
- GARRIDO, R. (2013). “El interés superior del niño y el razonamiento jurídico”. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (7), págs. 115-147. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-43872013000100006&lng=es&tlng=es (Consultado el día 11 de agosto del año 2016).
- GARRIDO, M. (2003). “Derecho Penal”. Parte General. Tomo II. *Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GRACIA, E. y MISITU, G. (2000). “*Psicología social de la familia*”. Barcelona, España. Paidós.
- GIBERTI, E. (2007). “*La Familia a pesar de todo*”. Buenos Aires, Argentina: Ediciones novedades educativas. (p.289).

- GIBERTI, E & GRASSI, A. (1996). “*Las éticas y la adopción*”. Argentina: Sudamericana, pág. 32.
- GIDDENS, A. (2007). “*Un mundo desbocado. Los efectos de la Globalización en nuestras vidas*”. México: Taurus. (p.28).
- GINEA, D. (2004). Coords. J.M. González Porrás, F.P. Méndez González. “Conceptos jurídicos indeterminados en la ley orgánica 1/1996 de protección al menor”. En *Libro homenaje al profesor Manuel Albadarejo*. Tomo I (2265). España: Servicio de publicaciones: Universidad de Murcia.
- GOBIERNO DE CHILE (2013). “*Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018*”. Recuperado de: <http://www.gob.cl/programa-de-gobierno/> (Consultado el día 5 de julio del año 2016).
- GONZÁLEZ, N.(1998). “*Los derechos humanos en la historia*”. Barcelona, España: Gramagraf, pág. 18.
- GONZÁLEZ, M. (2015). “*Poniendo otras miradas a la Adolescencia: Conviviendo con los Riesgos drogas, violencia, sexualidad y tecnología*”. España: Deusto Digita, pág. 141.
- GOMEZ, COSTA. (2014). “Factores asociados a la violencia: Revisión y posibilidades de abordaje”. *Revista Iberoamericana de psicología: Ciencia y Tecnología*, 7, pág. 119.
- GOMEZ DA COSTA, A. (2009). “*Pedagogía y Justicia*”. Fundación Fundamig. Justicia Penal Adolescente. Recuperado de: www.ceja.cl/index.php/biblioteca/biblioteca.../doc.../1946-pedagogia-y-justicia.html (Consultado el día 20 de febrero del año 2017).
- GUINN,G. y DEGENER, T. (2002). “*Derechos Humanos y Discapacidad*”. Nueva York, Ginebra: Naciones Unidas. Recuperado de: <https://books.google.cl/books?isbn=9213540744> (Consultado el día 03 de junio del año 2017).
- GRAU, E. (2007). “*Interpretación y Aplicación del Derecho*”. Madrid, España: Dykinson, pág. 18.
- HART, A. (1993). “La Participación de los Niños: De la participación simbólica a la Participación autentica”, *Innocenti Ensayo* no. 4, Centro de Desarrollo Infantil Internacional, Florencia.
- HEIN, A., BLANCO, J. y MERTZ, C. (2004). “*Factores de riesgo y delincuencia juvenil: revisión de literatura nacional e internacional*”. Fundación Paz Ciudadana. Recuperado de: https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34713405/FACTORES_DE_RIESGO_DE_LA_

- DELINCUENCIA_JUVENIL.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1515455499&Signature=2C8h16AyflkehVrafl8zRYqaIag%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DFactor es_de_riesgo_y_deincuencia_juvenil.pdf* (Consultado el día 08 de enero del año 2018).
- HENRIQUEZ VIÑAS, M. (2014). “El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes: Análisis jurisprudencial (2009-2013)”. *Ius Et Praxis*. Recuperado de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100015> (Consultado el día 21 de agosto del año 2018).
- HERNÁNDEZ, M. (2007) Coord. Vicente, T. y Hernández, M. “*El riesgo social de la infancia. Los derechos de los niños. Responsabilidad de todos*”. Servicio de publicaciones. Universidad de Murcia.
- HERVANA, J.(1980). “La identidad del matrimonio. IV Jornadas Chilenas de derecho natural”. *Revista chilena de derecho*, p. 286.
- HERRERA, M. (2006). “Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción”. *IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción*.
- INFORME DE LA UNICEF (2017). “*Estado Mundial de la Infancia*”. Niños en un mundo digital.
- INFORME DE LA UNICEF (2006). “*Estado Mundial de la Infancia*”. Excluidos e invisibles. Recuperado de: www.unicef.org/spanish/sowc06/pdfs/sowc06/_fullreport_sp.pdf (Consultado el día 27 de agosto del año 2016).
- INFORME ANUAL (2017). *Instituto nacional de los Derechos humanos (INDH)*.
- INFORME COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA, de la forma en que las Autoridades han atendido a las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del Informe de la Comisión Investigadora del Sename en el año 2014, y la situación de los menores de edad carentes de cuidado parental. (2017, junio 27).
- JULVE, A. (2017). “*Policía Nacional. Escala Ejecutiva*”. España: CEP S.L.
- KELSEN, H. (1960). “*Teoría pura del derecho*”. Argentina: Universidad de Buenos Aires: Eudeba, pág. 129.
- KLIMPEL, F. (1962). *La Mujer chilena* (El Aporte Femenino al progreso de Chile 1960-1962). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, pág. 46.

- LAGARDE, MARCELA (2012). *“El Femicidio en mi vida, hitos, claves, topía”*. México D.F: Instituto de las mujeres del distrito federal.
- LA MUJER NUEVA (8 de septiembre de 1935). “Movimiento pro-emancipación de la mujer en Chile”. *Boletín*, 1 N° 1.
- LEPIN, C. (2016). “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación Chilena (1855-2015)”. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*. Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?Script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000100004&lng=es&tlng=es (Consultado el día 11 de septiembre del año 2018).
- LEFORT, C. (2010). “ *La norma relativa a cosa juzgada no prevalece sobre interés superior del niño*”. *Punto Lex*. Recuperado de: CL/DOC/984/2009 (Consultado el día 20 de agosto del año 2018).
- LIEBEL, M. (2003). *Infancia y trabajo*. Berlín. Alemania: Ifejant. (p.22).
- LIPOVETSKY, G. (2000). *“El crepúsculo del deber”*. 5ª ed. Barcelona: España Anagrama, pág. 19.
- LÓPEZ, C. (2005). *“Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia”*. Tomo I. Santiago. Chile: Librotecnia, pág. 17.
- LÓPEZ, C. (2016). *“Tratado de Derecho de Familia”*. Chile: Digesto.
- LÓPEZ, F. (2010). *“Separarse sin grietas”*. Barcelona, España: Graó de Irif, S.L.
- LÓPEZ, M & GONZALEZ, M. (2016). *“Disciplinar con Inteligencia Emocional”*. España: Gamma.
- LUHMAN, N. (2ª Edición 2005). *“El derecho de la sociedad”*. México: Universidad Iberoamericana.
- MANGIONE, M.(2000). *“Derecho de Familia-familia, proceso y Estado”*. Santa Fé, Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- MANNHEIM, K. (1969). *“Diagnóstico de nuestro tiempo”*. Traducción de José Medina Echavarría. México. Fondo de cultura económica.
- MARÍN, E. (2000). *“Familia y Sociedad. Una introducción a la sociología de la Familia”*. Madrid, España: Rialp S.A.
- MARTÍN, M. (1967). “El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos”. *Revista de la administración pública*. N° 54.
- MARTÍN OSTOS, J. (2012, marzo 07). “En Torno al Interés Superior del Menor”. *Anuario de Justicia de Menores*, 12, págs. 39-65.
- MASLOW, A. (1991). *“Motivación y personalidad”*. Madrid, España: Lavel S.A.
- MAX-NEEF, M.A. (1998). *“Desarrollo a escala humana”*. Barcelona, España: Norman-Comunidad, pág. 87.

- MENDONCA, D. (1998). *“Interpretación y Aplicación del Derecho”*. España: Universidad de Almería, 2ª edición, pág. 60-61.
- MENSAJE PRESIDENCIAL N° 994-363 (2014). Recuperado de: www.consejoinfancia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/03/POLITICA-21-3-2016-wep.pdf (Consultado el día 04 de agosto del año 2016).
- MIGRACIÓN EN CHILE 2005-2014. “Sección estudios del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y seguridad pública”. Recuperado de: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf> (Consultado el día 20 de agosto del año 2016).
- MILLAS, J. (2000). “Validez y Eficacia de la Norma Jurídica”. *Revistas académicas de la Universidad de Chile*, 3 N° 5, pág. 5. Recuperado de: <https://revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/6027/5893>. (Consultado el día 22 de noviembre del año 2016).
- MONTECINOS, S. (2010). *“Madres y Huachos. Alegorías del mestizaje chileno”*. Santiago de Chile: Catalonia.
- MORANDÉ, P. (1999). *“Reflexiones sociológicas”*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
- MORÓN, J., PÉREZ, I. y PEDRERO, E. (2017). “Educación para la Salud y Prevención de Riesgos Psicosociales”. En *Jóvenes y Adolescentes*. Madrid: España: Narcea.
- MULEIRO, H. (2013). *“Por una Comunicación Democrática de la Niñez y Adolescencia”*. Argentina: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).
- NARI, M. (2004). *“Políticas de maternidad y maternalismo político”*. Buenos Aires, Argentina: Biblos, pág. 70.
- NAVARRO, P. y MORESO, J. (1996). “Aplicabilidad y Eficacia de las Normas Jurídicas”. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía* N° 5, pág. 121. Recuperado de: <http://philpapers.org/rec/NAVAYE> (Consultado el día 22 de noviembre del año 2016).
- NIETO, C. (2016). *“Discurso de los Menores bajo Medida Judicial”*. Madrid, España: Dykinson S.A.
- OCHOA, J. y SANTIBAÑEZ, E. (1985). *“La Niñez: Un concepto que discrimina”*. Santiago, Chile: Documentos de Trabajo. Centro de Investigación y desarrollo de la educación (CIDE).
- OFICINA de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito. Comisión económica de las Naciones Unidas para Europa. *“Manual para*

- encuestas de victimización*”, 2013. Recuperado de: www.unodc.org/doc/wdr2013/World_Drug_Report_2013_Spanish.pdf
- ORIHUEL, A. (2016). “*Transforma las Heridas de tu Infancia: Rechazo, abandono, humillación e injusticia*”. México: Penguin Random House.
- ORTEGA VELASQUEZ, E. (2015). “Los Niños Migrantes Irregulares y sus Derechos Humanos en la práctica Europea y Americana: Entre el control y la protección”. *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 48 (142), págs. 185-221. Recuperado: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332015000100006 (Consultado el día 25 de octubre del año 2017).
- PADIAL, A. (2012). “*El Acogimiento y otras medidas de protección de la infancia y adolescencia desamparada*”. Ediciones Universidad de Lleila: Parase.
- PECES-BARBAS, (1986/87). “Los operadores jurídicos”. *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 72.
- PERALTA, A. (2013). *Importancia de la Educación Socioemocional en el Jardín de Infantes*. Buenos Aires, Argentina: Dunken.
- PEREIRA, H. (1993). “*Curso de Derecho Procesal*”. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Cono Sur.
- PÉREZ DAULI, V. (2016). “Cuando deben oírse a los hijos menores de edad en los procesos de familia?”. Universidad de Barcelona, *Diario Ley* N° 8861, editorial Wolters Kluwers, págs. 12-25.
- PÉREZ MANRIQUE, R. (2007). “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes”. En *Justicia y Derechos del Niño* N° 9(256). Chile: UNICEF. Recuperado de: www.unicef.cl (Consultado el día 05 de enero del año 2017).
- PEÑAILILLO, D. (1998). Las Categorías de Filiación y la Investigación de Paternidad. *Revista de Derecho*. Universidad de Concepción, 204, 24.
- PILOTTI, F. (2000). “*Globalización y Convención sobre los derechos del niño: El contexto del texto*”. Washington, DC: Organización de los Estados Americanos, pág. 54.
- PIÑA, E. y Lara, G. Coordinación y edición (27 de octubre del año 2017). “*Protección a la Infancia vulnerada en Chile: La gran deuda pendiente*”. Propuestas desde la UC. Centro de Políticas Públicas UC, 101, 17- año 12.

- PODER JUDICIAL DE CHILE (2015). “*Derechos de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia*”. Santiago de Chile 2015.
- POBLETE, S. (2000). “Abandono y vagabundaje infantil en Santiago de Chile 1930-1950”. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 4, 199. Recuperado de: www.rhistoria.usach.cl/sites/historia/files/298-654-1-sm.pdf (Consultado el día 14 de febrero del año 2017).
- QUINTANA, M. (2013). “*Derecho de Familia*”. Valparaíso, Chile: Editorial Universitaria: Universidad Católica de Valparaíso, pág. 11.
- RAMOS, R. (1999). “*Derecho de Familia*”, 2ª Ed, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. t1, pág. 9.
- RAVETLLAT, I. (2015). “*Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia*”. Valencia: España: Universidad Politécnica de Valencia, pág. 91.
- RAVETLLAT, I. y PINOCHET, R. (2015) “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista chilena de derecho*, vol. 42 N° 3, pág. 4.
- RIVERO, FRANCISCO (2007). “*El interés del menor*”. 2ª ed. Madrid, España: Dykinson, pág. 54.
- RIVEROS, FRANCISCA (2010). “*Cuidado personal, interés superior del niño y derecho a ser oído en la jurisprudencia*”. Noviembre, 20 2016. Thomson Reuters Puntotex. Recuperado de: www.legalpublishing.cl (Consultado el día 22 de agosto del año 2016).
- ROCA, M. (2007). “*¡Sí, abogado: Lo que no aprendí en la facultad*”. España: Critica, Barcelona.
- RODRIGUEZ, J. (1998). “*Psicopatología del niño y del adolescente*”. Sevilla, España: Publicaciones Universidad de Sevilla.
- ROS, L. (2016). “*Trabajo Infantil y Salud. Enfermedades y Lesiones según el tipo de trabajo realizado*”. Barcelona: España: Ariel S.A.
- ROSSEL, E. (1994). “*Manual de Derecho de Familia*”. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. pág. 6.
- ROJAS, J. (2010). *Historia de la Infancia en el Chile Republicano 1810-2010*. Santiago de Chile: Junta Nacional de Jardines Infantiles.
- ROJAS, M. (2013). “Algunos comentarios sobre el consumo de alcohol y marihuana en población escolar”. En *Abuso de drogas en adolescentes*

- y jóvenes y vulnerabilidad familiar* (18). Perú: Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito.
- ROJINA, R. (2000). “*Compendio de Derecho Civil 1. Introducción, personas y familia*”, 29° ed., Ed. Porrúa, México, pág. 205. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/108879623/Compendio-de-Derecho-Civil-i-Rafael-Roji-na-Villegas> (Consultado el día 20 de agosto del año 2016).
- ROMÁN, M. (2013). “Factores Asociados al Abandono y la Deserción Escolar en América Latina: Una mirada en conjunto”. *Revista Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambio en educación*. Vol. 11 N° 2. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/551/55127024002.pdf> (Consultado el día 26 de diciembre del año 2017).
- RUA, D. (2010). “*Mediación Comunitaria*”. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- RUDOLPH, H. (2000). “*Desarrollo Social*”. México: Siglo XXI. pág. 17.
- RUTTER, M. (2003). “Categorías, dimensiones y salud mental de niños, niñas y adolescentes”. Recuperado de: <https://nyaspubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.../annals.1301.00> (Consultado el día 02 de octubre del 2018), págs. 100-121.
- SALAZAR, G. (2006). “*Ser Niño "Huacho" en la Historia de Chile (siglo XIX)*”. Santiago de Chile: LOM, ediciones.
- SALUM, E., SALUM, S. y SAAVEDRA, R. (2015). “Derechos de los niños y niñas a ser oídos en los Tribunales de Familia Chilenos: La audiencia confidencial”. *Revista Latinoamericana de derechos humanos*. Vol. 26. II Semestre. Recuperado de: <http://www.revistas.una.ac.cr/derechos-humanos> (Consultado el día 14 de noviembre del año 2016).
- SÉDA, E. (2010). “El Nuevo Paradigma de la Niña y el Niño en América Latina”. En *Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia* (172). Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- SESIÓN ESPECIAL DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS A FAVOR DE LA INFANCIA. (2002). “Crear un mundo apropiado para la infancia”, pág. 1. Recuperado de: http://www.unicef.org/spanish/special_session/ (Consultado el día 2 de julio del año 2016).
- SBOCCIA, P. (1971). “*El Problema de los Menores en situación irregular y su solución integral*”. Valparaíso: Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SCHMIDTZ, D. y GOODING, R. (2000). “*El bienestar social y la responsabilidad individual*”. Madrid: España: Cambridge.

- SIERRA, I. (2015). “Decisiones sobre custodia y visitas: La perspectiva Jurídica y Familiar”. Bogotá. Colombia: Kimpres S.A.
- SOTO KLOSS, E. (1994). “La Familia en la Constitución Política”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 21, N° 2, pág. 224. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649836.pdf> (Consultado el día 08 de noviembre del año 2016).
- SQUELLA, A. (2000). “Introducción al Derecho”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SURÍA, R. (2014). “Prevención y Tratamiento de la Delincuencia”. Alicante: España: Editorial Club Universitario.
- TORRES, C. (2015). “Situación social”. Madrid, España, Centro de Investigaciones sociológicas. España.
- TORRES, O & DUARTE, K. (2009). “Sentido de Políticas Publicas y Niñez: Niñez, Políticas Públicas y Sociedad Civil”. *Niñez y Políticas Públicas*, N° 3, págs. 17-45. Recuperado de: www.uchile.cl/.../revista-mad-edicion-especial-n-3-2008-ninez-y-politicas-publicas_3... (Consultado el día 02 de junio del año 2017).
- TORRES, R., Ochoa, H., Ibarra, F. y Ramírez, A. (2016). “Acompañamiento de Jóvenes ante Situaciones de Riesgo: Manual para profesores”. México: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente.
- TRISCIUZZIT, L. y COMBI, F. (1998). “Infancia e historia”. IFEJANT, 2, pág. 2.
- TRONCOSO, M; & PUYOL, C. (2014). “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en Tribunales de Familia: Una aproximación psicojurídica”. *Praxis. Revista de psicología*, 25, 89. Recuperado de: <http://www.praxis.udp.cl/pdf/25/Praxis25.pdf> (Consultado el día 3 de enero del año 2017).
- TRONCOSO, M., SOTO, R. y PUYOL, C. (2015). “Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia”, Santiago de Chile, Poder Judicial, 2015, págs. 33-60.
- TSUKAME, A. (2010). “Deserción Escolar, Reinserción Educativa y Control Social del Delito del Adolescente Biblioteca digital de la academia cristiana”. Recuperado de: http://www.cva.itesm.mx/biblioteca/pagina_con_formato_version_oct/apaweb.html (Consultado el día 28 de diciembre del año 2017).
- ULRIKSEN, G. (2003). “Derecho de Menores”. Santiago, Chile: Editorial Jurídica. La Ley., pág. 31.

- UNICEF Chile, (2018). “Informe sobre prevención sobre la violencia”. Recuperado de: <http://unicef.cl/web/unicef-alerta-sobre-altos-niveles-de-violencia-intrafamiliar-hacia-los-ninos/> (Consultado el día 16 de octubre del año 2018).
- UNICEF Chile (2015). “Maltrato infantil en Chile”. Edición Unicef. Andros.
- UNICEF (2004) La Convención sobre los Derechos del Niño Quince años después. Recuperado de: https://www.unicef.org/lac/cdn_15_anos_Espfull.pdf (Consultado el día 06 de mayo del año 2017).
- UGARTE, J. (1980). La familia como sociedad natural. Revista de derecho chileno, vol 7, pág. 177. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649348.pdf> (Consultado el día 06 de noviembre del año 2016).
- URZÚA, G. (1991). “Manual de Derecho Constitucional”. Santiago: Chile: Editorial Jurídica de Chile, pág. 87.
- URRA, J. (2017). *Primeros Auxilios Emocionales para niños y Adolescentes*. España: La esfera de los Libros.
- VACCOTTI MARTINS, L. (2016). “Derechos Humanos de la Niñez Migrante. Migración y Derechos Humanos”. Buenos Aires: Argentina: Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur.
- VALENZUELA, E & LARROULET, P. (2016). “La Relación Droga Delito. Ministerio de Planificación Social de Chile”. Recuperado de: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/.../rev119_valenzuela_larroulet.pdf (Consultado el día 28 de diciembre del año 2017).
- VALENCIANO, FUENTES y DÍAZ. (2015). “Regímenes de bienestar social y propuestas de actuación frente al proceso de envejecimiento observado en el cono sur”. España: Editorial Universitaria de Almería.
- VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO, “Tratado de Derecho Civil”. 3º ed. Valladolid, Talleres. Tipográficos Cuesta Macias, 1926, t. IV, pág. 9.
- VARGAS, M., CORREA, P., BARROS, P. y CERDA, A. (2010). Informe final Estudio “Niños, Niñas y Adolescentes en los Tribunales de Familia”. Universidad Diego Portales- Unicef.
- VERDUGO, M. (1996). “La Convención sobre los derechos del niño. Hacia el siglo XXI”. Salamanca: España: Universidad de Salamanca, pág 24.
- VERDIER, P, (2010). “Un avance de subjetivismo y el poder de los intervinientes”, JDJ, RAIJS, núm 280, pág. 3.

- VERHELLEN, E. (2002). “*La Convención sobre los Derechos del Niño, trasfondo, motivo, estrategia, temas principales*”, España, Garant.
- VICENTE, G. y NAVALON, C. (2014). *La protección de la infancia y los derechos de los niños y niñas*. Murcia: España: Universidad de Murcia.
- VILLENA, J. y MOLINA, E. (2015). “*Ciudades con vida: Infancia, Participación y Movilidad*”. Barcelona: España: Graó.
- WASSERMAN, T. (2001) ¿Quién sujeta al sujeto? Una reflexión sobre la expresión “El niño como sujeto de derechos”, *Ensayos y Experiencias*, 8, 41, pág. 07. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/334697761/Quien-Su-jeta-Al-Sujeto> (Consultado el día 07 de agosto del año 2017).
- ZARRALUQUI, SÁNCHEZ y EZNARRIAGA (2013). “La defensa de los menores y el Fiscal”, noviembre, 07, 2016, de *Boletín de Derecho de Familia*. Recuperado de: www.elderecho.com/tribuna/civil/interés_del_menor_derecho_del_menor-protección_jurídica_del_menor_defensor_judicial_del_menor_11_55693_0014.html (Consultado el día 7 de noviembre de 2016).
- ZERMATTENZ, J. (2003), “Instituto Internacional de los derechos de la Infancia. El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”. *Informe de trabajo 3-2003*, pág. 3.

ÍNDICE LEGISLATIVO

I. Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia (10 de marzo del año 1990) Crea la Corporación Administrativa del Poder Judicial (Ley N° 18.969).

Ministerio de Justicia (01 de octubre de 2005) Crea los Tribunales de Familia (Ley N°19.968).

Ministerio de Justicia (18 de diciembre de 2015) Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales (Ley N° 20.886).

Ministerio de Justicia (01 de junio de 1993) Establece la mayoría de edad a los dieciocho años y modifica cuerpos legales que indica (Ley N°19.221).

Ministerio de Justicia (17 de mayo de 2004) Establece nueva Ley de Matrimonio Civil (Ley N°19.947).

Ministerio de Justicia (07 de octubre de 2005) Establece Ley de Violencia Intrafamiliar (Ley N° 20.066).

Ministerio de Justicia (30 de mayo de 2000) Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley N° 4.808; sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344 que autoriza Cambio de Nombres y Apellidos, de la Ley N° 16.168, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, y de la Ley N° 16.271 de impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

Ministerio de Justicia (05 de agosto de 1999) Dicta norma sobre Adopción de Menores (Ley N°19.620).

Ministerio de Justicia. (30 de mayo de 2000) Decreto con fuerza de ley N°1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil (Decreto con fuerza de ley N°1).

Ministerio de Justicia (21 de junio de 2013) Introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la Integridad del Menor en caso que sus padres vivan separados (Ley N° 20.680).

Ministerio de Justicia (15 de noviembre de 1999) Establece Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Ley N° 19.640).

- Ministerio de Justicia (4 de septiembre de 1912) Sobre protección a la Infancia Desvalida (Ley N°2.675).
- Ministerio de Justicia (23 de octubre de 1928) (Ley N°4.447).
- Ministerio de Justicia (24 de diciembre de 1928) (Decreto N° 2.531).
- Ministerio de Justicia (11 de septiembre de 1928) Colegio de abogados (Ley N°4.409).
- Ministerio de Justicia (02 de diciembre de 1935) Abandono de Familia y Pago de pensiones alimenticias (Ley N° 5.750).
- Ministerio de Justicia (02 de abril de 1952) Introduce diversas modificaciones en el Código Civil (Ley N°10.271).
- Ministerio de Justicia (19 de febrero de 1949) Modifica en la forma que señala los artículos que indica de la ley N° 5.750, sobre Abandono de Familia y pago de Pensiones Alimenticias (Ley N° 9.293).
- Ministerio de Justicia (31 de octubre de 1942) Refunde diversos servicios en la Dirección General de Protección a la infancia y Adolescencia. (D.F.L 20-1.412).
- Ministerio de Justicia (03 de marzo de 1961) Crea los Juzgados de Letras de Menores y modifica las leyes que señala (Ley N° 14.550).
- Ministerio de Justicia (08 de marzo de 1967) Fija el texto definitivo de la Ley de Menores (Ley N° 16.618).
- Ministerio de Justicia (03 de abril de 1980) Reglamento del Servicio Nacional de Menores (Decreto N° 356).
- Ministerio de Justicia (19 de diciembre de 1934) Iguala a la mujer chilena ante el derecho (Ley N° 5.521).
- Ministerio de Justicia (26 de octubre de 1998) Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (Ley N°19.585).
- Ministerio de Justicia (23 de septiembre de 1994) Establece Régimen de participación de los Gananciales y modifica el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales que indica (Ley N°19.335).
- Ministerio de Justicia (05 de diciembre de 1990) Crease en el Ministerio de Justicia una Comisión Intersectorial Asesora para estudiar y proponer las iniciativas y acciones necesarias para lograr una mejor integración social de los menores en situación de riesgo, desprotección y/o problemas de conducta (Decreto N° 321).
- Ministerio de Justicia (22 de julio de 1966) Crea Consejo Nacional de Menores y modifica Ley N° 14.907 (Ley N° 16.520).

- Ministerio de Justicia (16 de enero de 1979) Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica (D.F.L N° 2.465).
- Ministerio de Justicia (02 de abril de 1952) Introduce diversas modificaciones en el Código Civil (Ley N°10.271).
- Historia de la Ley N° 19.585, (10 de agosto de 1993).
- Ministerio de Justicia (09 de junio de 1989) Modifica el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley N° 16.618 (Ley N° 18.802).
- Ministerio de Justicia (21 de abril del 2015) Crea el Acuerdo de Unión Civil (Ley N° 20.830).
- Ministerio de Justicia (05 de agosto de 1999) Dicta Normas sobre Adopción de Menores (Ley N°19.620).
- Ministerio de Justicia (06 de enero de 1934) Establece los derechos y obligaciones referentes a la adopción (Ley N° 5.343).
- Ministerio de Justicia (21 de octubre de 1943) Establece disposiciones sobre la adopción (Ley N° 7.613).
- Ministerio de Justicia (10 de octubre de 1965) Establece la legitimación adoptiva (Ley N°16.346).
- Ministerio de Justicia (10 de mayo de 1988) Dicta normas sobre adopción de menores y deroga la Ley N° 16.346 (Ley N°16.346).
- Ministerio de Justicia (20 de diciembre de 1999) Modifica la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores. (Ley N° 19.658).
- Ministerio de Justicia (18 de marzo de 2000) Aprueba Reglamento de la Ley N°19.620 que dicta normas sobre adopción de menores (Decreto N° 944).
- Ministerio de Justicia (28 de octubre de 2003) Modifica la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre adopción de menores, en materia de competencia de los juzgados de menores (Ley N° 19.910).
- Ministerio de Justicia (21 de junio del año 2011) Modifica disposiciones de la Ley N° 18.314 y otro cuerpo legal, excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad (Ley N° 20.519).
- Ministerio de Justicia (14 de enero del año 2004) Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil (Ley N° 19.927).
- Ministerio de Justicia (31 de agosto del año 2007) Establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se computará desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad (Ley N° 20.207).

- Ministerio de Justicia (20 de agosto del año 2013) Agrava penas y registra beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad (Ley N° 20.685).
- Ministerio de Justicia (13 de agosto del año 2011) Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión material pornográfico infantil (Ley N° 20.526).
- Ministerio de Justicia (07 de diciembre de 2005) Establece un sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (Ley N° 20.084).
- Ministerio de Justicia (01 de junio de 2006) Suspende la entrada en vigencia de la Ley N°20.084 (Ley N°20.110).
- Ministerio de Justicia (16 de junio de 2007) Modifica la Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal (Ley N° 20.191).
- Ministerio de Justicia (25 de julio de 2005) Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename, y su régimen de subvención, (Ley N° 20.032).
- Ministerio de Justicia (27 de agosto de 1994) Establece normas sobre procedimiento y sanciones Relativo a los Actos de Violencia Intrafamiliar, (Ley N°19.325).
- Ministerio de Justicia (15 de septiembre de 2008) Introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia (Ley N° 20.286).
- Ministerio de Justicia (07 de diciembre de 1999) designa al Servicio Nacional de Menores como autoridad central para los efectos contemplados en la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de Adopción Internacional (Decreto N° 2.160).
- Ministerio de Justicia (05 de enero del 2016) Crea la Subsecretaría de Derechos Humanos y adecúa la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (Ley N° 20.885).
- Ministerio de Justicia (18 de diciembre de 2015) Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales (Ley N°20.886)

II. Ministerio de Relaciones Exteriores

Ministerio de Relaciones Exteriores (publicado el 27 de septiembre del año 1990) Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. (Decreto N° 830).

Ministerio de Relaciones Exteriores (16 de febrero del año 2005) Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada Transnacional y sus protocolos contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Decreto N° 342).

Ministerio de Relaciones Exteriores (12 de diciembre del año 2015) Promulga el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un procedimiento de Comunicaciones (Decreto N° 121).

Ministerio de Relaciones Exteriores (22 de julio de 1927) Aprueba la Convención Internacional sobre trata de mujeres y niños (Ley N° 4.142).

Ministerio de Relaciones Exteriores (17 de junio de 1994) Promulga la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños (Decreto N° 386).

Ministerio de Relaciones Exteriores (04 de octubre de 1999) Promulga La Convención sobre la Protección del Niño y cooperación en materia de Adopción Internacional (Decreto N° 1.215).

Ministerio de Relaciones Exteriores (25 de abril de 1934) Código de Derecho Internacional Privado (Decreto N°373).

Ministerio de Relaciones Exteriores (30 de abril del 2002) Promulga la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (Decreto N°24).

Ministerio de Relaciones Exteriores (12 de mayo de 1999) Promulga los convenios N° 87, 98, 105 y 138 Adoptados por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Decreto N° 227).

Ministerio de Relaciones Exteriores (01 de agosto del año 2009) Promulga el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Decreto N° 104).

Ministerio de Relaciones Exteriores (05 de enero del año 1991) Aprueba Convención Americana sobre derechos humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica (Decreto N° 873).

Ministerio de Relaciones Exteriores (14 de octubre del año 2008) Promulga el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (Decreto N° 236).

Ministerio de Relaciones Exteriores (25 de septiembre del año 2009) Modifica Decreto N° 40, de 1996 que establece objetivos fundamentales y contenidos mínimos obligatorios de la Educación básica y fija normas generales para su aplicación (Decreto N° 280).

Ministerio de Relaciones Exteriores (29 de abril del año 1989) Promulga El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. (Decreto N° 778).

Ministerio de Relaciones Exteriores (27 de marzo del año 1989) Promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado por la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile, el 16 de septiembre de 1969 (Decreto N° 326)

III. Ministerio del Interior y Seguridad Pública

Ministerio del Interior Subsecretaria del Interior (05 de diciembre de 1986) ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N°18.575).

Ministerio del Interior (09 de septiembre de 1942) Nueva estructuración de los servicios de la Administración Pública (D.F.L 6-4.817).

Ministerio del Interior (17 de mayo del año 1984) Determina Conductas Terroristas y fija su penalidad (Ley N°18.314).

Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría del Interior (19 de julio de 1990) Crea el Ministerio de Planificación y Cooperación y El Fondo de Solidaridad e Inversión Social (Ley N° 18.989).

Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría del Interior (02 de noviembre del año 2013) Establece el día de la Adopción y del que está por nacer (Ley N° 20.699).

Ministerio del Interior y Seguridad Pública; Subsecretaría del Interior (19 de junio del año 2012) Crea Inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades (Ley N° 20.594).

Ministerio del Interior, Subsecretaría del Interior (15 de abril del 2010) Establece Disposiciones sobre Protección de Refugiados (Ley N° 20.430).

Ministerio del Interior, Subsecretaría del Interior (17 de febrero del año 2011)
Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.430, que Establece Disposiciones
sobre Protección a Refugiados (Decreto N° 837).

IV. Ministerio de Planificación y Cooperación

Ministerio de Planificación y Cooperación (17 de julio del 2002) Crea Consejo
de Ministros para la Infancia y Adolescencia (Decreto N° 114).

Ministerio de Planificación y Cooperación (05 de junio del 2004) Establece
un sistema de protección social para familias en situación de extrema
pobreza denominado “Chile Solidario” (Ley N° 19.949).

Ministerio de Planificación y Cooperación (17 de septiembre del 2009) Crea
el Sistema Intersectorial de protección social e institucionaliza el
subsistema de protección Integral a la Infancia “Chile crece contigo”
(Ley N° 20.379).

Ministerio de Planificación y Cooperación (10 de febrero del año 2010)
Establece normas sobre Igualdad de oportunidades e inclusión social
de personas con discapacidad (Ley N° 20.422).

V. Ministerio del Trabajo y Previsión Social

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (18 de noviembre de 1952) Dispone
el pago de asignación familiar directamente a la mujer (Ley N° 11.051).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (17 de agosto de 1981) Establece
subsidio familiar para personas de escasos recursos y modifica normas
que indica (Ley N° 18.020).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (28 de enero de 1985) Establece
Régimen de pensiones asistenciales para inválidos y ancianos carentes
de recursos (Decreto Ley N° 869).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social (17 de octubre de 2011) Modifica las
Normas sobre la Protección a la Maternidad e Incorpora el periodo
postnatal parental (Ley N° 20.545).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de previsión social
(17 de junio del año 2007) Modifica el Código del Trabajo, en lo relativo
a la admisión al empleo de los menores de edad y al cumplimiento de la
obligación escolar (Ley N° 20.189).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de previsión social
(05 de febrero del año 2005) Regula el peso máximo de carga humana
(Ley N° 20.001).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (16 de enero del año 2003) Fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo (D.F.L N° 1).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (03 de julio del año 2000) Modifica el Código del Trabajo para abolir el trabajo de los menores de quince años (Ley N° 19.684).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (12 de junio del año 2007) Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a la admisión al empleo de los menores de edad y al cumplimiento de la obligación escolar (Ley N° 20.189).

Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo (06 de octubre del año 2011) Prohíbe a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales (Ley N° 20.539).

VI. Ministerio de Hacienda

Ministerio de Hacienda (02 de febrero de 1989) Ley que establece subsidio al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de agua servidas (Ley N° 18.778).

Ministerio de Hacienda (25 de junio de 1995) Autoriza establecimiento de zonas y depósitos francos (Decreto Ley N° 1055).

VII. Ministerio de Educación

Ministerio de Educación (29 de mayo de 2003) Crea subvención educacional pro-retención de alumnos y establece otras normas relativas a las remuneraciones de los profesionales de la educación (Ley N° 19.873).

Ministerio de Educación (27 de agosto de 2011) Sistema Nacional de Aseguramiento de la calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización (Ley N° 20.529).

Ministerio de Educación (Abril del año 2017) Orientaciones para la Inclusión de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en el Sistema Educativo chileno.

Ministerio de Educación (17 de diciembre de 2013) Reforma constitucional que establece la obligatoriedad del segundo nivel de transición y crea un sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor (Ley N° 20.710).

Ministerio de Educación (22 de mayo de 2003) Reforma constitucional que establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación media (Ley N°19876).

Ministerio de Educación (01 de febrero de 2008) Establece Ley de Subvención escolar preferencial (Ley N° 20.248).

Ministerio de Educación (05 de agosto de 2000) Modifica la Ley N° 18.962, orgánica constitucional de enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales (Ley N°19.688).

Ministerio de Educación Pública (10 de marzo de 2000) Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (Ley N°18.962).

Ministerio de Educación (17 de septiembre del 2011) Sobre Violencia Escolar (Ley N° 20.536).

Ministerio de Educación (12 de septiembre del 2009) Establece la Ley General de Educación (Ley N° 20.370).

VIII. Superintendencia de Educación

Superintendencia de Educación (27 de abril del año 2017) Establece Derecho de niños, niñas y estudiantes trans en el ámbito de la Educación.

IX. Ministerio Secretaría General de Gobierno

Ministerio Secretaría General de Gobierno (24 de julio de 2012) Establece medidas contra la discriminación (Ley N° 20.609)

X. Ministerio Secretaria General de la Presidencia

Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (21 de octubre de 1980) Establece La Constitución Política de la República de Chile de 1980. Editorial Jurídica de Chile, V. 13ª, 2001. (Consultado: 20 de octubre del año 2016).

Ministerio Secretaria General de la Presidencia (16 de abril de 2014) Crea Consejo Nacional de la Infancia (Decreto N° 21).

Ministerio Secretaria General de la Presidencia, Subsecretaría General de la Presidencia (1° de diciembre del 2009) Crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (Ley N° 20.405)

SENTENCIAS ANALIZADAS

Excelentísima Corte Suprema de Chile

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala, (14 de abril de 2008),
Sentencia Rol N° 1384-2008.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Sala Civil, (23 de abril de 2015),
Sentencia Rol N° 5276-2015.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala Especial (26 de febrero
del 2018), Sentencia Rol 40678-2017.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Tercera Sala (12 de abril del 2018),
Materia y causa reservada.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Segunda Sala Penal. (16 de mayo del
2018), Apelación Recurso de Amparo, Rol 8689-2018.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Tercera Sala (18 de mayo del 2018),
Sentencia Rol XXX Dato reservado.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala (18 de abril del 2017),
Sentencia Rol 1732-2017.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Segunda Sala (23 de mayo del 2017),
Sentencia Rol N° 99861-2016.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Segunda Sala (04 de octubre del
2016), Sentencia Rol N° 35252-2016.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala (18 de octubre del 2016),
Sentencia Rol N° 35161-2016.

Excelentísima Corte Suprema de Chile. Segunda Sala, (18 de mayo del año
2016) Rol N° 35.532-2015.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala (16 de febrero del 2015),
Sentencia Rol N° 2548-2015.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala (6 de junio del 2016),
Sentencia Rol N° 32128-2015.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, libro Familia, (28 de noviembre del
2014) Sentencia Rol N° 24.308-2014.

Excelentísima Corte Suprema de Chile. Tercera Sala (17 de septiembre del
2013), Sentencia Rol N° 5558-2013.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Sala Criminal. Amparo (21 de noviembre del 2013), Sentencia Rol N° 13.038-2013.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala. (11 de julio del 2013), Apelación Recurso de Apelación, Rol 4466-2013.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Segunda Sala (24 de julio del 2013), Sentencia Rol 2455-2013.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Segunda Sala (14 de septiembre del 2012), Recurso de Apelación Amparo Rol 7018-2012.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Cuarta Sala (24 de mayo del 2012), Sentencia Rol N° 2587-2012.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Sala Civil, (14 de enero del año 2013) Rol N° 7150-2012.

Excelentísima Corte Suprema de Chile, Tercera Sala (23 de diciembre del 2009), Recurso de Apelación Rol 8228-2009.

Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Chile

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. (02 de marzo del 2018), Sentencia Rol 777-2017.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique. Sala Única (28 de mayo del 2018), Sentencia Rol C 50-2018 Familia.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. (14 de febrero del 2018), Sentencia Rol 385-2017.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Protección, (05 de octubre del 2017) Sentencia Rol N° 39.836-2017.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Segunda Sala (16 de junio del 2017), Sentencia Rol 219-2017 Familia.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Segunda Sala (20 de octubre del 2017), Sentencia Rol A 2740-2017 Familia.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca. Primera Sala (18 de abril del 2016), Sentencia Rol 3204-2016 Familia.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Primera Sala (7 de octubre de año 2004) Rol N° 7166 – 2003.

Tribunal de Primera Instancia

Segundo Juzgado de Familia de Santiago, Chile (08 de enero del 2018),
Sentencia Rit C- 7246-2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Almonacid Arellano y otros/Vs Chile (26 de septiembre 2006). Caso N°
12.057.

Caso Atala Riffo y Niñas/Vs Chile (24 de febrero 2012). Resolución de fecha
10 de febrero del 2017. Supervisión de cumplimiento de sentencia.

Tribunal Constitucional Español

Tribunal Constitucional Español, Segunda Sala (25 de noviembre del año
2002). Sentencia 221/2002.

Tribunal Constitucional Español, Primera Sala (30 de enero del año 2006).
Sentencia 17/2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sección 3ª. (20 de septiembre del
año 2016). Sentencia R.23298/12

Tribunal Supremo de España

Tribunal Supremo de España, Sección Civil, (6 de febrero de 2014) Sentencia
247/2014.

Tribunal Supremo de España, Sección civil (13 de febrero de 2015) Sentencia
47/2015.