

SERIE DE
DOCUMENTOS
MATERIALES
DOCENTES



Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el Contexto Judicial

Autores

Francesco
Carretta
Muñoz

Rodrigo
Barcia
Lehmann

Academia
Judicial
de Chile

Diseño y
Diagramación:
Estudio Real
somosreal.cl

Material
docente N° 8
ISBN N°
2021-A-2261
Santiago,
Chile 2020

Autores

Francesco Carretta Muñoz

Doctor en Derecho y profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogado formado en la Universidad Austral de Chile, se desempeña como magistrado en el Juzgado de Familia de Valparaíso y es autor de numerosas publicaciones y ponencias en el ámbito del derecho de familia.

Rodrigo Barcia Lehmann

Doctor en Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid y profesor de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Chile. Abogado formado en la Universidad Central de Chile, posee magísteres en economía y leyes, siendo autor de diversos libros, artículos y ponencias.

Resumen

La elaboración del presente trabajo comprende tres aspectos. El primero de ellos se refiere a la orgánica de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) para la aplicación de los derechos de la convención y forma de control sobre el Estado de Chile (cumplimiento de tribunales). El segundo se refiere al interés superior del niño, niña o adolescente (NNA) como principio de ejercicio autónomo de los derechos de la niñez y adolescencia. Y finalmente, el tercero aborda los derechos particulares de la infancia y adolescencia en la CDN. Así, se desarrollan los mecanismos de cumplimiento de la CDN por parte del Estado de Chile; se desglosan los derechos de los NNA a la luz de la CDN, buscando aplicar por parte de tribunales las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y sobre todo, se desarrolla la forma en que conforme al interés superior del NNA se deben aplicar los derechos de la infancia.

Palabras clave

Derechos del NNA — Convención sobre los Derechos del Niño —
Interés superior del NNA

Índice de contenidos

Tabla de abreviaturas	7
Presentación	8
Introducción	11
1. Génesis de la CDN e influencia en el ordenamiento jurídico chileno	13
2. Estructura y composición orgánica de la Convención	22
3. Órganos que inciden en la aplicación de la Convención	25
3.1 Naciones Unidas	26
3.2 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia	27
3.3 Comité de los Derechos del Niño	28
3.3.1 Informe del Comité al Estado chileno, 1 de junio de 2018	29
3.3.2 Respuesta del Poder Judicial a las recomendaciones del Comité	41
3.3.3 Respuesta del Estado de Chile al informe	43
3.3.4 Pregunta orientadora	44
4. Documentos complementarios	45
5. El análisis y comprensión de los principios contenidos en la CDN	48
6. El interés superior del niño	51
6.1 Orígenes y fundamentos	53
6.2 Jerarquía y consagración normativa	58
6.3 Consagración internacional	59
6.4 Consagración nacional	64
6.5 Problemática del concepto	65
6.6 Delimitación del concepto	66
6.6.1 Los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia como concepto clave en la aplicación de los principios de la infancia, y sobre todo el interés superior	66
6.6.2 Observación General N° 14	68
6.6.3 El interés superior del niño como un derecho	68
6.6.4 El interés superior del niño como un principio	69
6.6.5 El interés superior del niño como una norma de procedimiento	72

6.7	El interés superior del niño en las decisiones judiciales	79
6.7.1	Jurisprudencia nacional	79
6.7.2	Jurisprudencia comparada	80
7.	El principio de no discriminación	87
7.1	Fundamentos	90
7.2	Consagración del principio en el derecho	92
7.3	Jurisprudencia	94
7.3.1	Sentencia caso Y. y B. vs. República Dominicana	94
7.3.2	Sentencia “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)	96
7.3.3	Análisis general de las sentencias	98
8.	El derecho del niño a ser oído	99
8.1	Consagración normativa en el derecho chileno	102
8.2	Condiciones para ejercer el derecho	103
8.3	Conexión entre el derecho del niño a ser oído y la autonomía progresiva	107
8.4	La diligencia de la audiencia reservada: ¿se trata o no de un trámite esencial en el procedimiento?	110
8.5	Las formas de producción de la declaración	112
8.6	La valoración del DNO	114
8.7	El DNO y la ley que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delito sexuales	117
9.	El derecho del NNA a la vida	122
9.1	El ejercicio progresivo de los derechos de la infancia	124
10.	Estudio de los derechos particulares contenidos en la CDN	127
10.1.1	El derecho del niño a ser criado y educado por sus padres: la responsabilidad parental y el deber subsidiario del Estado	129
10.2.1	Explotación sexual comercial infantil (ESCI)	139
10.2.2	Situación de los NNA migrantes	142
10.2.3	Niños y adolescentes frente a la persecución de la responsabilidad penal por el Estado	147
10.2.4	Secuestro internacional de menores	148
10.2.5	Protección del NNA respecto de sus propios padres	151

10.2.6. Protección de la salud del NNA	152
10.3.1 El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del NNA	154
10.3.2 La libertad de expresión, asociación, reunión pacífica y vida privada	155
Glosario	162
Bibliografía	163

Tabla de abreviaturas

CDN	:	Convención de los Derechos del Niño
CIDH	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
ECHR	:	Corte Europea de Derechos Humanos
OG	:	Observación General de Naciones Unidas
NNA	:	Niños, niñas y adolescentes
AP	:	Autonomía progresiva
DNO	:	Derecho del niño a ser oído
LTF	:	Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia
CAJ	:	Corporación de Asistencia Judicial
UN/ONU	:	Organización de las Naciones Unidas

Presentación

Este trabajo tiene dos objetivos relevantes. El primero es ser un texto de estudio para la Academia Judicial en sus cursos no presenciales; el segundo, ser una obra que permita, a partir de la CDN, resolver casos prácticos desde la judicatura. Fuera de la estructura del presente trabajo —que se desprende de su índice—, la idea es que, sobre la base de un sistema jurídico articulado a partir de normas, reglas y fundamentalmente principios, los jueces puedan aplicar el derecho de la infancia con unos altos estándares de coherencia y certeza. También hemos intentado llevar a cabo un trabajo que sea esquemático, combinado con videos y lo suficientemente ágil para mantener la atención del lector.

La dogmática de la infancia, a partir de la CDN, ha adquirido una densidad sorprendente. Parte de esta densidad se debe que el derecho de la infancia y adolescencia moderno —o posmoderno si se quiere— se articula por principios, más que por normas o reglas. Y, qué duda cabe, el principio rector de la CDN es el interés superior del NNA. Pero ello no quiere decir que los jueces puedan ser imprecisos o incluso arbitrarios en sus decisiones. Los principios se articulan conforme a lo que en este trabajo, siguiendo al derecho comparado, se denomina como cláusulas generales (lo mismo sucede en materia de contratos con la buena fe). Un principio, para ser aplicado, debe subsumir un supuesto fáctico —que el juez dilucida a través de la prueba— en un criterio o criterios concretos, que están presentes en los principios. Este ejercicio lo hacemos recurrentemente en el presente trabajo, para que los jueces se vayan entrenando en esta técnica.

La primera parte del presente texto se centra en la CDN, su origen, discusiones que generó la aprobación del proyecto y las dos aristas fundamentales de este instrumento internacional. La primera está dada por la clásica concepción del derecho de la infancia como un derecho protector respecto de NNA vulnerables. Este es un mecanismo muy relevante en la convención y a este efecto hemos hecho una referencia exhaustiva a un procedimiento de investigación respecto de eventuales violaciones graves o sistemáticas del Estado de Chile de los derechos enunciados en la CDN. Ello, con respecto a un importante porcentaje de niños, niñas y adolescentes bajo tutela del Estado. Dicho procedimiento da lugar a un informe contrario a Chile, de fecha 1 de junio de 2018, lo que nos permite darnos cuenta

que la CDN en realidad da lugar a un proceso monitorio respecto de los deberes contraídos por los Estados Partes. La CDN comparte, con los instrumentos que le precedieron, esta mirada asistencial o proteccional propia del derecho de la infancia.

Junto a esta arista, se desarrolla una segunda concepción de este principio, que lo entiende como un criterio fundamental para ejercer los derechos que se desprenden de la propia convención. Para el logro de este objetivo se analiza la génesis de la convención e influencia en el ordenamiento jurídico chileno; su estructura y composición orgánica (órganos que inciden en la aplicación de la convención como la propia Naciones Unidas, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef, y el Comité de los Derechos del Niño).

En cuanto a los aspectos sustantivos de la CDN, se recurre a los principios contenidos en ella, y naturalmente a su principio matriz: el interés superior del niño (se abordan sus orígenes y fundamentos; jerarquía y consagración normativa; y su consagración internacional y nacional). La problemática que presenta este principio se trata de solucionar conforme a la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (interés superior del niño como un derecho; como un principio y como una norma de procedimiento). Y en esta parte nos detenemos para analizar el ejercicio de los derechos de los NNA para ante la autoridad (derecho a defensa, derecho del niño a expresar su propia opinión, etcétera). A este respecto, se hacen varias aplicaciones de este principio (a través de casos y preguntas abiertas).

También se analiza el principio de no discriminación en torno a sus fundamentos, consagración y aplicación. Por su importancia, se aborda el derecho del niño a ser oído, su consagración normativa en el derecho chileno; condiciones para ejercer el derecho; conexión con la autonomía progresiva, y las formas de producción de la declaración y su valoración. Asimismo, se analiza el derecho a la vida del NNA y sus principales manifestaciones (se relaciona este derecho con el ejercicio progresivo de los derechos de la infancia, y se realiza un estudio de los derechos particulares contenidos en la CDN, como el derecho a la supervivencia y el desarrollo), y se efectúa un completo análisis del derecho a la protección de los NNA (explotación sexual comercial infantil, ESCI, la situación de NNA migrantes, los niños y

adolescentes frente a la persecución de la responsabilidad penal por el Estado, el secuestro internacional de menores, etcétera). Finalmente, se aborda el derecho a la participación (libertad de pensamiento, conciencia y religión del NNA y la libertad de expresión, asociación, reunión pacífica y vida privada).

La Convención sobre los Derechos del Niño posee una serie de vértices que es necesario analizar y precisar. Su punto de inicio se gesta en Chile el año 1990, cuando es incorporada al ordenamiento jurídico nacional.

Introducción

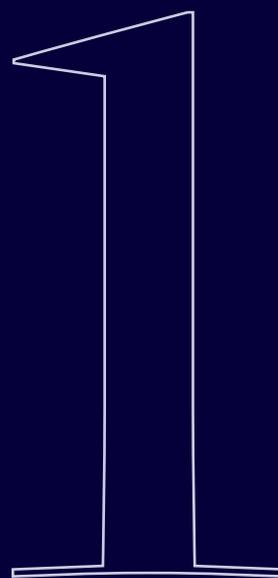
La Convención sobre los Derechos del Niño posee una serie de vértices que es necesario analizar y precisar. Su punto de inicio se gesta en Chile el año 1990, cuando es incorporada al ordenamiento jurídico nacional y desde entonces ha motivado una serie de cambios en instituciones jurídicas de toda índole.

El problema que se ha detectado con su implementación se centra en su principio rector, el interés superior del niño. Este se ha ido desperfilando en favor de interpretaciones demasiado laxas y extensas que van de la mano con el conocido paternalismo jurídico. No obstante, sobre esto hay que tener en cuenta dos cosas. Por una parte, el Comité de los Derechos del Niño, alertado por esa situación, se ha encargado de ir precisando varios aspectos, y por la otra, la CDN en su conjunto es más que su principio rector. Una comprensión cabal e interrelacionada de esta a la luz de los otros principios y derechos que contiene permite desentrañar con mayor precisión y lucidez lo que el interés superior del niño significa. También se debe destacar, respecto de la evolución de la CDN, que ella tiene dos fuentes relevantes.

Por una parte, la convención tiene su origen en un proyecto que presentara Polonia el 7 de febrero de 1978. La propuesta de ese país consistía en 19 artículos, muy centrados en aspectos procedimentales. La visión polaca se fundamentaba en el antiguo derecho de menores y llevó a que Naciones Unidas revisara el proyecto y lo modificara sustancialmente¹. El gran aporte del trabajo efectuado por ONU, después del proyecto de Polonia, fue no sólo sustentar la convención únicamente en la protección de la infancia –cosa que hacía el proyecto de Polonia–, sino que centrarlo en el desarrollo de los derechos de la infancia.

1 Por esto, la Comisión de Derechos Humanos creó un grupo de trabajo compuesto básicamente por 48 de los Estados miembros de la Comisión de Derechos Humanos y un gran número de ONG. NU fue cuidadosa en la negociación de este proyecto, lo que explica su rápida aprobación. De los dos países que no habían aprobado este instrumento desde su inicio, sólo queda en la actualidad EE. UU.

Metodológicamente, el punto esencial de este trabajo es que ha sido hecho tomando en cuenta la decisión judicial como foco principal de atención. Esto quiere decir que sus autores se han esforzado en tratar de imaginar cuáles serían las herramientas necesarias que deberían ponerse sobre la mesa para la aplicación de la convención por los jueces en la resolución de casos jurídicos problemáticos. En ese sentido, se ha estimado que la mejor sistematización para ese fin es analizar la CDN desde cuatro eslabones: (i) la comprensión de su génesis e influencia; (ii) el conocimiento de su faceta orgánica; (iii) el análisis y comprensión de sus principios, y (iv) la enumeración y el estudio de sus derechos particulares, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia.



Génesis de la CDN e influencia en el ordenamiento jurídico chileno

La génesis del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño debe analizarse a la luz de todos los tratados internacionales que la precedieron. En estos se aprecia una progresión en el fortalecimiento de los derechos de la infancia, desde la transitoria declaración de derechos del niño de 1924, que evolucionó a un texto más completo en 1959, hasta el corpus detallado y efectivo que constituye la convención a fines del siglo XX.

Naturalmente, esto es parte de un fenómeno de consolidación internacional de las políticas de protección infantil que se cristalizaron en los referidos documentos. Esta se gestó a partir de varios hechos dramáticos para los derechos de la niñez acaecidos durante dicha centuria². Estos son, por ejemplo, las guerras mundiales, las hambrunas y el trabajo infantil a raíz del fenómeno de la industrialización; dado que tuvieron un alcance mundial, hicieron despertar la conciencia de la humanidad en cuanto al benéfico trato que debían recibir los NNA dada su especial condición. Es por ello que, según lo han señalado algunos autores, la convención representa un consenso de las diversas culturas sobre el trato adecuado que se le debe dar a un niño³. En este sentido, destacamos la importancia de esta convención que puso de acuerdo a países con culturas, religiones y sensibilidades totalmente diferentes en temas complejos que afectan a la familia.

En Chile, a la par del acontecer mundial, también se observa una progresión. Las primeras leyes donde se aprecia una particular preocupación de la infancia son aquellas que comienzan a promulgarse a principios del siglo XX. El fenómeno de la “cuestión social” de aquel tiempo dejó al descubierto la tremenda vulneración de derechos de los NNA que motivó su dictación⁴. Estas leyes, en principio y como era de esperar, respondieron a las necesidades más elementales que los niños pueden reclamar respecto de sus padres. Vale decir, las necesidades de contar con el sustento necesario para su sobrevivencia. Esto se unía al estatuto desigual que recibían los NNA según la legislación que los segregaba en hijos legítimos e ilegítimos, cuyo

2 Véase: DÁVILA y NAYA (2006).

3 CILLERO (2007).

4 VALDIVIESO (2006), p. 69.

trato era decididamente desigual, a pesar de que provenían de un mismo progenitor. Los beneficios se reportaban sólo para aquellos que nacían al amparo del matrimonio de sus padres, mientras que los otros no eran protegidos por el derecho.

Las crónicas dan cuenta de que el 35 por ciento de los nacimientos en esa época correspondía a hijos ilegítimos⁵. Por cierto, el Código Civil en ese entonces poseía un enfoque patrimonialista de las cuestiones relacionadas a la infancia, que no daba solución a ellas, más bien las amparaba. Y, en este contexto, la cónyuge y los hijos se encontraban sometidos a la figura del marido y al padre, respectivamente. La mujer estaba en una situación de dependencia del marido a través de la potestad marital, y los hijos se encontraban sujetos a la autoridad del padre mediante la patria potestad.

Respecto de los niños, en 1912 se crea un estatuto específico de protección de los derechos de la niñez. Se trata de la Ley N° 2.675 sobre Protección a la Infancia Desvalida, la que si bien contiene un conjunto incipiente y reducido de normas, se puede estimar como el primer estatuto legal de protección de la infancia en Chile.

A la par, en el derecho comparado se promulga la Declaración de Ginebra de 1912 y, más tarde, el Decálogo de los Derechos del Niño de Montevideo, de 1927, que Chile suscribió y que presumiblemente influyeron para que en 1928 se dictara la Ley N° 4.447 de protección de menores, precursora de la actual Ley de Menores, N° 16.618, de 1967.

En cuanto a la tutela del pago de los alimentos, hubo un avance desde la Ley N° 5.750 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, de 1935, hasta la Ley N° 14.908, del mismo nombre, que rige hasta estos días. La Ley N° 19.585/1998 sería la que marcaría un cambio en la noción de la niñez. Conocida como la Ley de Filiación, terminaría con la clasificación de los hijos como legítimos, ilegítimos y naturales, dando lugar sólo al estado civil de hijo. Aun así, se

mantendría la categoría de hijo matrimonial y no matrimonial con relación al matrimonio. Chile fue el último país en Latinoamérica en establecer la igualdad de los hijos, lo que denota, más allá de lo ocurrido en el último tiempo, el nivel de la deuda que como país tiene con la infancia.

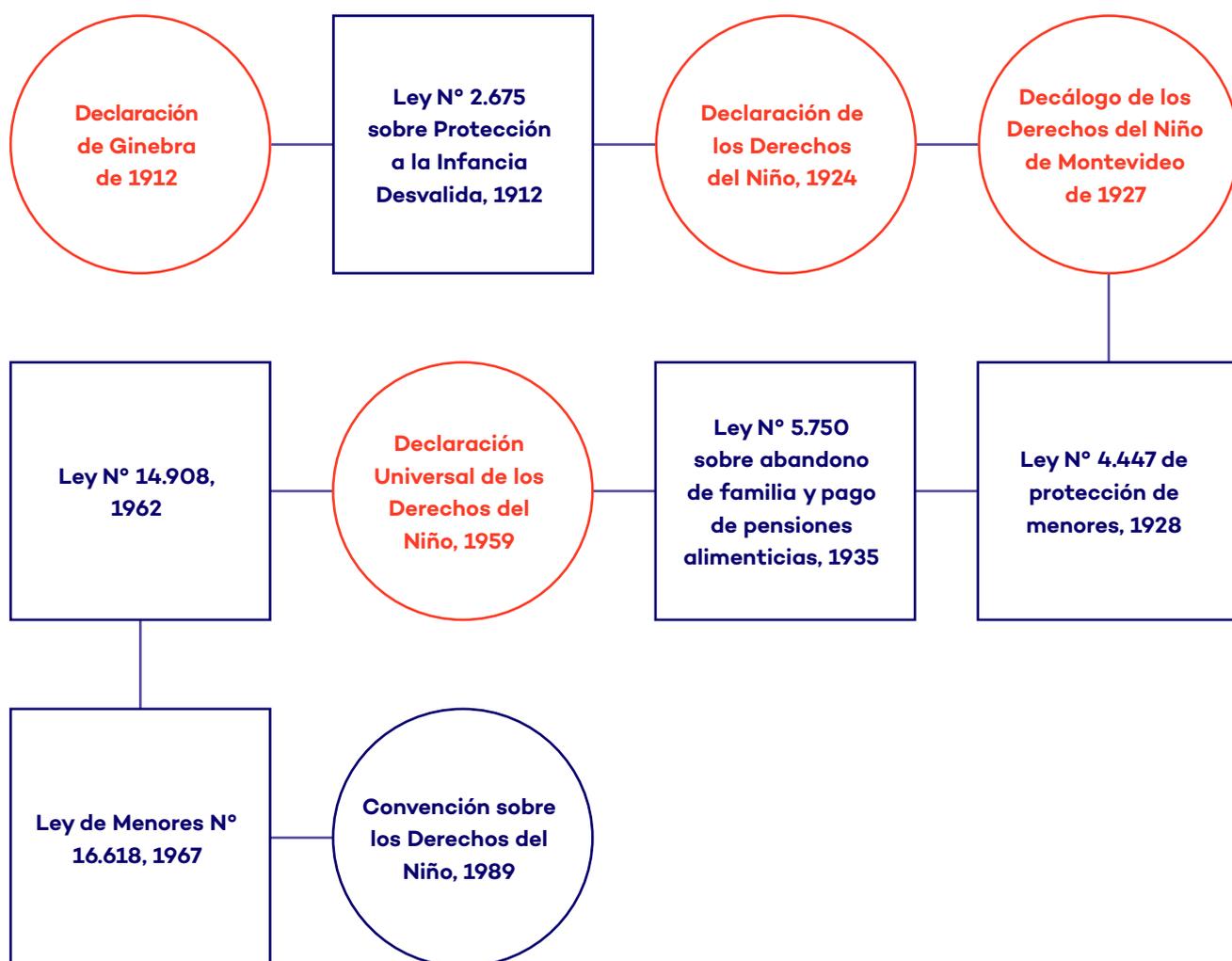


Figura 1

Sin embargo, en ese periodo de la historia chilena la defensa por los derechos de la infancia no sólo provenía de la legislación. Gabriela Mistral y toda su influencia, en el devenir político y social de su país y el mundo, mostraban una gran preocupación por este tema. Prueba de ello es la ponencia que elabora la poetisa para la Primera Convención Internacional de Maestros, celebrada en Buenos Aires en 1928, que trata lo que para ella eran los derechos de la infancia. La belleza de su exposición merece ser consignada en el siguiente fragmento⁶:

1. “Derecho a la salud plena, al vigor y a la alegría’. Lo cual significa derecho a la casa, no solamente salubre, sino hermosa y completa; derecho al vestido y a la alimentación mejores. La infancia servida abundante y hasta excesivamente por el Estado, debería ser la única forma de lujo –vale decir, de derroche– que una colectividad honesta se diera, para su propia honra y su propio goce. La infancia se merece cualquier privilegio.
2. ‘Derecho a los oficios y a las profesiones’. Pero no en la forma empequeñecida en que se dan en nuestros países los primeros, por maestros inferiores que no han dominado el lote maravilloso de una artesanía o de un arte mecánica; ni en la forma en la que se abren las profesiones liberales, que están desprestigiándose rápidamente por la falta de selección de los alumnos. Derecho de la inteligencia, salga ella de la casta que salga, actuar, a dirigir, a gobernar las sociedades. Derecho de la inteligencia a ser defendida, protegida, excitada, confortada y acatada por un estado sagaz y atento que no la abandone ni la desperdicie.
3. ‘Derecho a lo mejor de la tradición, a la flor de la tradición, que en los pueblos occidentales es, a mi juicio, el cristianismo. Derecho a la herencia de Jesucristo, de la que ninguna criatura de nuestra raza puede quedar desposeída.
4. ‘Derecho del niño a la educación maternal’, a la madre presente, que no debe serle arrebatada por la fábrica o por la prostitución a causa de la miseria. Derecho a la madre a lo largo de la infancia, a su ímpetu de sacrificio que no ha sido equiparado ni por el celo

6 Disponible en http://www.gabrielamistralfoundation.org/web/index.php?option=com_content&task=view&id=136&Itemid=145

de la mejor maestra. Cuando menos, si la madre debe trabajar, derecho a que el niño la tenga a su alcance por medio del trabajo en el hogar.

5. ‘Derecho a la libertad, derecho que el niño tiene desde antes de nacer a las instituciones libres e igualitarias’. Los adultos que en nuestros países están en este momento alquilando con la riqueza nacional la independencia del territorio, y que a la vez aceptan y afianzan con cada día que pasa los regímenes de tiranía, comprometen, inconsciencia o inconscientemente, la suerte de los niños que vienen, del hijo propio como del ajeno, y van a entregar a la nueva generación una patria disminuida en el espíritu y con su honra menguada delante de los demás pueblos soberanos de sí mismos.
6. ‘Derecho del niño sudamericano a nacer bajo legislaciones decorosas’, que no hagan pesar sobre él durante toda su vida la culpa de sus padres, sino bajo códigos o profundamente cristianos o sencillamente sensatos, como los de Suecia, Noruega y Dinamarca, en que el Estado acepta al hijo de la madre desgraciada como un miembro más del cual espera, al igual que de los otros, cooperación y enriquecimiento. Así recibió Chile ni más ni menos que el don de su independencia de don Bernardo O’Higgins.
7. ‘Derecho a la enseñanza secundaria y a parte de la superior’, en forma semiautodidáctica, la que debe ser facilitada y provocada por el Estado, a fin de que la cultura del obrero y del campesino sean posibles. Con esto podría buscarse en las democracias que están en peligro el que el ciudadano dotado de criterio más rico mejore la calidad de sus representantes, salvando así al sistema de gobierno popular que comienza a envilecerse y a perder consideración en la América”.

Pero estas leyes dispersas, aunque pujaron fuertemente hacia un cambio, aún no lograban la completitud, efectividad y publicidad que logra un corpus de leyes bien compactado y sistematizado, con jerarquía supraconstitucional, principios específicos y una política general de protección y desarrollo de los derechos de la infancia. Ello se logró a nivel supraconstitucional en 1990, con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debe haber una simetría entre las normas de la CDN y del derecho interno del Estado Parte que la ratifica. Esto impulsa las reformas necesarias en el ordenamiento nacional que produce una evolución de los derechos de la infancia.

Esta convención daría lugar a un proceso acelerado de protección mediante el engranaje que mueve dicho tratado. Así, se fija el rumbo hacia la coordinación de las leyes nacionales con los principios y normas contenidos en la CDN, mediante los informes periódicos que Naciones Unidas efectúa respecto a los reparos que hace a los Estados suscriptores del pacto. En efecto, a la luz del tratado, ese organismo efectúa reparos sobre las leyes y políticas de protección a la infancia que no se ajustan a él. Es importante señalar esto porque, según lo ha precisado el Comité en la Observación General N° 5 de 2003, el Estado que ratifica la convención asume la obligación de aplicarla⁷.

Esto quiere decir que debe adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole” para la vigencia de los derechos reconocidos en la CDN. En buenas cuentas, significa que debe haber una simetría entre las normas de la CDN y del derecho interno del Estado Parte que la ratifica. Si esto no es así, el Estado Parte debe encaminarse en un proceso de ajuste, para lo que los informes periódicos y las observaciones particulares juegan un papel esencial en la fiscalización de que este aspecto se cumpla. También se ha comenzado a imponer en Chile un control de convencionalidad de las normas inferiores respecto de la CDN, aplicada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia⁸.

Uno de los temas que se recalcará en el presente trabajo es la necesidad de que los jueces, en la aplicación del derecho, revistan altos estándares de coherencia y certeza. Ello por cuanto el derecho de la infancia se aplica conforme a principios y, por tanto, exige una aplicación no arbitraria del derecho por parte de los jueces. Esto se puede evidenciar en Chile, donde el panorama sobre la protección a los derechos de la infancia, según dio cuenta el primer informe del Comité de los Derechos del Niño, era bastante sombrío. Existían, a 1989, estatutos desiguales para los NNA y tribunales de menores

7 Observación General N° 5, p. 2.

8 En Latinoamérica este tema ha sido una de las principales preocupaciones de la doctrina. Hay distintos autores que discuten en torno al alcance, legitimidad y limitaciones del control de convencionalidad. NASH (2013), pp. 489-509; OLANO (2016), pp. 61-9; CASTILLA (2019), pp. 87-125.

que fallaban en procedimientos escritos, sin forma de juicio, en que el juez no estaba guiado por la inmediación y donde tampoco se aseguraba el derecho de los NNA a ser escuchados⁹.

A partir de ahí, el Estado chileno ha asumido la incorporación de varias reformas y las más significativas son dos. En 1999, la Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación terminando con la odiosa distinción, ya mencionada líneas arriba, entre hijos legítimos e ilegítimos, en un paso trascendental al derecho de igualdad, la no discriminación y la identidad a través de la libre investigación de la paternidad¹⁰. Y, el año 2004, la Ley N° 19.968 crea los Tribunales de Familia, en lo que constituye un hito notable en la tutela judicial de los derechos de la infancia.

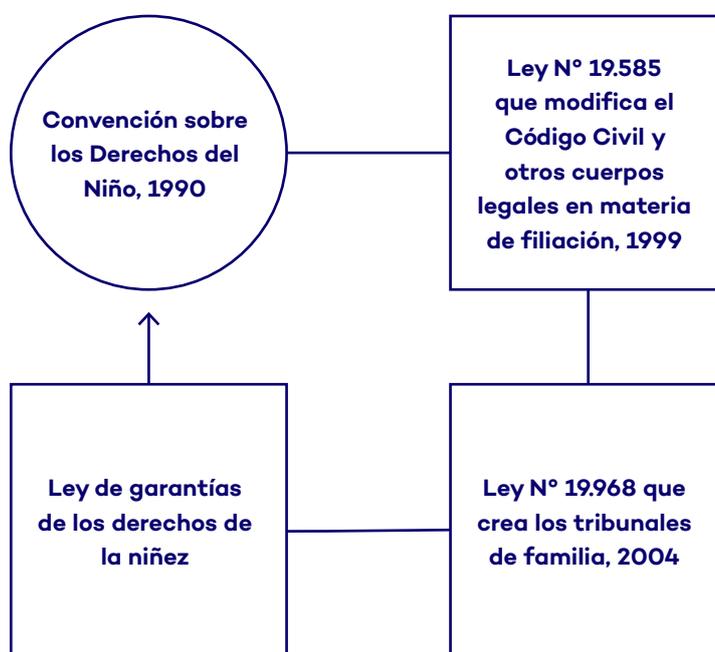


Figura 2

9 TURNER, 2002.

10 ETCHEBERRY, VELOSO, y MUÑOZ (1999), pp. 7-8.

Si lo dicho hasta aquí se observa en abstracto, se aprecia una suerte de sincronía entre las leyes internacionales y las nacionales y como estas últimas se van adecuando a las primeras mediante su influjo. Luego, subiendo un escalón más arriba, se apreciarán periodos. El primero, ya expuesto al inicio de este acápite, comienza en 1912 y finaliza en 1989 con la firma por parte del Estado chileno de la CDN, sepultando la política de “los niños en situación irregular” (véase figura 1) para dar inicio al segundo periodo, que comienza el año 1990 con la ratificación en Chile de dicha convención, lo que inaugura la política de “protección integral a los derechos de la niñez” actualmente en curso.

Esto calza mucho con la descripción de la historia que hace Spengler, quien la veía como una estructura morfológica sometida a constantes ciclos, por lo que es de esperar que el actual culmine para que comience otro. Probablemente, en Chile, lo haga con la ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (véase figura 2).



Estructura y composición orgánica de la Convención

La convención se articula en base a principios rectores cuyo influjo descende a cuatro categorías de derechos. Este orden se basa en la necesidad de que el operador encargado de la ejecución no pierda de vista que la aplicación/interpretación de la CDN siempre debe hacerse de manera integral.

La convención se articula en base a principios rectores cuyo influjo remonta a cuatro categorías de derechos. Este orden se basa en la necesidad de que el operador encargado de la ejecución no pierda de vista que la aplicación/interpretación de la CDN siempre debe hacerse de manera integral. Esto significa que no se debe tomar un artículo o un derecho aisladamente para la solución de un caso, sino que deben interrelacionarse principios y normas para tal labor. Por lo demás, no se debe perder vista el hecho de que cualquier problema de la infancia siempre posee varias aristas, que involucran la afectación de más de un derecho.

Supóngase un problema de cuidado personal. El foco del asunto estará puesto en el bienestar del NNA y el lugar donde aquello resulta afianzado de menor manera. Sin embargo, para llegar a ese resultado el juez deberá previamente haber analizado el derecho del NNA a ser oído, la autonomía progresiva, a lo que seguramente se unirá el derecho a mantener la relación directa y regular con el padre no custodio –que se debe aplicar conforme a la corresponsabilidad– y el derecho de alimentos que a su vez este debe solventar. El interés superior del niño no será un sólo patrón, sino la suma de todos los parámetros presentes en el caso, en aras del bienestar del NNA.

Los principios rectores de la convención que serán analizados más adelante son el interés superior del niño, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el derecho del niño a ser oído¹¹ (véase figura 3). También debemos considerar que la CDN, por tratarse de un instrumento de derechos humanos, es una convención de mínimos. De esta forma, exige que en la integración e interpretación del derecho, los derechos de la infancia y la protección de esta se aplique de forma progresiva.

11 Observación General N° 12, p. 5.

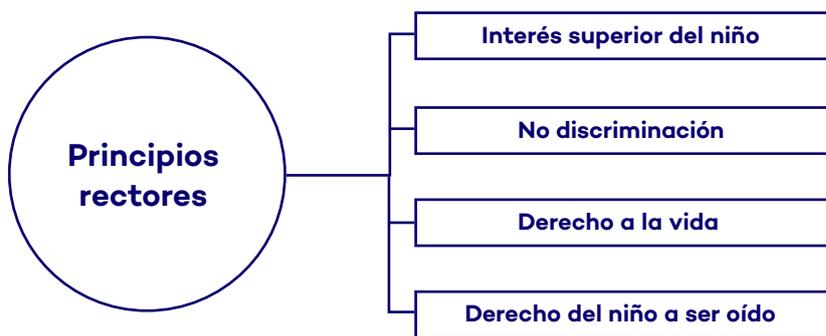


Figura 3

Estas cuatro directrices iluminan todo el espectro normativo, que puede sistematizarse a su vez en tres grupos de derechos específicos: (i) los derechos relacionados a la supervivencia y el desarrollo, (ii) los vinculados a la protección, y (iii) los concernientes a la participación. No hay un orden jerárquico entre ellos y deben apreciarse al igual que los principios, de manera interrelacionada.

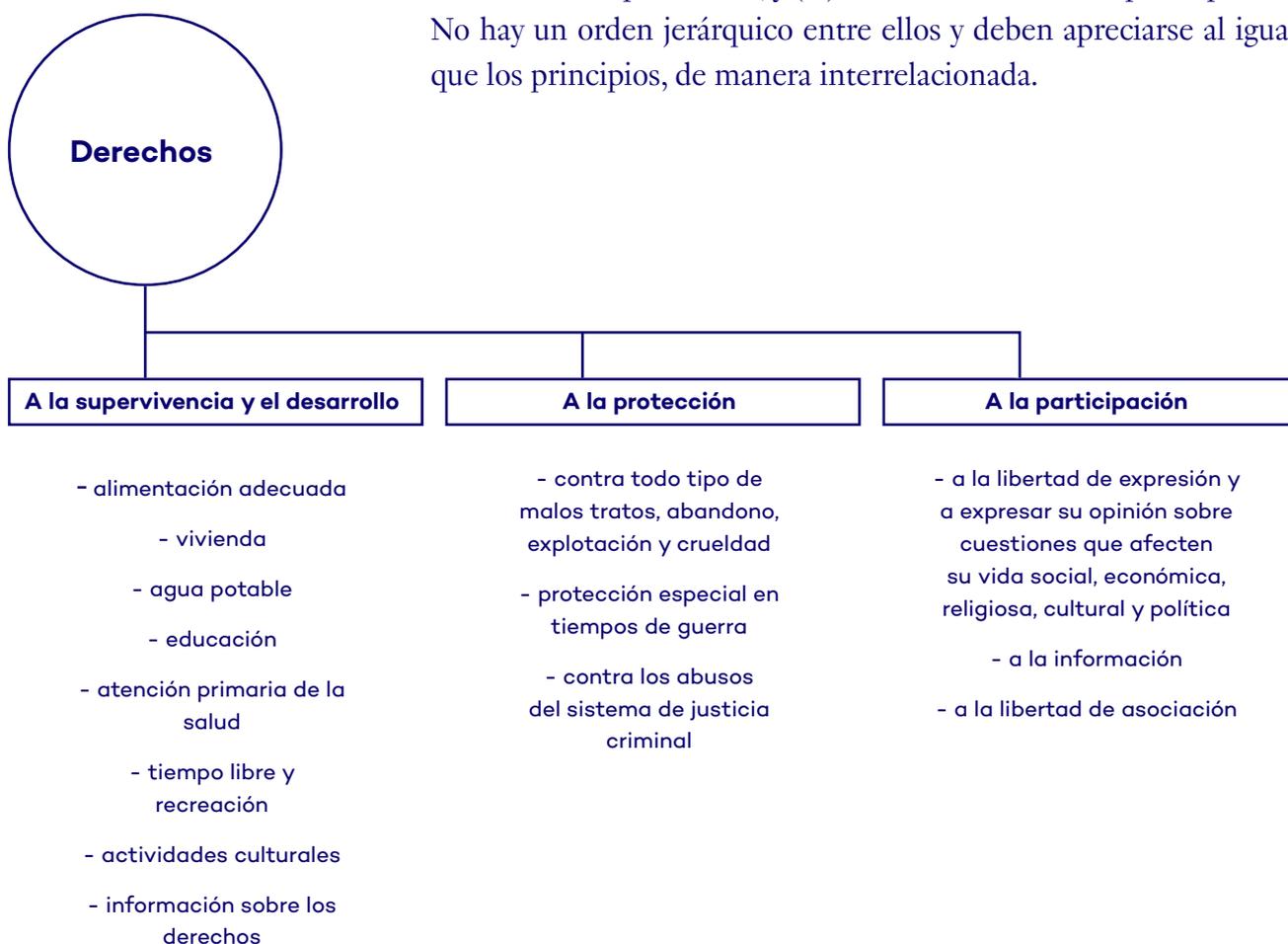


Figura 4

3

Órganos que inciden en la aplicación de la Convención

Todos los organismos que se describen
a continuación tienen como
función la expedita aplicación de la CDN.

3.1 Naciones Unidas

A partir de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se crea este organismo internacional cuyos múltiples objetivos apuntan a preservar la paz en el mundo. A partir de su principal órgano, que es la Asamblea General, en 1989 se crea la Convención sobre los Derechos del Niño y su órgano ejecutor, que es el Comité de los Derechos del Niño. El secretario general de esta institución es el encargado de “proporcionar el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de las funciones del Comité”¹².

3.2 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

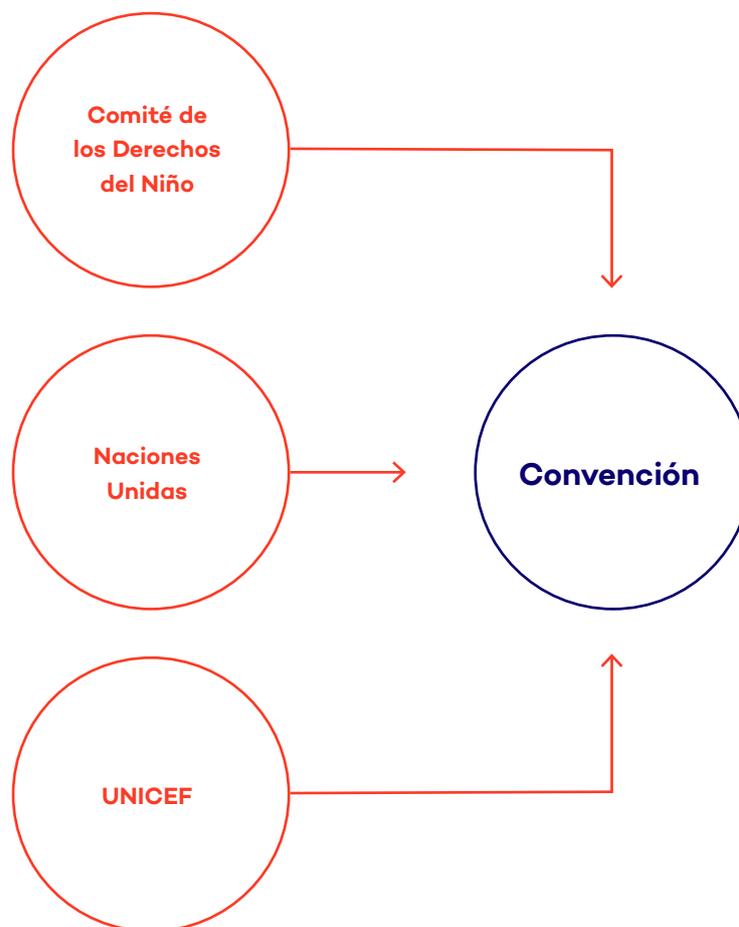
Es conocido por su sigla en inglés Unicef y, como su nombre lo indica, es un fondo creado por UN para “promover iniciativas que permitan a todos los niños el mejor comienzo en la vida, dado que una adecuada atención desde una edad temprana constituye la base más sólida del futuro de una persona”¹³.

Parte como una ayuda a los niños afectados por la Segunda Guerra Mundial y luego se convierte en un organismo permanente de Naciones Unidas. Como tal, hoy cumple una labor específica en la protección de la infancia y se rige por lo estipulado en la CDN.

3.3 Comité de los Derechos del Niño

Es el organismo contralor de la CDN que depende de Naciones Unidas. Conforme al artículo 43 del tratado, su rol es el de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes de la convención. Está integrado por 10 expertos independientes que son elegidos por votación de una lista de personas designadas por dichos estados. Duran cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos.

Los informes sobre las medidas que los Estados Partes implementan para cumplir con las exigencias de la CDN en sus ordenamientos internos se hacen directamente al Comité.



3.3.1 Informe del Comité al Estado chileno, 1 de junio de 2018

El Comité de los Derechos del Niño efectuó una investigación sobre eventuales violaciones graves o sistemáticas, por parte del Estado de Chile, de los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño con respecto a un importante porcentaje de niños, niñas y adolescentes bajo tutela del Estado.

El organismo emitió el informe de dicha investigación el 1 de junio de 2018 y el Estado de Chile, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, accedió a su publicación a fines del mes de julio. Este informe fue la conclusión de un procedimiento que se inició por un requerimiento, seguido de una serie de observaciones al Comité presentadas por el Estado chileno en 18 de mayo de 2017¹⁴. En virtud de estas observaciones y apreciando toda la información proporcionada, el Comité decidió “realizar una investigación confidencial sobre la potencial violación grave o sistemática de diversas disposiciones de la Convención con respecto a un importante porcentaje de NNA bajo tutela del Estado Parte, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 13 del Protocolo facultativo y en el artículo 36 de su Reglamento, y designar a tal efecto los señores Jorge Cardona

14 El procedimiento se activó ante mediante una solicitud de investigación en relación a la situación de los niños, niñas y adolescentes (NNA) privados de entorno familiar que se encuentran en centros residenciales de Chile bajo control directo o indirecto del Servicio Nacional de Menores (SENAME), de 22 de julio de 2016. Los hechos descritos indicaban una posible violación grave y sistemática de los derechos enunciados en la convención. Dicha información fue completada con documentos oficiales del SENAME, de la Cámara de Diputados y de la Fiscalía, que se hicieron llegar al Comité. Ello constituyó, conforme a la reglamentación interna del Comité, una información fidedigna de violaciones graves o sistemáticas, por un Estado Parte, de los derechos enunciados en la convención o en sus protocolos facultativos, y en virtud de dicho informe se invita al Estado de Chile a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, presentar sin dilación sus observaciones al respecto (artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones y artículo 35 del reglamento del Comité). El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado Parte del que se trate, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presenten un informe con carácter urgente. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado Parte implicado, la investigación podrá incluir una visita al territorio de este. Véase <http://decs.pjud.cl/comite-de-los-derechos-del-nino-de-las-naciones-unidas-presenta-informe-sobre-resultados-del-procedimiento-de-investigacion/>

y José Rodríguez Reyes, miembros del Comité, para llevarla a cabo”. Por su parte, el Estado de Chile parte autorizó la visita de los dos expertos designados por el Comité¹⁵.

En su informe, el Comité de los Derechos del Niño da cuenta, en primer lugar, de violaciones a obligaciones del Estado de Chile derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño y relativas a los NNA privados de entorno familiar. Las obligaciones señaladas son:

i. No discriminación (artículo 2 de la CDN): el informe concluye que los NNA son internados en centros residenciales pobres del SENAME dadas las “condiciones socioeconómicas deficitarias” de los NNA. Y señala: “25. El Comité estima que el Estado Parte viola el artículo 2 de la Convención por permitir que NNA ingresen al sistema residencial por razón de carencias económicas, sin que los Tribunales de Familia activen la ayuda material que requiera la familia para otorgarles el cuidado adecuado, privilegiando la internación sobre otras modalidades de atención y limitando la atención y enfoque en soluciones alternativas a la internación como medida de intervención”.

15 El informe señala que los referidos expertos, en sus visitas (a Santiago y Valparaíso), recabaron la siguiente información: “17. Los programas residenciales están destinados a la atención de NNA carentes de entorno familiar adecuado. A finales de 2016 el número de NNA ingresados en centros residenciales era de 14.245. Aunque existen 15 tipos diferentes de centros residenciales, estos pueden ser clasificados en dos grandes grupos: Centros Residenciales de Administración Directa (CREAD), administrados por el SENAME, y Organismos Colaboradores Acreditados Subvencionados (OCAS), centros residenciales de administración privada y subvencionados por el SENAME. Existen en todo el país 11 CREAD y aproximadamente 240 OCAS. Este último sistema de tercerización se realiza a través de licitaciones públicas y es mayoritario, pues en 2016 el número de NNA ingresados era de 11.492 en OCAS y 2.753 en CREAD. 18. Junto a los CREAD y los OCAS, existe una figura denominada “organismos coadyuvantes” que son centros privados no acreditados por el SENAME y respecto de los cuales el SENAME no ejerce ningún control. Estos centros no están regulados jurídicamente, pero están tolerados por el poder judicial que envía NNA a los mismos por inexistencia de plazas en CREAD y OCAS. En agosto de 2016 había 405 NNA en estos centros. 19. Corresponde exclusivamente a los tribunales de familia, creados por la ley 19.968 de 2008, la competencia para separar al NNA de su familia biológica o de quien tenga su custodia legal y derivarlo a una residencia como medida excepcional y transitoria cuando no exista otra alternativa de cuidado en el medio familiar. La dirección del SENAME tiene el deber de denunciar ante los tribunales aquellos hechos que pudiesen poner en peligro a algún NNA institucionalizado, solicitar al tribunal la adopción de medidas y ser parte en los procesos. 20. Las advertencias y denuncias sobre el mal funcionamiento y la vulneración de derechos en los centros de protección son de larga data. Entre ellos destacan el Informe Jeldres de 2013; el Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados sobre el SENAME de 2013; las actas de comparecencia y documentos presentados a la Segunda Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados sobre la situación de SENAME entre 2016 y 2017; o el Informe INDH de 2018. 21. El Comité manifestó su preocupación al respecto y formuló recomendaciones sobre el sistema de protección en sus Observaciones Finales a Chile de 2002 (CRC/C/15/Add.173, párr. 35 y 36), y de 2015 (CRC/C/CHL/CO/4-5, párr. 54)”.

ii. Interés superior del niño (artículos 3.1 y 25 de la CDN): respecto del Poder Judicial, el informe señala: “27. La decisión de separar un NNA de su familia debe ser la última alternativa a considerar respecto a la posibilidad de mantener al NNA en su medio familiar inmediato o en su familia extensa. Sin embargo: a) Los jueces dan limitada consideración a acciones sociales con respecto a la familia para parar la situación de vulneración de derechos del NNA y evitar la separación; b) La frecuente ausencia de motivación suficiente de las sentencias, impide conocer los elementos considerados, la ponderación entre los mismos, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinación del interés superior del niño como consideración primordial de la decisión adoptada”; y, en concreto, identifica las siguientes violaciones a los artículos 3.1 y 25 de la CDN: “a) hacer primar la internación sobre otras alternativas de intervención con la familia; b) no tener establecidos legalmente los criterios y circunstancias que deben ponderarse para la evaluación y determinación del interés superior y no motivar suficientemente la evaluación y determinación del interés del niño en las sentencias de internación; c) no llevar a cabo evaluaciones periódicas independientes de la situación de cada NNA en función de su interés superior; d) prolongar sin control los tiempos de internamiento; e) separar a hermanos por razones de carácter administrativo sin consideración de su interés superior”.

iii. Obligación de asegurar el respeto de las normas por las instituciones encargadas de protección (artículo 3.3 de la CDN): esta normativa vela básicamente por que las instituciones, servicios y establecimientos encargados de los NNA se ocupen de su cuidado, bienestar y protección. A este respecto, el informe señala las siguientes falencias: a) la existencia de una sobrepoblación de niños en los centros (a finales de 2017, en cinco de los once CREAD había una sobrepoblación de 60, 46, 35, 33 y 24 por ciento, respectivamente; b) la insuficiencia y falta de formación de las personas encargadas de los NNA; c) el informe es especialmente duro respecto del Poder Judicial cuando señala, en su numeral 37, que: “El poder judicial es el responsable de la supervisión de la situación de los NNA y su avance en el programa de reintegración. Pero, de una parte, la mayor parte de los jueces carecen de formación específica para evaluar dichos avances y se limitan en gran medida a supervisar la situación del

centro. De otra parte, las decisiones judiciales no determinan en muchos casos qué derechos han sido vulnerados, lo que no permite identificar para qué se interna y de qué debe recuperarse el NNA. Ello resulta en un trabajo casi inexistente en planes de intervención y falta de seguimiento de lo que debe hacer el organismo encargado. Cuando hay un plazo establecido, frecuentemente expira sin el conocimiento del tribunal que conoce la causa encontrándose el NNA institucionalizado sin medida vigente”.

Respecto de este parámetro, el Informe del Comité de los Derechos del Niño, en su considerando 40, señala las siguientes violaciones concretas: “a) Mantener unas infraestructuras inadecuada para la atención y cuidado de NNA internados que se encuentran en precarias condiciones de vida en cuanto a la situación de higiene, limpieza y seguridad; b) El fallo prolongado en proporcionar profesionales especializados y en número suficiente para la atención, protección y cuidado de NNA que llegan al sistema residencial con historias de violencia, maltrato, abandono y abuso sexual; c) La ausencia de los cuidados necesarios para la atención especializada de los NNA, incluyendo la capacidad de planificación y la calidad de los planes de intervención individual de acuerdo con las normas mínimas exigidas a nivel internacional; d) No existir una rigurosidad suficiente en las tareas de supervisión que le competen tanto al poder judicial como al SENAME, incluyendo el cumplimiento de estándares mínimos en relación a la infraestructura, seguridad, vigilancia y carencias materiales relativas a higiene y bienestar; y tener información inadecuada y/o poco fidedigna en relación al estado integral de los NNA, otorgada por la residencia al tribunal; e) Enviar a los NNA a ‘organismos colaboradores’ respecto de los que no existe control”.

iv. Medidas generales de aplicación (artículo 4 de la CDN): el informe señala la carencia de una ley adecuada sobre la infancia; falta de coordinación entre los ministerios de Salud y Educación; que el SENAME sea un organismo ocupado del pago de las subvenciones y no de los NNA vulnerable; un sistema de ayuda a la infancia centrado en la caridad y no en los resultados (critica fuertemente a los OCAS y en menor medida a los CREAD).

Respecto de este parámetro, en su considerando 51, el informe señala las siguientes violaciones concretas: “a) La continuada ausencia de una ley integral de la infancia que defina el marco jurídico de la institucionalidad pública y especifique las políticas y programas relativos al trabajo con NNA, con una perspectiva de derechos; b) La falta de coordinación entre los diversos Ministerios y servicios responsables de la atención integral de los NNA en el sistema de protección; c) La ausencia de datos que proporcionen información adecuada en relación al estado integral de los NNA; d) Mantener un modelo de financiación del sistema de protección basado en el principio de subsidiariedad, transfiriendo la responsabilidad de proveer los recursos necesarios para el cuidado de cada NNA a los organismos colaboradores que operan según una perspectiva filantrópica y no de derechos; e) Tener establecido un sistema de subvención de los OCAS que incentiva la internación prolongada; f) No dotar de suficientes recursos para el cumplimiento de sus funciones a los CREAD”.

v. Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6 de la CDN): este deber se traduce en la obligación de garantizar el derecho intrínseco de todo niño y niña a la vida y de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo. En esta materia, el Estado de Chile ha sido especialmente negligente como se aprecia en la gran cantidad de NNA fallecidos y abusados.

El Comité considera que Chile viola el artículo 6 de la convención en virtud de las siguientes consideraciones: “a) No proteger el derecho a la vida de los NNA en los programas residenciales, repetidamente y por largo periodo de tiempo; b) El repetido ingreso y egreso de NNA en los centros demuestra su exposición continuada a vulneraciones de sus derechos en sus familias y comunidades y la no adopción de medidas necesarias por el Estado para que las vulneraciones paren y se eviten lo más pronto posible;

c) Las listas de espera reflejan la no priorización por el Estado de la atención y los cuidados adecuados a NNA cuya supervivencia y desarrollo están en riesgo; d) Las condiciones de infraestructura y equipamiento de los centros ponen en peligro la supervivencia y el desarrollo de los NNA”.

vi. No separación de la familia salvo en interés superior del niño (artículo 9 de la CDN): el informe, respecto de este parámetro, en su considerando 64 señala las siguientes violaciones concretas: “a) Permitir que NNA ingresen al sistema residencial sin ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el proceso; b) Insuficiente búsqueda de alternativas en la red familiar extensa; c) Falta de programas de trabajo especializado con el núcleo familiar del NNA; d) No tomar todas las medidas necesarias para que los NNA que son separados de sus padres, puedan beneficiarse de acciones que tengan como objetivo principal restituirles su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en familia y en la comunidad; e) No haber establecido lineamientos claros sobre el proceso de reintegración familiar y la participación de la familia del NNA, incluso con respecto a las visitas que recibe en el tiempo de institucionalización, fundamental para el mantenimiento de un vínculo familiar y la proyección de egreso con un miembro de la red familiar; f) No dar la oferta adecuada en el mismo territorio para no desarraigar a los NNA”.

vii. Derecho a expresar su opinión y a ser escuchado (artículo 12 de la CDN): en su considerando 69, el informe señala las siguientes violaciones concretas en lo relativo a este parámetro: “a) No informar adecuadamente, en todos los casos, a los NNA, ni procurar su comprensión de la información, para que su opinión pueda ser respetada en el proceso que lleva a su ingreso en un centro; b) No garantizar el acceso a hablar con el/la juez y un abogado; c) La ausencia de protocolos claros y conocidos sobre la posibilidad de expresar quejas o denunciar vulneraciones de derechos, lo que limita seriamente el derecho y hace que los niños no se sienten cómodos para hablar con los profesionales del centro; d) no garantizar a cada NNA la oportunidad de ser escuchado y expresar su opinión en las decisiones del centro que le afectan y poder contribuir en la gestión de sus espacios cotidianos”.

viii. Asistencia apropiada a los padres y representantes legales en lo que lo respecta al niño (artículo 18 de la CDN): en su considerando 73, el informe indica que “el Comité considera que el Estado viola el artículo 18 de la Convención por no prestar la asistencia apropiada a los padres o representantes legales para el desempeño de sus funciones parentales, y por la inexistencia de una red eficaz y sufi-

ciente de apoyo intersectorial, especialmente en materia de salud, educación y ayuda en beneficios sociales y de intervención para la familia de origen”.

ix. Protección contra la violencia (artículo 19 de la CDN): en su considerando 78, el informe señala las siguientes violaciones concretas: “a) Las prácticas de cuidado y castigo que, por omisión o acción directa, permiten o naturalizan las relaciones violentas y los maltratos entre los NNA y entre estos y los adultos; b) La inadecuación de las directivas y de capacitación del personal en técnicas educativas y disciplinarias no violentas, lo que provoca que el acercamiento, comunicación y trato entre los adultos y los NNA se caracterice por la arbitrariedad y la violencia. Debe destacarse que los NNA ingresados en los centros han sufrido previamente múltiples eventos de victimización y vulneración de derechos en sus vidas y esta disciplina administrada de forma no respetuosa con los derechos humanos les revictimiza y hace más grave la violación. c) La inadecuada capacitación del personal en cuanto a la violencia entre pares, para disminuir la exposición continuada de los NNA a agresividad en su medio cotidiano y desarrollar técnicas no violentas de resolución de conflictos”.

x. Derecho del niño con discapacidad a la atención adecuada para una vida plena y decente (artículo 23 de la CDN): el informe, respecto de este parámetro, en su considerando 81 establece las siguientes violaciones concretas: “a) No proporcionar los apoyos necesarios a las familias con niños con discapacidad a fin de impedir su internamiento en instituciones; b) No proporcionar los apoyos necesarios a los NNA con discapacidad ingresados para el disfrute de una vida plena y decente que asegure su dignidad; c) Mantener un sistema de segregación en centros específicos que conduce a una situación de exclusión y aislamiento de su entorno social”.

xi. Derecho al más alto nivel posible de salud (artículo 24 de la CDN): en este acápite, el Comité es especialmente lapidario para referirse a la situación de los NNA vulnerables en Chile, señalando que entre 35 y 44 por ciento de los NNA residentes en centros no tiene un historial médico actualizado. El Ministerio de Salud reconoció que 69.1% de los niños internados tiene trastornos mentales, a pesar de lo cual son escasos los servicios de salud mental (el SENAME

cuenta con 17 psiquiatras en 8 de las 15 regiones del país, es decir, un/a psiquiatra por cada 8.560 NNA si consideramos el total de NNA atendidos por el SENAME, o un psiquiatra por cada 470 NNA si se considera sólo los NNA institucionalizados). Se señala asimismo la falta de cuidados en la administración de medicamentos a los NNA, sin supervisión médica adecuada.

Respecto de este parámetro, en su considerando 87 el informe identifica las siguientes violaciones concretas: “a) La sistemática falta de diagnóstico de la salud integral del NNA ingresado; b) La disponibilidad limitada de acceso a servicios de salud mental; c) La ausencia de planes para NNA con problemas de salud mental, con trastornos psiquiátricos o neurológicos, o con consumo de alcohol y drogas; la falta de capacitación y control del personal de trato directo en el suministro arbitrario de psicofármacos; d) La falta de programas especializados en número y calidad suficientes en materia de rehabilitación, además de protocolos y seguimiento y evaluación periódica”.

xii. Derecho a la educación (artículo 28 de la CDN): el informe, en su considerando 91, señala las siguientes violaciones concretas: “a) La falta de medidas particulares y adecuadas, incluso la inadecuada preparación de los profesores y personal, a la situación de vulnerabilidad física, emocional y psicológica de los NNA, en un contexto educacional inclusivo y protector, que resulta en altos niveles de retraso escolar; b) No tomar las medidas necesarias para que los NNA en el sistema residencial puedan acceder a la educación en condiciones de igualdad con los otros NNA”.

xiii. Derecho al descanso, esparcimiento y cultura (artículo 31 de la CDN): el informe estima que los NNA carecen de juegos (espacios poco adecuados o descuidados, falta de juguetes, etcétera) y recreación (sólo 57.1% declara poseer libros y 29.3% de los centros no tiene biblioteca) y cuentan con un bajo acceso a computadores e internet.

xiv. Protección contra explotación y abusos sexuales (artículo 34 de la CDN): el informe, en su considerando 103, señala las siguientes violaciones concretas: “a) No prevenir violencias sexuales entre pares y entre NNA y los adultos que tienen la responsabilidad de protegerlos; b) No actuar oportuna y eficazmente cuando la violencia

sexual es conocida y reportada; c) La ausencia, desconocimiento o no aplicación de protocolos específicos con directrices en materia de manejo y/o prevención de situaciones de abuso sexual en algunos centros, lo que genera que no sean reportados los casos o, en caso de reporte, no se tomen medidas administrativas y judiciales de forma oportuna, contribuyendo a una situación de impunidad; d) La falta de capacitación del personal en la prevención del abuso sexual”.

xv. Protección contra la tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes (artículo 37, letra [a] de la CDN): esta infracción es tal vez la más grave que puede pesar contra un Estado Parte de la convención, por lo que nos permitiremos reproducir íntegramente el informe, el cual, respecto de esta infracción estatutaria señala lo siguiente:

“105. En diciembre de 2016 se conoció que 25 niños internados en el centro de Playa Ancha de Valparaíso, fueron víctimas de fuertes maltratos y golpes cometidos por funcionarios de la institución. En mayo de 2016 se conocieron actos de violencia en contra de NNA en situación de discapacidad en el Centro Alihuen de Santiago, cometidos por el director y funcionarios.

106. A inicios de 2017 el Fiscal a cargo de la investigación penal por la muerte de Lisette Villa de 11 años, en el Centro Galvarino, concluyó que la niña habría fallecido producto del ejercicio de violencia física por parte de personas responsables de su cuidado, formalizando en marzo de 2017 la denuncia a ocho personas por delitos de tortura y apremios ilegítimos.

107. Los NNA en las residencias han reportado prácticas de malos tratos como: maltrato psicológico, gritos, encierros, aislamiento social o amenazas de violencia; maltrato físico leve, como tirones de cabello, orejas, empujones, cachetadas; y maltrato físico grave, consistente en golpes con correas, puños y objetos diversos, quemaduras con cigarro, o agua caliente, hasta amenazas con cuchillos o armas.

108. El Comité considera que el Estado Parte viola el artículo 37 (a) de la Convención por: a) No proteger los NNA bajo su custodia de torturas y o tratos crueles, inhumanos o degradantes, prácticas que son normalizadas y justificadas como formas de disciplina y contención.

Estas prácticas ocurren bajo la custodia del Estado y son llevadas a cabo por funcionarios públicos, o personas en el ejercicio de funciones públicas en los OCAS, causando daño físico y/o mental a los NNA con una finalidad de castigo, lo que es calificable de tortura; b) No actuar oportunamente para parar y eliminar prácticas de tortura y o tratos crueles, inhumanos o degradantes conocidos en los centros”.

El Comité de los Derechos del Niño resume estas infracciones estatutarias declarando lo siguiente: “El Comité señala que dichas violaciones son graves, es decir, producen daño sustancial a las víctimas, y sistemáticas, debido a la naturaleza organizada de los actos que conducen a violaciones repetidas y la improbabilidad de su ocurrencia aleatoria. Estas se producen, a juicio del Comité, debido a cuatro causas estructurales, a saber, la visión tutelar de la infancia, una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado, la excesiva judicialización del sistema y la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y financieros”¹⁶.

16 En esta parte, el informe señala lo siguiente:
“116. El Comité considera que el Estado Parte es responsable de:
a) Graves violaciones de los derechos enunciados en la Convención, considerando que el sistema de protección residencial de Chile ha resultado en una amplia vulneración de derechos de miles de NNA bajo la tutela del Estado durante un largo periodo de tiempo y, en particular: i. Violación de su obligación de respetar los derechos de los NNA durante su estadía en las residencias de administración directa del Estado, que ha resultado en una re-victimización de los NNA por parte del personal; ii. Violación de su obligación de proteger por no proveer la protección y el cuidado adecuado a NNA que entran en el sistema de protección residencial por haber sido víctimas de vulneraciones de derechos, ni los cuidados necesarios para la recuperación y rehabilitación física y psicológica de los NNA; iii. Violación de su obligación de hacer cumplir los derechos de los NNA por la inexistencia de medidas efectivas y oportunas para poner fin a las violaciones de derechos, tanto en su familia de origen como en las residencias de administración privada.
b) Violaciones sistemáticas de los derechos enunciados en la Convención, a causa de: i. La falta de una ley integral de protección de la niñez basada en una perspectiva de derechos humanos; ii. La existencia y uso extendido y continuado de medidas judiciales que fallan en su propósito de protección y recuperación; iii. El mantenimiento de un cuadro administrativo del SENAME no adecuado en recursos humanos y financieros; iv. La incapacidad y/o voluntad de tomar medidas eficaces y oportunas a pesar de que la situación del sistema de protección residencial es conocida a través de informes oficiales de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo”.

Y finalmente hace una serie de recomendaciones al Estado de Chile, siendo las más relevantes las siguientes:

- a. el Comité considera que las violaciones descritas no son puntuales, sino graves y sistemáticas (desde que se mantienen a lo largo de casi cuarenta años);
- b. el Comité estima que son cuatro las causas estructurales que han favorecido las violaciones descritas en el informe:
 - 1) una visión tutelar de la infancia;
 - 2) una incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado;
 - 3) la excesiva judicialización del sistema, y
 - 4) la insuficiencia de recursos humanos, técnicos y financieros en el sistema.
- c. estas críticas se fundamentan en el considerando 123, que estiman que Chile se sigue rigiendo por el sistema tutelar contenido en la Ley de Menores de 1967, que entiende a los NNA como “objetos de protección” y no como “sujetos de derecho”.

Para hacer frente a este estado de situación, en el considerando 124 del informe se indica que: “El Comité recomienda que el Estado Parte adopte el paradigma de protección integral de la Convención, especialmente: a) aprobando con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que esta sea conforme con la Convención; b) promoviendo los derechos de todos los NNA y estableciendo programas que detecten prontamente los riesgos de violaciones; c) prestando la asistencia apropiada a la familia en el cumplimiento de sus obligaciones parentales a fin de reducir la necesidad de cuidados alternativos; d) protegiendo a los NNA vulnerados en sus derechos con medidas que prioricen el acogimiento familiar, en familia extensa o ajena, frente al residencial; y trabajando con la familia para procurar su retorno siempre que sea en interés superior del NNA”.

En cuanto a la responsabilidad del Poder Judicial, el informe es especialmente duro, cuando señala que: “127. Existe consenso sobre la excesiva judicialización del sistema. Los jueces tienen encomendada la adopción de todas las medidas de protección, desde las ambulatorias a las residenciales. Pero no tienen un conocimiento preciso de los recursos alternativos a la internación, ni el tiempo necesario para el estudio de cada caso individual, ni la capacitación para saber cuál es la medida social más adecuada para cada NNA. Los tribunales tienen poco personal especializado de apoyo. Aunque se reserve a los tribunales la decisión de separación de la familia, los sistemas administrativos, integrados por personal con formación especializada resultan más eficaces para realizar el seguimiento preventivo de los NNA en una situación de riesgo, así como para aplicar las medidas más adecuadas a las características de cada NNA y proponer la creación de aquellas medidas que no existan. Naturalmente, dicho sistema administrativo debe acompañarse de un recurso ante los tribunales de todas las acciones que inciden en la vida de los NNA, en caso de oposición a las mismas”.

A este respecto, recomienda al Estado Parte la desjudicialización del sistema de protección y, en particular, que: “a) Cree un servicio de protección administrativo, especializado y dotado de recursos suficientes, que conozca a fondo los recursos existentes para la garantía de todos los derechos, que detecte las carencias existentes y que realice un seguimiento individualizado desde las situaciones de riesgo y con competencia para adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir, proteger y remediar situaciones de vulneración de derechos; b) Establezca criterios claros y estrictos para la decisión de cuidados alternativos de NNA, con garantías procesales que garanticen el derecho del NNA a que su interés superior sea una consideración primordial y que todas las partes sean debidamente escuchadas; c) Regule un procedimiento de revisión judicial de las acciones del sistema administrativo; d) Fortalezca el papel del Defensor de la Niñez como supervisor del respeto de los derechos de los NNA en el sistema de protección”.

En el considerando 130 de su informe, el Comité realiza importantes recomendaciones, en torno a la administración y financiamiento del sistema. Acerca de la fiscalización que le cabe al Poder Judicial res-

pecto del sistema de protección de la infancia, vale la pena destacar la letra c), donde se señala que es necesario que el Estado Parte: “Establezca procedimientos eficaces de supervisión del personal que trabaja en el sistema, y su sanción y remoción ante casos de violaciones de los derechos de NNA”.

3.3.2 Respuesta del Poder Judicial a las recomendaciones del Comité

El Poder Judicial encargó, a su grupo de trabajo para el establecimiento de una política para la efectivización de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la realización de un informe que identifique las acciones actualmente en implementación y aquellas que puede comprometer llevar a cabo para cumplir con las obligaciones que están siendo vulneradas por el Estado de Chile. El pleno de la Corte Suprema tomó conocimiento de dicha propuesta y emitió un informe de respuesta a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el 25 de octubre del 2018 (que se remitió mediante el Oficio N° 000552)¹⁷.

En dicho informe, el Poder Judicial se refiere a las observaciones del Comité y respecto de cada una presenta una ficha con las infracciones que considera pertinentes al Poder Judicial: son las fichas N° 1 (no discriminación); N° 2 (interés superior); N° 3 (protección y cuidado); N° 6 (derecho a no ser separado de sus padres); N° 7 (derecho a ser oído); N° 9 (adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo); N° 15 (el deber de velar porque ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes), y N° 17 (recomendación de adopción del paradigma de protección integral de la CDN).

17 Véase <http://decs.pjud.cl/estado-de-chile-presenta-informe-sobre-medidas-a-adoptar-en-respuesta-a-los-resultados-de-la-investigacion-del-comite-de-los-derechos-del-nino-de-las-naciones-unidas/>

Cada ficha se ordena de la siguiente forma: I. Observación del Comité; II. Comentarios a la observación; III. Acciones realizadas; IV. Compromisos para el cumplimiento de la recomendación.

Es destacable que respecto de las recomendaciones del Comité, la Excm. Corte Suprema, en la parte esencial del oficio, señala que: “La conclusión unánime fue la necesidad de contar con un nuevo sistema que incorpore a la realidad del país el paradigma de protección integral de niños, niñas y adolescentes que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, especialmente a través de la adopción una legislación que consagre:

- Los principios de protección integral de la infancia, desjudicialización del sistema de protección y especialización de los tribunales de justicia, entre otros;
- La creación de órganos especializados para el tratamiento de niños, niñas y adolescentes (como las policías, procuradurías y el sistema residencial); y
- Una focalización en la prevención y la promoción de derechos, con inversión y priorización de políticas públicas orientadas al efecto.
- En el intertanto, y mientras esta aspiración legislativa no sea una realidad, el Poder Judicial compromete la ejecución de una serie de medidas como:
- La promoción de un sistema de formación continua en materias de infancia y derechos de niños, niñas y adolescentes;
- El mejoramiento de la calidad de los registros administrativos sobre niños, niñas y adolescentes institucionalizados;
- La generalización de la exigencia de curadores *ad litem* para niños, niñas y adolescentes, tanto en primera como en segunda instancia;
- La asignación preferente de jueces, consejeros técnicos y funcionarios para la atención de casos complejos en materia de infancia; y

- El perfeccionamiento de los sistemas de coordinación interinstitucional existentes en todas las jurisdicciones, entre muchas otras” (Oficio N° 000522, pp. 3 y 4).

3.3.3 Respuesta del Estado de Chile al informe

La respuesta del Poder Ejecutivo al mismo informe comprende varios acápite y contiene la participación de varios ministerios y el Servicio Nacional de Menores (SENAME); el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (Senda) y el Servicio Nacional de la Discapacidad (Senadis)¹⁸. Como ejemplos de acciones comprometidas del Poder Judicial respecto de la transgresión de las infracciones más relevantes señaladas en el informe (al corto, mediano y largo plazo según corresponda), el documento señala lo siguiente:

- a. Infracción al principio de no discriminación: formación continua de juezas, jueces y personal judicial; mejoramiento de la calidad de registro administrativo; incorporación de curadores *ad litem*; asignación preferente de jueces, consejeros técnicos y funcionarios, y perfeccionamiento de los sistemas de coordinación (pp. 4 y 5).
- b. Infracción al principio del interés superior: política de efectivización de derechos; cumplimiento de convenios; perfeccionamiento del sistema informático; perfeccionamiento de los sistemas de coordinación; formación continua de juezas, jueces y personal judicial¹⁹; incorporación de curadores *ad litem* y estandarización de procedimientos y mejoramiento del registro administrativo (pp. 7-8).

18 Véase: <http://decs.pjud.cl/estado-de-chile-presenta-informe-sobre-medidas-a-adoptar-en-respuesta-a-los-resultados-de-la-investigacion-del-comite-de-los-derechos-del-nino-de-las-naciones-unidas/>

19 Esta es una de las labores que está relacionada con la Academia Judicial, por lo que el desarrollo de acciones concretas comprende: “1. Reforzar contenidos sobre derechos de NNA en los programas de la Academia Judicial, así como en toda capacitación que se realice. 2. Ampliar el acceso a becas para jueces, consejeros técnicos o funcionarios. 3. Evaluar los respectivos cursos de perfeccionamiento. 4. Especializar los cursos de la Academia Judicial en materias de infancia y derechos de los niños (fundamentación de sentencias, derechos fundamentales, evaluación e identificación de vulneraciones, diseño y seguimiento de planes de intervención, entrevista y escucha de niños, niñas y adolescentes dentro de los procesos)” (p. 7).

3.3.4 Pregunta orientadora

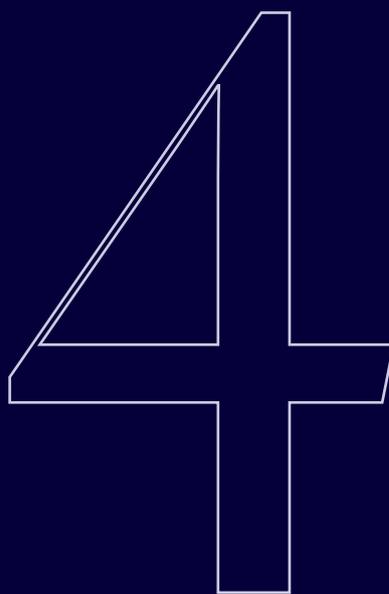
¿Qué acciones concretas puede y debe actuar el Poder Judicial dado los tres documentos precedentemente planteados (con referencia expresa a acciones de su tribunal)?

Los documentos abordados en el presente acápite se pueden consultar en:

- [Informe del Procedimiento de investigación sobre Chile del Comité de los Derechos del Niño](#)
- [Informe del Estado de Chile sobre medidas a adoptar en respuesta a los resultados de la investigación del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas](#)

Convención de derechos
de niños, niñas y adolescentes
en el contexto judicial

Materiales docentes Academia Judicial



Documentos complementarios

Todos los documentos que se mencionan a continuación permiten interpretar las disposiciones de la CDN. Lo que se observa en ellos, es que acuden principalmente a la casuística como método hermenéutico. A través de estos puntos de referencia, el intérprete puede reflejar una situación problemática a los parámetros que estos instrumentos señalan.

No se puede perder de vista que, aunque los casos son ilustrativos y provechosos para el fin que son expuestos, como también la enumeración de tipologías, la casuística suele agotarse en sí misma. con esto se quiere decir que el intérprete no puede perder de vista otros criterios interpretativos propios del sistema jurídico en que la Convención se esté aplicando, como también los clásicos elementos de interpretación: el gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático.

De cualquier manera, la suma de todos los instrumentos, más allá de la función que cumplen, dotan por sí mismos de mayor fuerza a la convención en su función de dar apoyo y protección a los derechos de los NNA. De alguna forma pueden entenderse como parte de la convención, con lo que queda claro que quien se encargue de aplicarla no puede prescindir de ellos.

Protocolos facultativos

Son complementos de la CDN y se usan preponderantemente para añadir un procedimiento en particular a los distintos aspectos que aborda el tratado.

No son obligatorios para los Estados que firman la convención, de ahí su denominación, salvo que voluntariamente se quieran adherir a ellos. Esto se hace a través del mismo mecanismo ratificatorio de la CDN.

En cualquier caso, confieren un cierto prestigio y, por ende, influencia a lo que se quiere expresar y resolver. Refuerzan la argumentación. En ese sentido *soft law*, tienen gran influencia en la formación del derecho internacional²⁰.

20 Véase: TORO (2006).

Los dos que vinculan a Chile se pueden visualizar aquí:

<https://unicef.cl/web/protocolos-facultativos/>

Informes

Los Estados Partes, cuando suscriben la CDN y la aprueban, se comprometen a enviar informes periódicos al Comité de los Derechos del Niño a fin de informar el avance de la aplicación de sus normas en el ordenamiento interno. Esto implica dar cuenta, principalmente, de las modificaciones legislativas que se han realizado para que las normas internas sean armónicas con las del tratado. Esto se hace de acuerdo con el compromiso que impone el artículo 44 de la CDN.

En el siguiente link están los informes que Chile ha despachado desde su incorporación al tratado:

<https://unicef.cl/web/informes-de-chile-ante-el-comite/>

Observaciones particulares

Estos instrumentos son la respuesta del Comité a los informes periódicos y constituyen un análisis pormenorizado de estos.

En el caso chileno se pueden encontrar en:

<https://unicef.cl/web/observaciones-del-comite-a-chile/>

Observaciones Generales

Son la principal fuente hermenéutica de la convención. Se pueden considerar la interpretación auténtica del tratado. En tal sentido, detallan el análisis y explicación que el Comité de los Derechos del Niño efectúa periódicamente de los derechos contenidos en la CDN.

Hasta el momento se han generado 21 observaciones y se pueden obtener en:

<https://unicef.cl/web/observaciones-generales-del-comite/>



El análisis y comprensión de los principios contenidos en la CDN

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se aplica con distintos rangos de fuerza a los Estados Partes. La CDN destaca tres rangos de aplicación: el derecho puede estar garantizado mediante una norma que obligue al Estado a garantizar el derecho (“ensure”), a respetarlo (“respect”) y a reconocerlo (“recognize”)²¹. Por tanto, la CDN establece un rango de protección y desarrollo de derechos que debe desplegarse legal y jurisprudencialmente.

En un sentido muy similar, para Verhellen los derechos que establece la convención son de las siguientes tres clases: derechos de provisión (“provision”), protección (“protection”) y participación (“participation”)²². Finalmente, la Convención también utiliza en otras ocasiones expresiones como “ejecutar”, “prometer”, “apropiadamente”, “promover” o “deber”, pero la mayoría de ellas se puede asimilar a alguno de los términos precedentes.

También, estos rangos de desarrollo y protección de los derechos del NNA han dependido, en muchas ocasiones, de diferencias con el derecho interno de alguno de los países que negociaron el tratado. Así por ejemplo, los artículos 2.1, 4, 7.2, 17, 18.1, 22.2, 24.1, 27.3, 28.1 b), 32, 41 y 42 de la CDN no consagran derechos ni garantías, sino deberes para los Estados firmantes²³. El artículo 2.1 dispone que: “Los Estados Partes ‘respetarán’ los derechos enunciados...”, mientras que el artículo 4 establece que: “Los Estados Partes ‘adoptarán’ todas las medidas...”, etcétera. Eso explica que la doctrina destaque que la CDN, como instrumento normativo, está configurada por una serie de principios de orientación o de acción.

Sin perjuicio de lo anterior, la convención también establece deberes para los Estados Partes. No se puede dejar de lado que, en muchas convenciones, el ámbito de protección de los derechos es decreciente, siendo el nivel mínimo su simple reconocimiento. A su vez, la distinción entre garantizar el derecho y respetarlo no parece

21 Price destaca que la palabra “garantizar” es utilizada treinta y dos veces en el texto de la Convención, la palabra “reconocer” diecisiete veces y la palabra “respeto” diez. PRICE (1990), p. 36.

22 VERHELLEN (1996), pp. 73 y 74.

23 BAZÁN (1998), pp. 55 a 73.

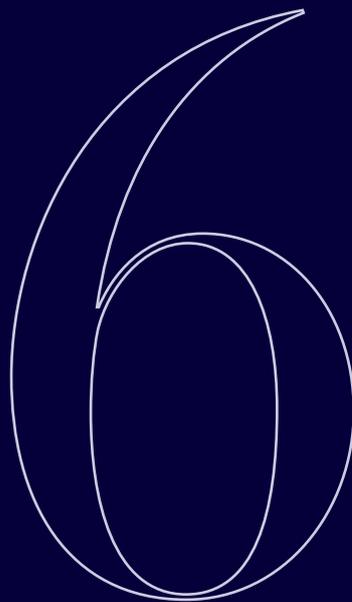
del todo clara. En la primera situación pareciera que el Estado debe ejecutar acciones tendientes a la protección del derecho, pero no se trata de derechos generalmente exigibles por y para los ciudadanos. En todo caso.

Realizado este análisis, veremos lo que sucede en el ordenamiento jurídico chileno, sin olvidar que en él se ven integrados los tratados internacionales de derechos humanos, como sería el caso de la CDN, por prescripción del artículo 5 de la CPR.

Sin perjuicio de lo anterior, los cuatro principios fundamentales de la convención, según ha señalado el Comité, son: (i) el desarrollo y consideración primordial del interés superior del niño; (ii) el derecho a la no discriminación, (iii) el derecho a la vida, y, (iv) el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio²⁴.

Convención de derechos
de niños, niñas y adolescentes
en el contexto judicial

Materiales docentes Academia Judicial



El interés superior del niño

Antes de entrar al análisis de este principio basal del derecho de la infancia y adolescencia, cabe señalar que se trata de un principio de aplicación bastante exacta. La aplicación de este principio al supuesto fáctico que se le presenta al juez, es preciso y claro, y sobre todo debe encontrarse debidamente fundamentado conforme a la evidencia científica y al propio derecho de la infancia.

6.1 Orígenes y fundamentos

Antes de hablar del interés superior del niño, que es un concepto jurídico, los tratadistas suelen hablar del fenómeno social a partir del cual surge. Se suele indicar que se trata de un proceso gradual que va desde considerarse personas prácticamente ignoradas por el derecho, pasando por una etapa de reconocimiento incipiente, hasta llegar a la fase actual en la que se consideran sus derechos como preeminentes, no sólo frente a los que sus padres puedan tener sobre ellos sino también frente al Estado²⁵.

Para ello se tiene en mente un salto que va desde el periodo del derecho romano clásico, época en la que el padre de familia ejercía un poder casi omnímodo respecto a sus hijos, hasta los primeros reconocimientos legales en las cortes afiliadas al sistema del *Common Law*. Pero por sobre todo, el interés superior es un principio rector, que exige una aplicación rigurosa del juez en la cual se debe excluir la arbitrariedad.

No obstante aquellas tesis y sin desconocerlas, Khom identifica de manera más precisa el proceso de protección de los NNA con la Biblia, donde hay veintisiete referencias en las que los niños son muy valorados. En especial, las enseñanzas de Jesús en los evangelios acerca de ellos y la especial relevancia y honra que este les dio al decir, por ejemplo: “Dejad que los niños vengan a mí porque de ellos es el reino de los cielos”. O bien aquella que dice: “No podrán entrar al reino de los cielos sino aquellos que son como niños”.²⁶

Con esto se refleja uno de los fundamentos intrínsecos de este principio, que busca la dignificación de seres humanos que en aquel tiempo eran considerados como inferiores, sin derechos y por ende, tratados de manera injusta. Estas ideas se traspasaron al derecho a través del proceso de cristianización del derecho romano que se

25 CILLERO (2007).

26 Véase: KOHM (2008).

produjo a partir del siglo V en adelante, y por ende a toda la tradición jurídica judeocristiana que impera hoy en los sistemas occidentales tanto de ley civil como de derecho consuetudinario.

De esta manera, en cada periodo histórico en que se ha tomado conciencia sobre un trato vejatorio o indiferente hacia los niños, el concepto ha ido tomando forma en la medida que los ordenamientos jurídicos lo han tenido presente al momento de regular las relaciones entre particulares y entre estos y el Estado.

Con todo, un proceso acelerado de afianzamiento de los derechos de los niños se produce a comienzos del siglo pasado, como reacción a los horrores que produjo la Primera Guerra Mundial en toda la humanidad y en particular entre los NNA. De esta manera, desde comienzos del siglo XX el principio surge en el ordenamiento jurídico con gran nitidez y en forma progresiva a través de tres tratados internacionales²⁷. En 1924 con la Declaración de los Derechos del Niño que, como ya se vio, sólo contenía cinco artículos y no era vinculante para los Estados. Luego, atendida su escasa efectividad, en 1959 se amplía a una nueva declaración llamada Declaración Universal de los Derechos del Niño, para finalmente pasar a un cuerpo estructurado y detallado de normas, en 1989, con la Convención sobre los Derechos del Niño.

El principio no se enuncia expresamente en el texto de 1924, aunque puede reflejarse en la siguiente frase contenida en él: “la Humanidad debe al niño lo mejor que ella pueda darle”.

En la siguiente lámina se visualiza el texto original completo:

27 DÁVILA y NAYA (2006), pp. 72-73.



Este principio encontraría una consagración temprana en los países del *Common Law*, como se desprende de la presente jurisprudencia del Reino Unido: *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), *Symington v. Symington* (1875) y *Re Agar-Ellis* (1883)²⁸; pero, dos fallos serían básicos en su aplicación posterior. El primero es el de *Richards v. Richards*, que se centraría en el interés del NNA como un interés propio. Esta concepción comienza a desarrollarse a partir de una ley de 1886 y queda claramente establecida en la *Guardianship of Infants Act* de 1925²⁹. El interés del NNA en esta época se subsume en el del padre, y sólo comienza a reconocerse como un interés autónomo en los casos en que es incompatible con el del padre. Pero el fallo que desarrollaría este principio, vinculado al ejercicio progresivo de los derechos de la infancia, será el fallo *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*.

28 EEKELAAR (1986), p. 44.
29 EEKELAAR (1986), p. 174.

En el juicio *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, una madre reclamó ante el Departamento de Salud y Seguridad Social del Reino Unido por la asesoría prestada a su hija menor en materia de anticonceptivos –por un médico del referido servicio– sin su consentimiento. De los argumentos de la madre, el fundamental fue el que la circular permitía la invasión ilegal a los derechos de los padres, que sólo puede excusarse en casos de autorización de la Corte o de emergencia. La House of Lords fue especialmente cuidadosa al abordar este argumento. Para ello se refirió a la historia de los derechos de los padres (“*parental rights*”) y, en este sentido, destacó que la terminología que atiende a *rights and duties* (“derechos y deberes”) es reemplazada por *powers and responsibilities* (“facultades y responsabilidad”). Los términos *rights and duties* ponen su acento en una forma de relación paterna, que se sustenta en la omnipotencia de los padres y en la filiación legítima³⁰.

De este modo, el fallo de la House of Lords desecha la forma tradicional de entender el derecho de la infancia y adolescencia, como un derecho que se sustenta en una relación eminentemente vertical, que comprendía la relación filial como de subordinación y dependencia, más que en una relación que otorga los cimientos para el desarrollo de futuros individuos³¹. De este fallo se desprende el principio del

30 La modernización del derecho del Reino Unido en este sentido ha sido constante y sostenida. Lord Eldon se negó a quitarle la custodia de unos niños a sus tías, que tenían el tiempo suficiente para educarlos, en lugar de otorgársela a su padre, quien no contaba con dicho tiempo (*Wellesley v. Duke of Beaufort*). BEVAN (1989), p. 6.

31 La House of Lords también rechazó la pretensión de la actora en razón de los siguientes argumentos:

- i) No existe una regla que avale un poder absoluto de los padres sobre los hijos hasta cierta edad.
- ii) El derecho de los padres a tomar decisiones por sus hijos declina, en la medida que estos pueden tomar sus propias decisiones fundados en la extensión de su entendimiento y su capacidad para desarrollar sus propias ideas.
- iii) Una menor de dieciséis años, no solamente por su edad, no está privada de la capacidad para recibir consejos en materia de medidas anticonceptivas, sino que en consideración a la madurez que le da su edad puede tomar sus propias decisiones.

El voto de Lord Scarman es especialmente interesante, al sentar las bases del moderno derecho de menores cuando resolvió lo siguiente: “... *It is that parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision*” (“esto es que la autoridad de los padres o la patria potestad da prioridad para que los menores tomen sus propias decisiones cuando alcanzan un entendimiento suficiente e inteligencia que les permite estructurar sus propias ideas en las materias que requieran de una decisión”, en traducción de los autores).

ejercicio progresivo de los derechos del NNA, porque reconoce un ámbito de autonomía del adulto mayor o adolescente, independientemente de los límites de edad fijados por la ley.

El fallo *Sue Axon v. the Secretary of State for Health and the Family Planning Association* confirmaría y profundizaría los criterios que estableciera la sentencia precedente. Este fallo sería fundamental para los efectos de determinar cuál es el alcance de la relación de filiación extrapatrimonial en el derecho moderno.

La sentencia de este caso consideró que no existen diferencias en las reglas que regulan la confidencialidad que deben tener los médicos con sus pacientes menores de dieciséis años en los tratamientos sobre aborto, por una parte, o sobre métodos anticonceptivos, por la otra. Los menores, a medida que van creciendo, se van independizando de sus padres, produciéndose un *derecho en disminución* respecto de ellos, y este ámbito de capacidad depende de su madurez. El ámbito de independencia y de madurez de los NNA se consolida en la medida que estos van creciendo y son capaces de comprender por sí mismos³². Pero, además, el interés superior se va concretizando, alcanzando, en el caso de la capacidad del NNA, un alto grado de precisión y de certeza en torno a los criterios que el juez debe abordar al resolver estas cuestiones.

Como se verá a continuación el interés superior del NNA se desarrolla en la CDN a través de su mayor bienestar material, espiritual y social. Y ello se logra, básicamente, entendiendo que este principio desarrolla los derechos fundamentales de la infancia.

6.2 Jerarquía y consagración normativa

Las normas de la convención limitan la soberanía nacional, en cuanto no podría haber ley u orden de autoridad que restrinjan o lesionen los derechos establecidos en ella.

Es innegable que los derechos de los niños son derechos humanos y forman, por lo tanto, una parte esencial del sistema democrático. La Convención sobre los Derechos del Niño tiene, en el ordenamiento jurídico chileno, la jerarquía propia de todo tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por Chile. Esto significa que sus disposiciones están por encima de la normativa interna y se homologan a las normas constitucionales en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 inciso segundo de la Constitución. Sobre esto hay discusión en la doctrina, pero, para los fines de este trabajo, entiéndase que las normas de la convención limitan la soberanía nacional, en cuanto no podría haber ley u orden de autoridad que restringiera o lesionara los derechos establecidos en ella.

6.3 Consagración internacional

El principio se consigna expresamente a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959. Y en el texto aparece enunciado de la siguiente manera:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración primordial será el interés superior del niño”.

Luego, más adelante en el mismo texto, se describe así: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

Estos derechos, siguiendo a Verhellen, se pueden clasificar de la siguiente forma:

- a. Los derechos civiles de la infancia que estarían contenidos en los dieciocho primeros artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero, además incluyen al derecho a la integridad –“*integrity rights*”– que comprendería los derechos contra la tortura, el rapto, violación, arresto de menores y otros.

Entre estos derechos podemos ubicar a los derechos de protección familiar (artículos 7, 18, 20.1 y 27.1 y 27.2 de la CDN)³³. Y entre los aspectos que la convención trata con más fuerza es la estrecha vinculación del niño o niña con su familia. Así, en cuanto a los derechos fundamentales de la infancia, el primero de los referidos artículos dispone que el niño tendrá: “... en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El artículo 18.1 agrega: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”.

En el artículo 20.1, se declara: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”, y finalmente, el artículo 27 establece que: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

- b. Los derechos políticos que cubren la libertad de opinión, de expresión, de asociación y libertad de conciencia y de culto y de religión. Estos derechos están comprendidos en los artículos 12 a 15 y 17 de la CDN. A la libertad de expresión se refieren los artículos 12 y 13; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión el artículo 14; a la libertad de reunión y asociación el artículo 15, y a la libertad de acceso a la información el artículo 17.
- c. Los derechos económicos (artículos 4, 32 y 36 de la CDN). Estos derechos presentan dos fases. En la primera, se configuran como una obligación del Estado de implementar las medidas necesarias para el goce y ejercicio de los derechos económicos y sociales. En cambio, la segunda fase exige la protección del Estado frente a la explotación de menores.
- d. Los derechos sociales. En general, se refiere a estos derechos el artículo 4 de la CDN y específicamente en ella se regulan el derecho a la educación (artículos 28 y 29), a la salud (artículo 24) y a la seguridad social (artículo 26).

- e. Los derechos culturales. A ellos nuevamente se refieren los artículos 4 y 31 de la CDN, que reconocen el derecho a descansar, al ocio y a ocuparse y tener un rol con plenos derechos de participación en la vida cultural y artística³⁴.

Verhellen divide las disposiciones de la convención, conforme a los objetivos que ellas establecen, en derechos del niño a la propia determinación, a ser protegido y derechos específicos. El artículo 4 de la CDN se refiere a estos últimos dos derechos, estableciendo que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Todas estas consideraciones han llevado a concluir que la niña, niño o adolescente tienen capacidad de ejercicio, en cuanto a sus derechos fundamentales; y le son aplicables todos los pactos y convenciones internacionales. En consecuencia, la consideración fundamental en esta materia es determinar si el niño, niña o adolescente tiene legitimación activa en el ejercicio de sus derechos fundamentales y de la personalidad.

A su vez, el artículo 12.2 de la CDN se refiere al derecho que tiene el niño a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional³⁵.

34 VERHELLEN (1994), p. 71.

35 BARCIA (2016), pp. 211-220.

Artículo 3

1. 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.

El presente trabajo se adscribe a la tesis que entiende que el interés del NNA no es más que la protección de los derechos fundamentales de este, y agrega que la protección de este es completa e incluye tanto derechos que son fundamentales, como los derechos que no lo son³⁶. A su vez, Roca agrega que el interés superior del NNA y las normas de derecho de la infancia han de tener como objeto principal los derechos fundamentales de aquellas personas que están imposibilitadas de actuar. En tal sentido, tanto el representante legal del menor como las autoridades han de poder ejercer en nombre del NNA sus derechos fundamentales, pero siempre de acuerdo con el interés superior de este.

Asimismo, Roca clasifica las normas de protección, respecto de situaciones generales, especiales e indirectas. Estas situaciones se refieren a todo el ámbito de protección del NNA, que va desde la mayoría de edad, patria potestad, derecho al honor, derecho de la educación y libertad religiosa. De esta forma, conforme a esta concepción, el padre no podrá, en el ejercicio de sus deberes/facultades violar el derecho del NNA a elegir una religión o rechazar otra. Ello se debe a que por medio del interés superior del NNA prevalecerá su derecho fundamental a la libertad religiosa sobre el interés del padre o madre. Asimismo, los derechos fundamentales del NNA deben protegerse, tanto de los poderes públicos como de los privados.

El interés superior del NNA en su enunciado general se encuentra en el artículo 3.1:

Artículo 3

1. 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.

36 ROCA (1994), pp. 108 y 109.

Fuera de la convención también se hace referencia al interés superior del niño, en el protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (preámbulo y artículo 8), y el protocolo facultativo de la convención relativo a un procedimiento de comunicaciones (preámbulo y artículos 2 y 3).

6.4 Consagración nacional

En el ordenamiento jurídico chileno se encuentra expresamente consagrado en dieciséis normas que están diseminadas en el Código Civil (CC), la Ley de Matrimonio Civil (LMC), la Ley de Tribunales de Familia (LTF), la ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género (LIG), la Ley de Adopción (LA) y la ley que regula entrevistas grabadas (LEG). Por cierto, la mayoría de estas disposiciones se ha gestado después de la ratificación de la CDN en Chile y han obedecido a su influjo.

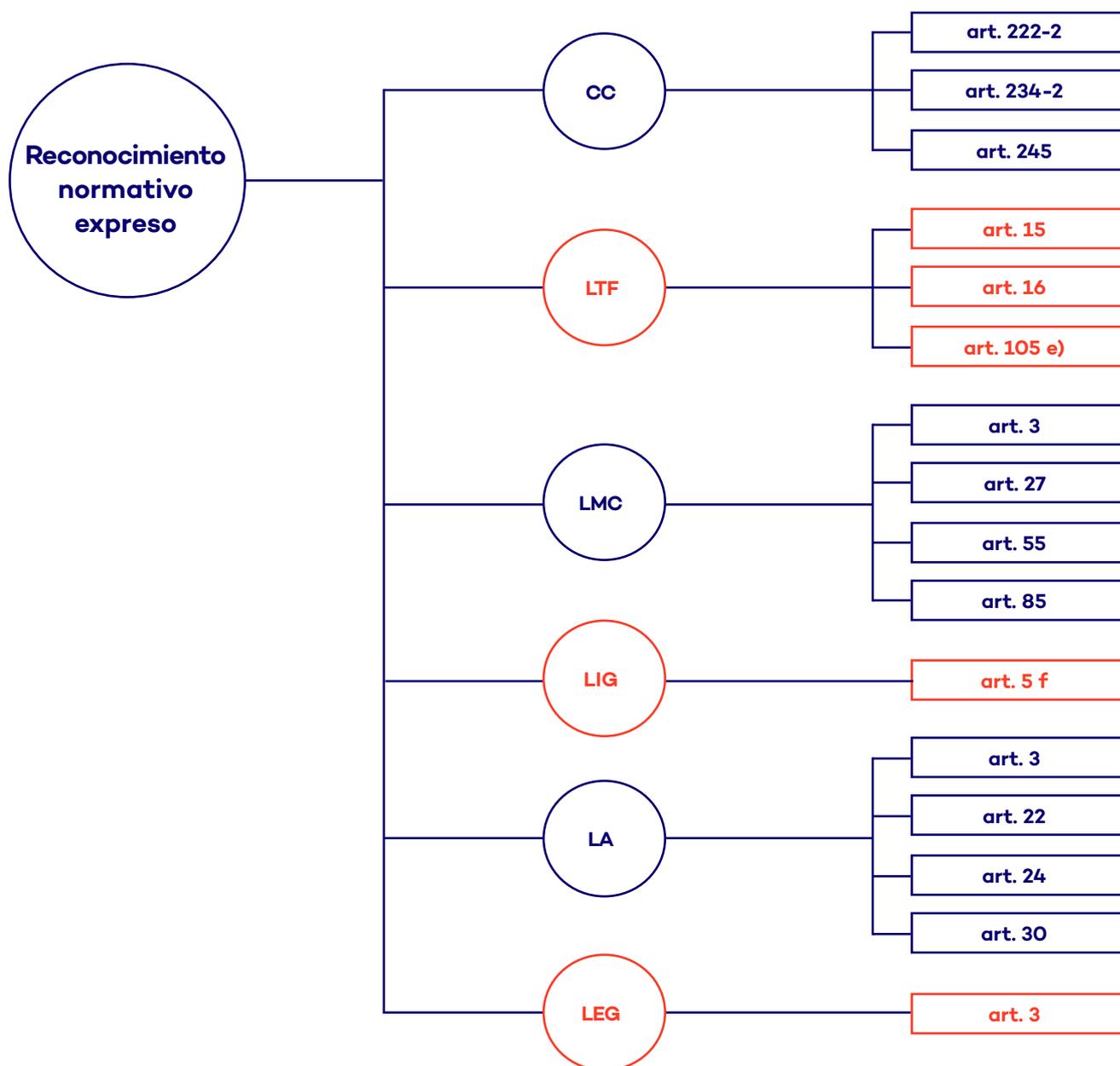


Figura 6

6.5 Problemática del concepto

A estas alturas, las críticas sobre el significado del interés superior del niño han llegado a ser casi un axioma. Son abundantes y fundamentadas³⁷. Las principales van porque algunos teóricos desconfían del concepto interés superior del niño, en tanto se ha transformado, en ocasiones, en una aplicación arbitraria de los valores de los propios jueces. Ello se aprecia en muchos fallos que simplemente mencionan dicho principio como fundamento de la sentencia, pero no lo vinculan con la prueba de la causa, ni con el derecho fundamental que le sirve de sustento.

Así, lamentablemente muchos fallos en el fondo atienden más al sentido común que a consideraciones objetivas u jurídicas. Con esto lo que en realidad se hace es encubrir –dado el prestigio jurídico que confiere el concepto– los sentimientos paternalistas o valóricos de los jueces³⁸. Ello desde que es una propensión natural del ser humano a empatizar con quien se considera en desventaja en una disputa³⁹. Es por ello que el Comité, en 2013, dicta la Observación General N° 14 que se examina a continuación, con el propósito precisamente de concretizar el principio y despercudirlo de su excesiva abstracción.

37 FREEMAN (2007), pp. 1-2; KOHM (2008), p. 337; GARRIDO (2013).

38 CILLERO (2007); GONZÁLEZ (2006).

39 RAVETLLAT y PINOCHET (2015), pp. 904-905.

6.6 Delimitación del concepto

El principio general posee al menos dos parámetros por medio de los cuales es posible concretizarlo y demarcar sus límites. Se ven a continuación.

6.6.1 Los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia como concepto clave en la aplicación de los principios de la infancia, y sobre todo el interés superior

La dogmática civil de infancia se ha separado de la concepción de los derechos subjetivos para entender los derechos fundamentales de la infancia. De esta forma, Quesada entiende que los derechos fundamentales de la infancia configuran una posición subjetiva que comprende derechos y deberes⁴⁰. En virtud de esta posición, se entiende que los derechos de la personalidad de NNA y adolescentes emanan de su calidad de seres humanos⁴¹. En igual sentido, Juan Delva señala que: “... los derechos de los niños y los derechos humanos son los mismos en cuanto a la titularidad, pero no lo son en cuanto a la modalidad”. Agrega el referido autor que esto se refleja, por ejemplo, en el reconocimiento de la libertad de pensamiento⁴². Y, en este sentido, estos derechos se aplican de forma progresiva. Los derechos de la personalidad se extienden a supuestos que aún no han sido consagrados expresamente por la Constitución, ni en las leyes.

A este respecto, Rogel Vide, destaca que “... unos mismos bienes –los de la personalidad– pueden constituir, en el ámbito privado, el objeto de los derechos de la personalidad, y, en el público, el de los derechos fundamentales o libertades públicas”. Pero, para poder conceptualizar los derechos de la personalidad se debe tener suficientemente clara cuál es la concepción de personalidad en un ordenamiento jurídico⁴³.

40 QUESADA (1994), pp. 249 a 253.

41 BARBERO (1967), p. 4.

42 DELVA (1994), pp.17-21 y 58.

43 CREVILLÉN (1995), p. 20.

Por ello desde la perspectiva civil, los derechos de la personalidad, más que derechos personales, son derechos con efectos absolutos o *erga omnes*, que se separan de los derechos patrimoniales.

En resumen, lo que realmente interesa destacar de estas posiciones es que la concepción de los derechos de la personalidad, como derechos subjetivos, suele fracasar por fundar un derecho extrapatrimonial o de la personalidad en consideraciones de índole patrimonial.

De ello se sigue una segunda consecuencia, que es que los NNA gozan de forma plena de los derechos fundamentales, y además, de forma privilegiada con respecto a los adultos. Una consecuencia de ello es que los derechos del NNA son derechos fundamentales privilegiados. Para Baratta, ello se traduce en un reconocimiento expreso de sus derechos civiles y de libertades, y de sus derechos económicos, sociales, culturales, procesales y comunicativos⁴⁴. Pero, la calidad de privilegiados de estos derechos puede encontrarse, más que en estas consideraciones, en su establecimiento como una forma de ampliar la esfera de desarrollo y protección del Estado. Ello es evidente, ya que estos derechos se ejercen de una mejor forma que los mismos derechos en el caso de los adultos; pero su ejercicio se encuentra fuertemente limitado. Así, concretamente, estas limitaciones se traducen en la exclusión de ciertos contenidos del derecho respecto del NNA –como la libertad sexual, libre acceso a ciertos locales, exclusión del derecho a negarse a efectuarse una transfusión de sangre por motivos religiosos, derecho a ser elegido y votar, protección laboral respecto de los menores adultos, etcétera–, o ciertas particularidades en el ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia –capacidad anticipada y progresiva sujeta al interés superior; derecho preferente a ser oído con formas concretas para evaluar y considerar su opinión–, etcétera.

En virtud de lo señalado precedentemente, parece claro que existen derechos de la personalidad del NNA autónomos, como el derecho a la educación, ser escuchado, tener su propia identidad, etcétera. Sin

44 BARATTA (1998), p. 52.

Los derechos de la personalidad del niño se configurarán por aquellos derechos que ejerce personalmente, sin mediar representación a través del principio del ejercicio progresivo de sus derechos, pero de una intensidad inferior al encontrarse sujetos a una tutela de protección.

embargo, una pregunta más difícil de responder es si existen derechos de la personalidad del niño como tal. Al parecer el ejercicio de los derechos del niño depende de sus condiciones de madurez, y no de unas categorías de edades señaladas por el ordenamiento jurídico. Incluso, existe todo un proceso de maduración, durante el cual debe reconocerse una amplia autonomía del NNA (sobre todo en la medida que se va acercando a la mayoría de edad). Los derechos de la personalidad del niño se configurarán por aquellos derechos que ejerce personalmente, sin mediar representación a través del principio del ejercicio progresivo de sus derechos, pero de una intensidad inferior al encontrarse sujetos a una tutela de protección⁴⁵.

6.6.2 Observación General N° 14

El mejor intento por aclarar y concretizar el concepto, a parte de la jurisprudencia que será analizada en el siguiente capítulo, es la Observación General N° 14 que el Comité ha redactado con tal fin. En ella se ha señalado primordialmente que el interés superior del niño es al mismo tiempo, un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

En lo primero es como derecho sustantivo y en tal sentido determina los derechos fundamentales de la niñez en concreto: derechos a la educación, participación en asociaciones, identidad, etcétera. Las otras dos funciones consisten en ser un criterio de integración del derecho⁴⁶ y una forma de aplicación fundamental en materia procedimental, sobre todo respecto del derecho del NNA a ser oído y a su valoración.

6.6.3 El interés superior del niño como un derecho

El interés superior como un derecho quiere decir, o más bien reflejar, según se desprende de la lectura de la OG, la preeminencia de los derechos del niño por sobre otros derechos de otras personas que pu-

45 La forma de ejercer la autonomía privada depende de la edad del niño/adolescente, de su estado de madurez y de la peligrosidad del acto. BARCIA (2013), pp. 3-52.

46 La función integradora de este principio ha sido uno de los aspectos fundamentales desarrollados por la doctrina chilena. GREEVEN (2014); LATHROP (2014), pp. 197-229, y RAVETLLAT y PINOCHET (2015), pp. 903 a 934.

dieren estar involucradas en una situación que les afecte al momento de analizar algún tipo de afectación a su bienestar. Pero sobre todo, que la solución de conflictos se puede ver desde dos puntos de vista.

El primero es que se debe preferir aquella solución que desarrolle de mejor forma los derechos de la infancia en su conjunto o como un todo. El segundo, que nunca una causa que afecte a un NNA se verá en forma aislada o sin relación a otros sujetos que, principalmente, serán sus padres. Es por ello por lo que la palabra que define conceptualmente el interés es precisamente “superior”, porque precisamente han de analizarse todas las otras categorías jurídicas que están en juego, como los derechos que les pertenecen a sus progenitores y que se entrecruzan con los de los NNA, pudiendo ser antagónicos.

Pero también es necesario detenerse en el concepto de “interés”. Esta es una cualidad distinta a un derecho y que, no obstante, por medio de la convención resulta jurídicamente protegida y puede sobreponerse al derecho que adultos pudiesen tener sobre una misma cuestión.

A todos estos criterios se suma el comprender al interés superior como el máximo bienestar de la infancia (“*child welfare*”)⁴⁷. Entendido de esta forma, el interés superior es un criterio estatutario que busca el mayor desarrollo de la infancia y adolescencia recurriendo a los derechos específicos de la infancia y adolescencia. Para finalizar, en la CDN, como se ha señalado, no se utiliza la expresión “interés superior”, sino “*ensure*”, respeto (“*respect*”) y reconocimiento (“*recognize*”), por lo que la aplicación del interés superior tiene matices que se relacionan con otros derechos fundamentales que también deben ser considerados.

6.6.4 El interés superior del niño como un principio

Los principios son una categoría jurídica que implica ciertos inconvenientes que es importante tener presente antes del análisis pormenorizado de cada uno de ellos.

47 HOIKKALA y PÖSÖ, (2020), pp. 2-6.

El hecho de que se trate de principios denota una categoría jurídica que implica ciertos inconvenientes que es importante tener presente antes del análisis pormenorizado de cada uno de ellos.

En la teoría general del derecho, aún se debate cuál es su alcance. En buenas cuentas, esto implica preguntarse dos cosas: ¿qué son? y ¿para qué sirven? Si se examinan diversos autores que se ocupan de esta cuestión, las respuestas a estas interrogantes no serán unívocas⁴⁸. Varios de ellos detectan en los principios una patente ambigüedad, como si se tratase de verdaderos enigmas⁴⁹.

A esto se suma el hecho de que los principios se insertan más amigablemente en los sistemas del *Common Law*, ya que en ellos la jurisprudencia, que es fuente de derecho, los dota de un contenido coherente y estable. Sin embargo, esto no es así en los sistemas continentales, donde la jurisprudencia no tiene tal carácter⁵⁰. Ahora, ello no quiere decir que en nuestros países no se recurra a los principios, pero los fallos cuando recurren a una solución de principios requieren de un alto estándar de fundamentación y coherencia.

Sin embargo, quizá se pueda encontrar en la dogmática un consenso en torno a tres aspectos útiles para quien los quiera aplicar: a) el hecho de que en algunas circunstancias podrían llenar vacíos legislativos⁵¹; b) que detrás de ellos hay valores sociales por lo que gozan de un marcado tinte ético⁵², y c) que si bien pueden ser implícitos cuando se infieren de un conjunto de normas, un lugar seguro será siempre encontrar su concretización mediante una norma expresa que los consigne de la manera más detallada posible. Desde ahí, servirán como un canon interpretativo para el operador que pretenda solucionar un caso problemático a partir de él.

Este último parámetro parece ser el más adecuado en el siguiente análisis, sin perder de vista los demás aspectos que se han señalado aquí. Pero, sobre todo, los principios deben de aplicarse conforme a

48 GUASTINI (2013) pp. 34-36.

49 LUZZATI (2012), pp. 4-5; SCHAUER (1991), pp. 19-24.

50 BARCIA (2011), p. 378.

51 GUASP y ARAGONESE (1998), pp. 72-75; RAVETLLAT y PINOCHET (2015), p. 923.

52 MACCORMICK (2007), pp. 28-30.

lo que la doctrina comparada ha denominado como cláusulas generales⁵³. Apliquemos este criterio conforme a un aspecto concreto de determinación de a qué padre le corresponde el cuidado personal.

Antes de la reforma de la Ley N° 20.680 de 2013, la Corte Suprema, a pesar de la redacción del ex artículo 225.3 del CC, sostenía que los jueces estaban facultados para determinar a qué padre le correspondía el cuidado personal, conforme al principio del interés superior. A pesar de la doctrina que señalaba que el interés superior era un criterio ambiguo e indeterminado, la jurisprudencia lentamente comenzó a establecer cuáles eran los criterios conforme a los cuales los jueces determinaban en concreto el interés superior. Precisamente ello, y el derecho comparado, permitió que la reforma de 2013 estableciera claramente cuáles son esos criterios en un nuevo artículo 225-2 del CC.⁵⁴ Esta norma es del siguiente tenor:

53 La aplicación de cláusulas generales está suficientemente extendida en todo el derecho privado, siendo uno de los casos más notables su aplicación para determinación de la buena fe contractual. En este sentido, Ferrada señala que: “El legislador utiliza expresiones de carácter general o consagra, normativamente, principios jurídicos generalmente aceptados. Las disposiciones que contemplan expresiones como ‘buena fe’, ‘buenas costumbres’, ‘usos del tráfico’, ‘enriquecimiento injusto’, ‘orden público’, ‘naturaleza de los contratos’, ‘causa lícita’, ‘objeto lícito’, ‘buen padre de familia’, ‘equidad’ [y] ‘principios generales del derecho’ llamadas ‘cláusulas generales’, revisten gran importancia por su naturaleza y por las facultades que tienen los jueces para su interpretación y desarrollo”. FERRADA (1996) p. 233. También se puede consultar: RIVEROS y ALDUNATE (2016), pp. 131-155 En el derecho español se destacan las cláusulas generales como criterio de determinación del “interés de la familia” (art. 67 del CCE), o “beneficio del hijo” (art. 154 del CCE); HERRERO (1984), p. 298.

54 En el derecho comparado se han desarrollado estos criterios precisamente por los tribunales de justicia, recurriendo a lo que en el derecho continental se ha denominado como cláusulas generales. *The Family Services Act of Canada* de 1983 –que en la actualidad ha sido sustancialmente modificada– establecía que el interés superior se determinaba conforme a los criterios de su artículo 1: “el interés superior del niño significa el interés superior del menor bajo las siguientes circunstancias:

- a) la mentalidad, emocionalidad y salud corporal del menor y su necesidad de un cuidado apropiado o tratamiento, o ambos;
- b) la opinión y preferencia del menor, siempre sean razonablemente preestablecidas;
- c) las impresiones bajo las cuales cualquier trastorno afecte el sentido de continuidad del niño;
- d) el amor, el afecto y los vínculos que existen entre los niños y cada persona encargada de la custodia del menor;
- e) las cualidades de cualquier determinación propuesta por el Ministerio Público que supongan el traslado del menor serán comparadas con los beneficios de que el menor retorne o permanezca con sus padres;
- f) la necesidad de proveer un ambiente seguro que permitiera al menor llegar a ser un exitoso y productivo miembro de la sociedad a través del desarrollo de la totalidad de sus facultades según su capacidad individual, y
- g) la herencia cultural y religiosa del niño”.

Nótese que esta normativa de 1983 fue desarrollada por la jurisprudencia de familia y en dicho año estos criterios se trasladaron a la ley. Nuestro derecho adopta estos criterios recién en 2013. Véase: <https://www.canlii.org/en/nb/laws/stat/snb-1980-c-f-2.2/latest/snb-1980-c-f-2.2.html>.

“Art. 225-2. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias:

- a. La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.
- b. La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c. La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d. La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.
- e. La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f. La opinión expresada por el hijo.
- g. El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h. Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i. El domicilio de los padres.
- j. Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo”.

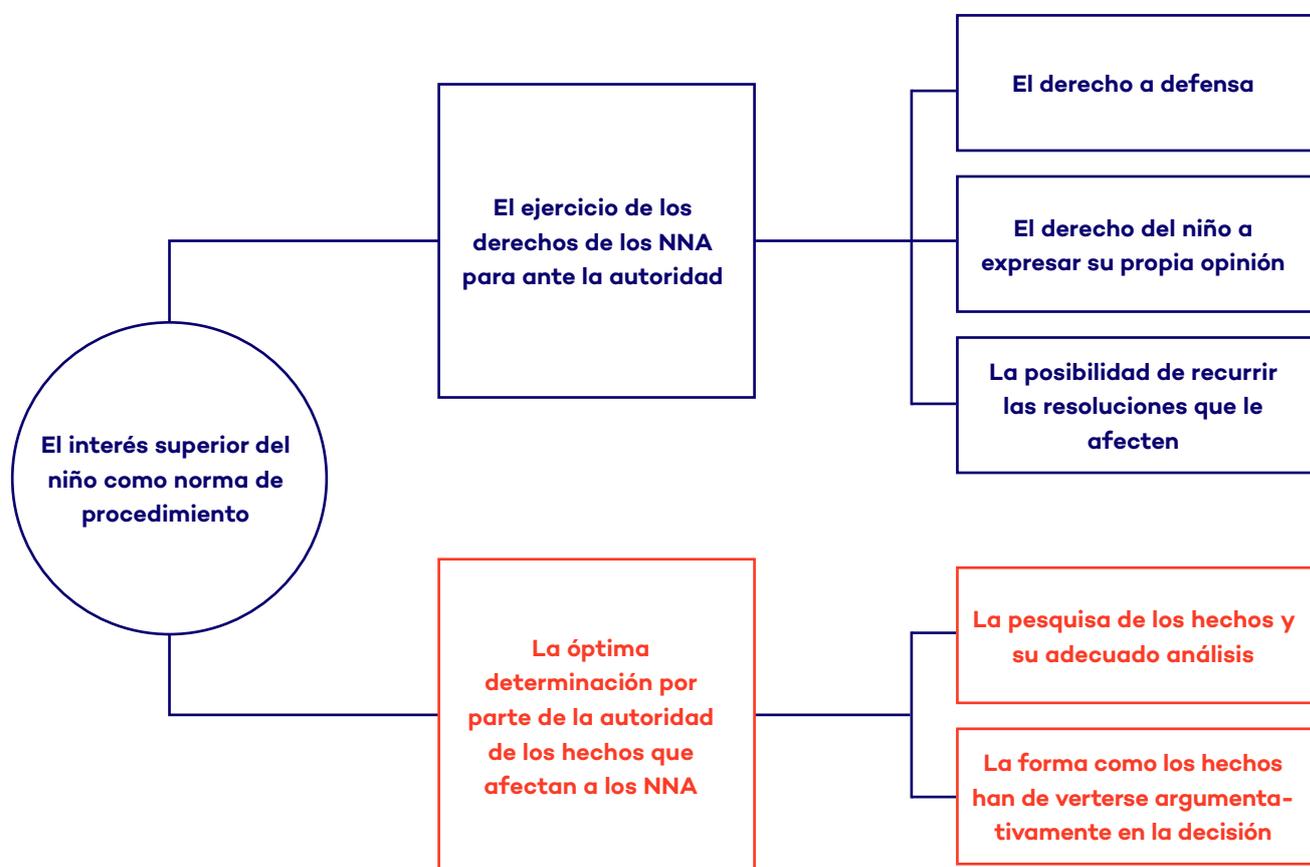
6.6.5 El interés superior del niño como una norma de procedimiento

Esta frase resulta incomprensible: ¿cómo puede ser el interés superior del niño una norma de procedimiento? Sucede que, como quedó expuesto en el párrafo anterior, según su estructura un principio y una norma de procedimiento son dos cuestiones distintas. Estas últimas tienen por objeto regular el devenir de un proceso y no poseen un eminente contenido axiológico como sí lo posee un principio.

El Comité de los Derechos del Niño ha concretado cinco parámetros hermenéuticos sobre cuestiones procesales, que sirven de guía a los encargados de aplicar el concepto en un procedimiento que tenga por objeto resolver cuestiones concernientes a los NNA.

Esta disquisición se hace para evitar las confusiones que esto puede producir. En efecto, una comprensión muy intuitiva podría hacer pensar que se pueden crear normas procesales que tiendan a beneficiar a los NNA o alterar normas procesales con el mismo fin. Esto no puede ser así. El principio general no tiene la virtud de modificar o crear algo. A lo sumo puede llenar vacíos, lo que es una cuestión diversa. Las normas procesales resguardan uno de los fundamentos del sistema de derecho, que es la seguridad jurídica y que no puede ser alterada por esta vía.

Ahora bien, el Comité de los Derechos del Niño ha precisado el significado de esto. En efecto, ha concretado cinco parámetros hermenéuticos sobre cuestiones procesales, que sirven de guía a los encargados de aplicar el concepto en un procedimiento que tenga por objeto resolver cuestiones concernientes a los NNA. Estos son meramente ejemplares, aunque recaen en cuestiones que son habituales en la tramitación de un juicio. Aparecen en el siguiente diagrama:



A continuación se analizará el derecho de defensa, dada su especial importancia práctica.

6.6.5.1 El derecho a la defensa como parte esencial del interés superior del niño como norma de procedimiento

Con esto el Comité quiere decir dos cosas. Una, que en todo proceso los NNA deben estar asesorados por un abogado. Esto significa procurarse una defensa letrada para el NNA, sin relación a los abogados que puedan estar representando a sus progenitores. Tampoco se debe indagar, como ocurre con la figura del curador *ad litem*, si el NNA tiene o no derechos contradictorios al de sus padres. Dos, que para cumplir con este objetivo el Estado debe procurar los servicios de asistencia jurídica necesaria.

El derecho chileno regula expresamente el derecho a la defensa de los NNA, en el artículo 19 de la Ley N° 19.968 de 2004. La referida norma es del siguiente tenor:

“Artículo 19 [Representación].

En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque estos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquel a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el sólo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquel de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el sólo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de este para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive”.

En Chile son cuatro las figuras que se relacionan al derecho a la defensa y que se revisan a continuación⁵⁵.

a. Defensoría de la Niñez

La Ley N° 21.067 crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Su principal función es “desarrollar un diagnóstico de la situación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y de la institucionalidad a nivel nacional, de forma de observar cuáles son los problemas, los avances y los obstáculos del tema, coordinando la institucionalidad pública en la defensa de los niños”⁵⁶.

Su actuación se describe en el artículo 2 de la misma ley: “La Defensoría de los Derechos de la Niñez tendrá por objeto la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los

55 La sentencia de la Corte Suprema, rol N° 42.527-2017, de 12 de abril de 2018, reconoce expresamente este derecho en los siguientes términos: “La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto de su derecho a expresar libremente su opinión y a que se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan (...). Por lo tanto, deben ser considerados como sujetos de derechos humanos y civiles, y al estar en las condiciones que indica dicha norma, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación, un diálogo con ellos (...) que puede verse como una consagración de la garantía del derecho a la 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”.

56 Según la declaración que aparece en la página web del servicio. Disponible en: <http://www.defensorianinez.cl/la-institucion/>

niños, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior”.

b. El *amicus curiae*

Además, el defensor de la niñez posee la facultad de interponer acciones jurisdiccionales en ciertos casos o actuar como *amicus curiae* para ante los tribunales de justicia⁵⁷. En ese caso obra como un agente oficioso, que no tiene calidad de parte en el procedimiento, pero obliga al tribunal que debe pronunciarse sobre su opinión.

c. El curador *ad litem*

Desde mucho antes que la Defensoría ha existido en Chile la figura del defensor de menores. El artículo 366 del Código Orgánico de Tribunales establece que debe ser oído en “los actos de los incapaces o de sus representantes legales; de los curadores de bienes; de los menores habilitados de edad, para los cuales actos exija la ley autorización o aprobación judicial”. Estos actos son por ejemplo la suspensión de la patria potestad o la designación de un curador de bienes.

También la legislación contempla el curador *ad litem*, que es una institución que no posee un estatuto específico para el resguardo de los derechos de la infancia. Actúa, de acuerdo con el artículo 19.3 de la Ley N° 19.968, cuando puede deducirse que los intereses de los NNA son contrapuestos a los de sus representantes legales. El curador *ad litem*, dentro de la categorización que hace el Código Civil de los curadores, es un curador especial, es decir, aquel que es nombrado para un negocio particular (artículo 345 del CC).

Hay referencia a estos curadores respecto de la mujer menor de edad para pedir la separación de bienes (artículo 154 del CC); o el que se da a los hijos bajo patria potestad o guarda del padre o madre que desea contraer nuevas nupcias (artículo 124 del CC)⁵⁸. Pero también

57 RAVETLLAT (2017), pp. 298-299.

58 RAMOS (2010), p. 580.

se ha entendido que el juez puede designar un curador *ad litem* en los casos en que el NNA no tiene representante legal⁵⁹.

Un aspecto no abordado entre nosotros es si, excepcionalmente, el juez puede nombrar un curador *ad litem* que no sea abogado para representar los intereses el NNA, como podría ser una tía, un hermano, etcétera. En el derecho comparado, estos guardadores *ad litem* pueden ser nombrados por el tribunal para que informen por ejemplo sobre un plan de parentalidad. Así, en algunas jurisdicciones de Estados Unidos de América, la recomendación sobre la custodia debe ser despachada por estos guardadores antes de diez días de la respectiva audiencia⁶⁰. De hecho, si estas personas son ajenas a la familia, se prefiere algún profesional de la psicología o asistencia social más que un abogado⁶¹.

También se debe diferenciar de esta figura al denominado “abogado del NNA”, que para Couso debe velar por reflejar los intereses del NNA en concreto, es decir, “los deseos y sentimientos del niño, a los que se vincula con los mismos deberes de lealtad y confidencialidad que debería a un cliente mayor de edad”⁶². Según la misma norma, puede tratarse de un abogado que se desempeñe en alguna institución dedicada a la defensa de la infancia. La institución que con mayor frecuencia asume dicha función es la Corporación de Asistencia Judicial.

d. El programa “Mi abogado”

También se ha creado administrativamente, vía decreto supremo, el denominado Programa de Representación Jurídica de Niños, Niñas o Adolescentes o “Mi abogado”, que nace en 2018 a partir de un convenio entre la Subsecretaría de Justicia y la CAJ. Su objetivo es

59 Lathrop hace referencia a las críticas planteadas por Unicef respecto de esta figura, señalando que: “En este orden de ideas, respecto del curador *ad litem* se ha señalado que ‘dado que la ley no entrega elementos claros acerca del modelo adoptado –si se trata de un guardián *ad litem* abogado o de un abogado del niño– existe un amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, en la línea del niño como actor procesal y, si vamos un poco más allá, no sólo para casos en que exista incompatibilidad con los intereses de sus padres o representantes, sino que para todos aquellos en que el niño afectado tenga un interés individual que tutelar’. Cfr. UDP-UNICEF (2010), p. 135”. Lathrop (2014), p. 213.

60 Véase <https://app.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=26.12.175>

61 VARGAS (2011), p. 186.

62 COUSO (2006), p. 160.

asistir multidisciplinariamente a los NNA que no viven al alero de una familia. Eso sí, no prestan defensa de los derechos de la totalidad de los NNA, sino sólo de aquellos que se encuentran privados de su entorno familiar y que están en residencias permanentes de protección.

6.7 El interés superior del niño en las decisiones judiciales

El mejor reflejo de los parámetros presentes en el concepto del interés superior del niño se encuentra en las decisiones que tanto tribunales nacionales como internacionales han tenido en asuntos que afectan los derechos de los NNA.

6.7.1 Jurisprudencia nacional

Un estudio cualitativo reciente efectuado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile a partir de la jurisprudencia emanada de las salas segunda y cuarta del máximo tribunal, logró sintetizar cuatro concretizaciones del principio.

En cuanto a la cuarta sala, estas son:

- a. El interés superior del niño como un principio transversal.
- b. El interés superior del niño como un derecho sustantivo (aplicación en concreto).
- c. Interés superior del niño como una norma de procedimiento (sistema probatorio).
- d. Interés superior del niño como un derecho interpretativo (ámbitos de aplicación en materia de cuidado personal).

Respecto a la segunda sala:

- a. El interés superior del niño como derecho interpretativo.

La completitud de este estudio hace que no sea necesario consignar otro aquí, pudiendo el lector recurrir a él para una orientación completa sobre el particular⁶³. Se encuentra en el siguiente link:

[“El interés superior del niño niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema”](#)

6.7.2 Jurisprudencia comparada

Dos organismos que se dedican a la resolución de litigios internacionales referentes a causas donde aparecen vulnerados los derechos de los NNA, son la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR). A continuación se analizarán algunos fallos emanados de dichos tribunales relacionados a la CDN.

6.7.2.1 Sentencia caso Fornerón e Hija vs. Argentina, de 1 de octubre de 2011 (CIDH)⁶⁴

a. Los hechos

Los acontecimientos que motivaron el juicio fueron que un padre supo del embarazo de la madre de su hija cuando este ya estaba avanzado. Al preguntarle a la madre si él era el progenitor, aquella lo negó. Luego, no supo de su hija hasta un mes después de su nacimiento, cuando procedió a reconocerla. En el intertanto, un matrimonio solicitó la guarda de la niña con fines de adopción, la que le fue otorgada por un tribunal de instancia. Después de que todas las partes involucradas ejercieran recursos sobre esta sentencia, mientras un ADN confirmaba la paternidad, finalmente el máximo tribunal de apelación confirmó lo resuelto en primera instancia y dejó completamente firme la adopción.

b. Los principales argumentos para acoger el recurso

La CIDH acoge la reclamación del padre. En la sentencia se divisan los argumentos que tuvo la justicia argentina para haber arribado a tal decisión: “93. (...) La Corte considera en el presente caso que la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad.

94. Por el contrario, la Corte observa que tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata deocio-

64 CIDH, Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, Serie C N° 242, de 1 de octubre de 2011.

nes basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la ‘formalidad’ de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a esta.

96. Las consideraciones del juez de primera instancia demuestran también una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que al señor Fornerón se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer su función de padre a la existencia de una esposa. El estado civil de soltero del señor Fornerón, equiparado por uno de los jueces a ‘la ausencia de familia biológica’, como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre”.

A estos hechos, la Corte contrapone los siguientes argumentos jurídicos: “48. Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

50. Recientemente, la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

99. (...) El Tribunal considera que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia.

100. Las decisiones judiciales analizadas no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo.

116. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. En este sentido, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”.

c. Algunas medidas adoptadas por la Corte

A parte de las indemnizaciones y costas que impuso, la Corte ordenó otras medidas, como la siguiente: “El Estado debe implementar, en el plazo de un año y con la respectiva disposición presupuestaria, un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación”.

Todas las audiencias de este juicio pueden encontrarse en el siguiente link:

[Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. 11 de octubre de 2011](#)

d. Análisis de la sentencia

En esta sentencia se aprecia aquello que la OG N° 14 subraya para tener en cuenta el interés superior del NNA en una situación determinada y sacarlo de su excesiva generalidad. En ella se establece que, para lograr una aplicación efectiva del principio, este debe “definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”⁶⁵.

Es decir, que debe siempre hacerse un análisis en concreto y no basado en meras suposiciones. El sentenciador no puede usar estereotipos como ocurre en la sentencia de primera instancia en comentario. Este se basa en una falsa creencia de que un padre está menos preparado para hacerse cargo de sus hijos que una madre.

6.7.2.2 Sentencia caso *Khusnutdinov and X v. Russia* de 18 de diciembre de 2018 (ECHR)⁶⁶

a. Los hechos

La niña sobre la que versaba el caso tenía 13 años y estuvo durante un tiempo viviendo con su padre en Estados Unidos, luego que este se fuera a dicho país. Sin embargo, la niña regresó a Rusia seis meses después y estuvo viviendo con sus abuelos durante casi dos años. Cuando el padre intenta recobrar su cuidado, los abuelos se niegan a entregárselo. El padre recurrió a las autoridades de dicho país, pero debido a la voluntad de la niña, estas se negaron a que mantuviera su cuidado. En esas circunstancias, el padre perjudicado recurre a la Corte Europea de Derechos Humanos.

b. Los principales argumentos de la Corte

El tribunal reiteró que tan pronto como los niños maduran, los tribunales deberían dar el debido peso a sus puntos de vista y sentimientos y su derecho a respetar su vida privada. Dado que la hija del Sr. Khusnutdinov había expresado un claro deseo de seguir viviendo con sus abuelos, la decisión de los tribunales rusos de rechazar su

65 Observación General N° 14, p. 9.

66 ECHR, Caso *Khusnutdinov and X v. Russia* ECHR 435 (2018), de 18 de diciembre de 2018, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/> (traducción libre).

regreso forzoso con su padre podría considerarse basada en el interés superior del niño. Debido a estos argumentos, desestimó la solicitud de reparación del peticionario.

c. Análisis de la sentencia

En la sentencia se aprecia como la Corte interrelaciona el principio rector con la autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído. Esto habla del cumplimiento de los requerimientos que el Comité le exige a los Estados que aplican la CDN. A saber, que siempre lo hagan tomando en cuenta todos los derechos que puedan estar involucrados en una situación problemática.

Sobre la autonomía, señala: “Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior”⁶⁷ y, en cuanto a la conexión con el derecho a ser oído, resuelve que “cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse en cuenta la evolución de las facultades del niño”⁶⁸.

Esto quiere decir que, invariablemente, cuando se escucha a un niño, el juez debe estar atento a la edad del niño que está escuchando, de tal manera que sus opiniones serán más vinculantes en la medida que el niño se desarrolla. Por ende, una sentencia que pueda dictarse sobre hechos similares no puede pasar por alto la referencia a los tres derechos reseñados aquí y la forma como se vierten e interactúan en la especie.

67 Observación General N° 14, p. 11.

68 Observación General N° 14, p. 11.

6.7.2.3 Sentencia caso *S. L. and J. L. v. Croatia* de 7 de mayo de 2015 (ECHR)⁶⁹

a. Los hechos

El juicio se refería a un acuerdo para cambiar una villa junto al mar, perteneciente a dos niñas, por un piso (departamento) menos valioso de un particular. El Centro de Bienestar Social tuvo que dar su consentimiento al acuerdo, ya que los propietarios de la villa, las hermanas S. L. y J. L., eran menores de edad. El Centro de Bienestar Social aprobó el intercambio propuesto sin examinar rigurosamente circunstancias del caso o la familia. El abogado, que actúa en nombre de los padres de los niños, resultó ser el yerno del dueño original del departamento.

Los esfuerzos posteriores de las niñas y el padre de J. L., tutor legal de ambas, para desafiar la legalidad del acuerdo, los llevan a recurrir a la ECHR. El tribunal rechaza el recurso por considerar que no se había impugnado la decisión durante los procedimientos administrativos. Ello a pesar de que, en el momento en que las niñas eran menores, el padre de J. L. estaba detenido, la madre era una adicta a las drogas con dificultades financieras y su abogado tenía un conflicto de intereses.

b. Principales argumentos de la ECHR para acoger el recurso contra la decisión de los tribunales nacionales

El tribunal europeo determinó que las autoridades nacionales no tomaron las medidas necesarias para salvaguardar los intereses de la propiedad de los niños en el acuerdo de intercambio de bienes raíces, o no se les dio una oportunidad razonable de impugnar efectivamente el acuerdo.

La pregunta central en este caso era si el Estado tenía en cuenta el interés superior de los niños al aceptar el intercambio de la propiedad. Como menores, se suponía que sus intereses estaban protegidos por el Estado, en particular a través del Centro de Bienestar Social. Sin embargo, el caso reflejó que había eslabones en el proceso que no

69 ECHR caso *S.L. AND J.L. v. CROATIA*, ECHR 153 (2015) de 7 de mayo de 2015, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/> (traducción libre).

estaban suficientemente asegurados en aras de proteger del interés de los NNA en él.

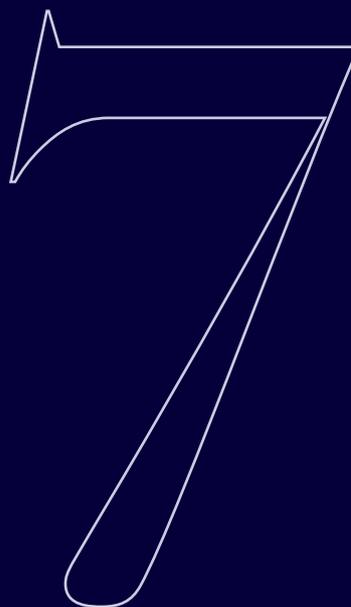
c. Algunas medidas adoptadas por la Corte

La ECHR sostuvo que, en cuanto a las posibles indemnizaciones relacionadas con el daño material, aún no estaba lista para la decisión. En consecuencia, el tribunal reservó esta pregunta e invitó al gobierno y los solicitantes a presentar sus observaciones sobre el asunto dentro de los tres meses posteriores a la sentencia final y, en particular, a informar al tribunal de cualquier acuerdo que pudieran alcanzar.

d. Análisis de la sentencia

Esta resolución hace recordar el hecho de que el interés superior del niño implica para la autoridad no sólo tenerlo en cuenta para resolver una controversia y dictar una resolución del caso, sino que además debe considerarlo en cualquier gestión donde aparezca niños involucrados. En el mismo sentido, no es sólo un mandato dirigido a los jueces, sino que también a toda otra autoridad que tenga en sus manos la posibilidad de influir en algún ámbito que diga relación con los NNA.

La OG sobre el particular establece “la obligación de los Estados de tener debidamente en cuenta el interés superior del niño es un deber general que abarca a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos que se ocupen de los niños o les afecten”⁷⁰. Aquí se aprecia una actitud negligente tanto de un servicio administrativo como de los tribunales de justicia encargados de resolver la situación.



El principio de no discriminación

Como se estableció en el capítulo 1 acerca de la génesis de la Convención sobre los Derechos del Niño, la principal razón para la creación de un estatuto específico para la protección de los derechos de los NNA fue precisamente el hecho de que estos recibían un trato diferenciado y perjudicial en la sociedad atendida su edad. Derechamente, se trataba de una discriminación etaria. De no haber sido así, hubiese bastado para la protección de sus derechos la Declaración Universal de Derechos Humanos, vigente no sólo a la época de inauguración del tratado sino que también durante los trabajos preparatorios.

Esto se esclarece si se piensa que todas las demás condiciones por las que un ser humano puede ser discriminado, como raza o religión, quedan subsumidas en su posición, más que de niños, de seres humanos y por lo tanto bajo la tutela que confiere la Declaración Universal. Frente a esto, lo que logra la CDN es otorgar una protección reforzada para los NNA en todos los aspectos por los cuales pudiesen ser discriminados. Es una especie de discriminación positiva a fin de resguardar la efectiva igualdad ante la ley⁷¹.

Se debe entender que los NNA son sujetos que presentan cierta autonomía e independencia respecto de sus padres y que el grado de ambas virtudes avanza en la medida que crecen. No es un mismo sujeto en una etapa temprana de su supervivencia. Por obvio que suene, un niño no es un adulto en la primera etapa de su desarrollo. Es un sujeto distinto a un adulto. Pensar en un niño como uno mismo antes de los 18 años puede producir un sesgo de corroboración. Esto quiere decir que el operador, por ejemplo el juez, a la hora de analizar y resolver algún asunto relacionado con ellos suele ver sus propias perspectivas como las del NNA y en eso, aplica los mismos paradigmas que rodean sus circunstancias particulares. Esta forma de razonar puede llevar consigo la utilización de prejuicios, de manera que lo adecuado es que el mismo operador no se deje llevar por dicha orientación, así no impondrá sus propias creencias a un NNA y, de tal forma, el riesgo de que discrimine a un NNA por cualquier causa disminuye.

71 NOGUEIRA (2017), p. 424.

La doctrina ya está conteste en que los derechos fundamentales de los NNA no se vinculan con los adultos, en el sentido de que no se trata de derechos que se ejercen progresivamente hasta que la persona alcanza la capacidad plena de ejercicio. Este punto es crucial en la dogmática de la infancia.

La doctrina ya está conteste en que los derechos fundamentales de los NNA no se vinculan con los adultos, en el sentido de que no se trata de derechos que se ejercen progresivamente hasta que la persona alcanza la capacidad plena de ejercicio. Este punto es crucial en la dogmática de la infancia. Los NNA tienen derechos fundamentales autónomos y totalmente diferenciados de los mayores de edad.

7.1 Fundamentos

Una tesis novedosa de los fundamentos del derecho de no discriminación, de acuerdo con las ideas que se han expresado en el párrafo anterior, es posible que guarde una estrecha relación con dos teorías que desde antaño han tratado de explicar los derechos de los NNA. Wikeley parte exponiendo la discusión que aquellas posturas suscitan sobre esto con una pregunta retórica referida, a modo de ejemplo, a un derecho en particular: ¿Tiene el niño el derecho de alimentos?⁷². Hoy en día con asombro no pocas personas responderían lo que parece evidente. Sin embargo, una mirada más profunda de dicha interrogante lleva a plantarse el sustrato filosófico que existe detrás de ella.

Sobre esto existen dos proposiciones. Una niega la posibilidad de que los niños tengan derechos propios, ya que no poseen capacidad de elección. Se parte de la base que el poder elegir es un elemento esencial de los derechos y consustancial a la libertad. No hay libertad si el sujeto no tiene alternativas, que es lo mismo que si la tiene pero no puede escoger entre diversas alternativas. Luego, si esto se traslada a un niño o niña, sobre todo aquellos que se encuentran en la primera infancia, se debería concluir que no poseen derechos⁷³. Si lo pudieran hacer sería bastante peculiar por decir lo menos⁷⁴. Se oblitera así inevitablemente la posibilidad de construir los derechos de los NNA, que ceden en favor de los derechos de quienes tienen la responsabilidad de crianza sobre ellos. Como a su vez aquellos derechos pierden la perspectiva de los intereses de los infantes, no es posible divisar dos derechos, uno en favor del otro. De este modo, existe en realidad un sólo derecho, el derecho de un sujeto “mayor” que desde sus perspectivas e intereses intentan favorecer o en realidad prevalecer una categoría jurídica que debería pertenecer a otro sujeto “menor”. Naturalmente, estas posiciones deben desecharse desde

72 WIKELEY (2006), p. 82.

73 WIKELEY (2006), p. 82.

74 MACCORMICK (1982), pp. 155-158.

Los niños poseen una dignidad que les es propia que no puede ser quebrantada por la mera circunstancia de su edad. Cualquier acción perjudicial que se dirija hacia ellos debido a su edad, es discriminatoria en los términos que establece la CDN.

que es posible reconocer derechos fundamentales de la infancia, que no se comprenden necesariamente como derechos subjetivos, y que se ejercen dentro de una esfera de autonomía, voluntad y libertad progresivas.

Neil MacCormick, por su parte, refuta esto y para ello utiliza argumentos que apelan al sentido común. Sería inmoral pretender pensar que los NNA no tienen derechos y sobre todo esenciales. Desde su nacimiento, el niño tiene el derecho de ser cuidado, con todas las implicaciones que ese verbo conlleva. Incluso de ser amado si eso es posible⁷⁵. Esta tesis, aunque es anterior a la CDN, se acerca mucho a la política de protección integral de los derechos de los NNA que esta posee. En palabras simples, lo adecuado conforme a esta postura es considerar los derechos de los NNA de forma inherente e independiente. Así, se establece un filtro a la posibilidad de que sus derechos sean regulados de manera discrecional y absolutamente subordinada.

Puestas las cosas en la perspectiva dicha, si ella es acertada, ahora se clarifica con mayor precisión el hecho de que los niños poseen derechos que les son adecuados e independientes y, por lo tanto, tienen una dignidad que les es propia que no puede ser quebrantada por la mera circunstancia de su edad. Cualquier acción perjudicial que se dirija hacia ellos debido a su edad, es discriminatoria en los términos que establece la convención. Si a eso se le suman otras circunstancias como la raza, religión o discapacidad, el agravante es doble.

Al respecto, el Comité expresa que: “La discriminación basada en cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 2 de la Convención, bien sea de forma manifiesta o larvada, atenta contra la dignidad humana del niño y puede debilitar, e incluso destruir, su capacidad de beneficiarse de las oportunidades de la educación”⁷⁶.

75 MACCORMICK (1982), pp. 154-155.

76 Observación General N° 1, pp. 7-8.

7.2 Consagración del principio en el derecho

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes.

La CDN, en su artículo 2, confiere al derecho de no discriminación dos alcances. Uno referido a su contenido que abre a otras situaciones que pudieren ser constitutivas de discriminación.

Sobre esto resulta ilustradora la casuística que expone la Observación General N° 1, puesto que enumera situaciones más amplias que acontecen regularmente. Señala que son constitutivas de discriminación, por ejemplo, las disposiciones que limiten las ventajas que pueden obtener las niñas de las oportunidades de educación ofrecidas a los niños; la discriminación de los niños con discapacidad que según entienden está arraigada en varios sistemas educativos que, dicho sea de paso, es materia exclusiva de la Observación General N° 9; y también a la que se pueden ver expuestos los niños con VIH/sida.⁷⁷

El otro alcance está referido a las obligaciones que el Estado debe asumir en favor de promover este principio. Esto constituye una garantía en el sentido que si el Estado no cumple con esta obligación, puede quedar sujeto a indemnizar a la víctima. Las sentencias que se analizan más abajo dan cuenta de esto.

En la CDN el derecho se enuncia en el artículo 2 literalmente así:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes.

77 Observación General N° 1, p. 8.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

La forma como opera el principio está contundentemente tratada en la observación general N° 14. En dicho documento se expresa que para quien debe respetarlo no se trata sólo de una obligación pasiva, que pareciera ser su significado desde que implica un mandato de abstención, sino que también activa, puesto que constriñe a los Estados a que se adelanten a tomar las medidas que garanticen una igualdad efectiva de los NNA⁷⁸. El Estado cumple con esta obligación en la medida que legisla y promueve políticas no discriminatorias, a la vez que las publicita en sus diversos entes y sociedades intermedias.

A modo de ejemplo, una muestra práctica de la operatividad de esta disposición, acorde con lo que establece la OG, se observó una vez que comenzó a regir en Chile la convención. Esta chocó frontalmente con el estatuto civil que distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, según si un niño había nacido o no durante el matrimonio de sus padres. Pujó de tal forma que años después motivó el término de una de las situaciones más aberrantes de trato desigual para un NNA que contenía la legislación⁷⁹.

Contenido

Debe respetarse la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Garantía

El Estado debe tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

78 OBSERVACIÓN GENERAL N° 14.

79 ETCHEBERRY, Leonor; VELOSO, Paulina; MUÑOZ, Andrea (1999), p. 7.

7.3 Jurisprudencia

Dos sentencias de la CIDH marcan la pauta en esta materia. Se revisan a continuación.

7.3.1 Sentencia caso Y. y B. vs. República Dominicana⁸⁰

a. Los hechos

El fallo se pronuncia sobre una disputa relacionada a la negativa del Estado de República Dominicana a inscribir tardíamente el nacimiento de dos niñas de ascendencia haitiana. La negativa se produjo en sede administrativa y en sede judicial.

b. Principales argumentos de la Corte para acoger el recurso

“166. La Corte considera que al haber exigido a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas (...).

167. En atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la Corte considera que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado.

171. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Y. y B., como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de

80 CIDH caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Serie C N° 130 Serie C N° 156, 23 de noviembre de 2006.

igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana. (...)

172. Este Tribunal encuentra que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad que perduró hasta el 25 de septiembre de 2001 (...).

174. La Corte encuentra que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Y. y B.”

c. Algunas medidas adoptadas por la Corte

- El Estado debe hacer un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas Y. y B. y a Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi y Teresa Tucent Mena, en un plazo de seis meses, con la participación de autoridades estatales, de las víctimas y sus familiares, así como de los representantes y con difusión en los medios de comunicación (radio, prensa y televisión). El referido acto tendrá efectos de satisfacción y servirá como garantía de no repetición.
- El Estado debe adoptar en su derecho interno, dentro de un plazo razonable, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular el procedimiento y los requisitos conducentes a adquirir la nacionalidad dominicana, mediante la declaración tardía de nacimiento. Dicho procedimiento debe ser sencillo, accesible y razonable, en consideración de que, de otra forma, los solicitantes pudieran quedar en condición de ser apátridas. Además, debe existir un recurso efectivo para los casos en que sea denegada la solicitud, en los términos de la Convención Americana.

- El Estado debe pagar, por concepto de indemnización por daño inmaterial, la cantidad fijada en el párrafo 226 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, a la niña Y., y la cantidad fijada en el mismo párrafo a la niña B.

7.3.2 Sentencia “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)

a. Los hechos

El 15 de junio de 1990, desconocidos se acercaron en una camioneta a cuatro individuos, entre ellos tres menores de edad. Luego de retenerlos algunas horas los asesinaron. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables de los hechos.

b. Principales argumentos que tuvo la Corte para acoger el recurso

“191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida. (...)”

194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los ‘niños de la calle’ que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. (...)

196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las ‘medidas de protección’ a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Es claro para esta Corte que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones.”

c. Algunas medidas adoptadas por la Corte

- Que el Estado de Guatemala debe pagar, por concepto de daño moral, una compensación de US\$ 26.000 o su equivalente en moneda guatemalteca, a cada una de las siguientes personas: Matilde Reyna Morales García, Ana María Contreras, Rosa Carlota Sandoval, Margarita Urbina, Marta Isabel Túnchez Palencia y Noemí Cifuentes. La cantidad correspondiente a Rosa Carlota Sandoval le será entregada a su madre Margarita Urbina.
- Que el Estado de Guatemala debe pagar, por concepto de daño moral, una compensación de US\$ 3.000 o su equivalente en moneda guatemalteca, a cada una de las siguientes personas: Reyna Dalila Villagrán Morales, Lorena Dianeth Villagrán Morales, Gerardo Adoriman Villagrán Morales, Mónica Renata Agreda Contreras, Shirley Marlen Agreda Contreras, Osman Ravid Agreda Contreras, Guadalupe Concepción Figueroa Túnchez y Zorayda Izabel Figueroa Túnchez.
- Que el Estado de Guatemala debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas,

administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias con el fin de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención.

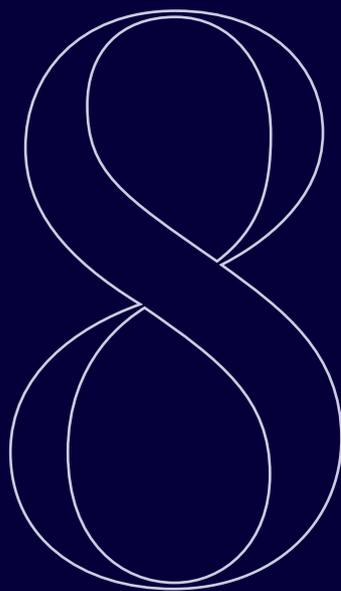
7.3.3 Análisis general de las sentencias

Como queda en evidencia a la lectura de los fallos, cuyos principales argumentos se han consignado precedentemente, en ambos casos hay una notoria infracción al artículo segundo consignado líneas arriba. Específicamente, hay discriminación en base a la raza en el primer caso y a la condición de pobreza, en el segundo. Ambos tienen en común que detrás de ellos hay estereotipos muchas veces difíciles de romper.

República Dominicana parece tener problemas fronterizos con Haití lo que, sumado a los públicos y notorios desastres naturales y pobreza que asolan a dicho país, hace que al parecer los nacionales de este último no sean muy bien mirados y considerados por los de República Dominicana. Un reportaje periodístico da cuenta de esto:



En la otra sentencia, se aprecia la consabida relación entre pobreza y delincuencia que da cuenta un estudio sociológico para el cual “los retratos de los delincuentes, que desde finales del siglo XVIII fueron tomando popularidad, proveen elementos para la reconstrucción de la percepción de la criminalidad por parte de la sociedad, sobre la construcción de una determinada identidad de clase: el delincuente urbano, joven y pobre”⁸¹.



El derecho del niño a ser oído

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Este derecho está concebido en el artículo 12 de la CDN en los siguientes términos:

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

Su operatividad y el detalle de sus características se encuentran en la Observación General N° 12 del año 2009.

Su importancia queda de manifiesto en ella cuando en el texto se expresa lo siguiente:

“El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (“el Comité”) ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”⁸².

En este pasaje, aunque no se diga expresamente, se refleja que no sólo se está en presencia de un derecho con todas las connotaciones y ventajas que ello implica, además el derecho del niño a ser escuchado es una herramienta fundamental para apreciar la concurrencia de todos los demás derechos presentes en la CDN.



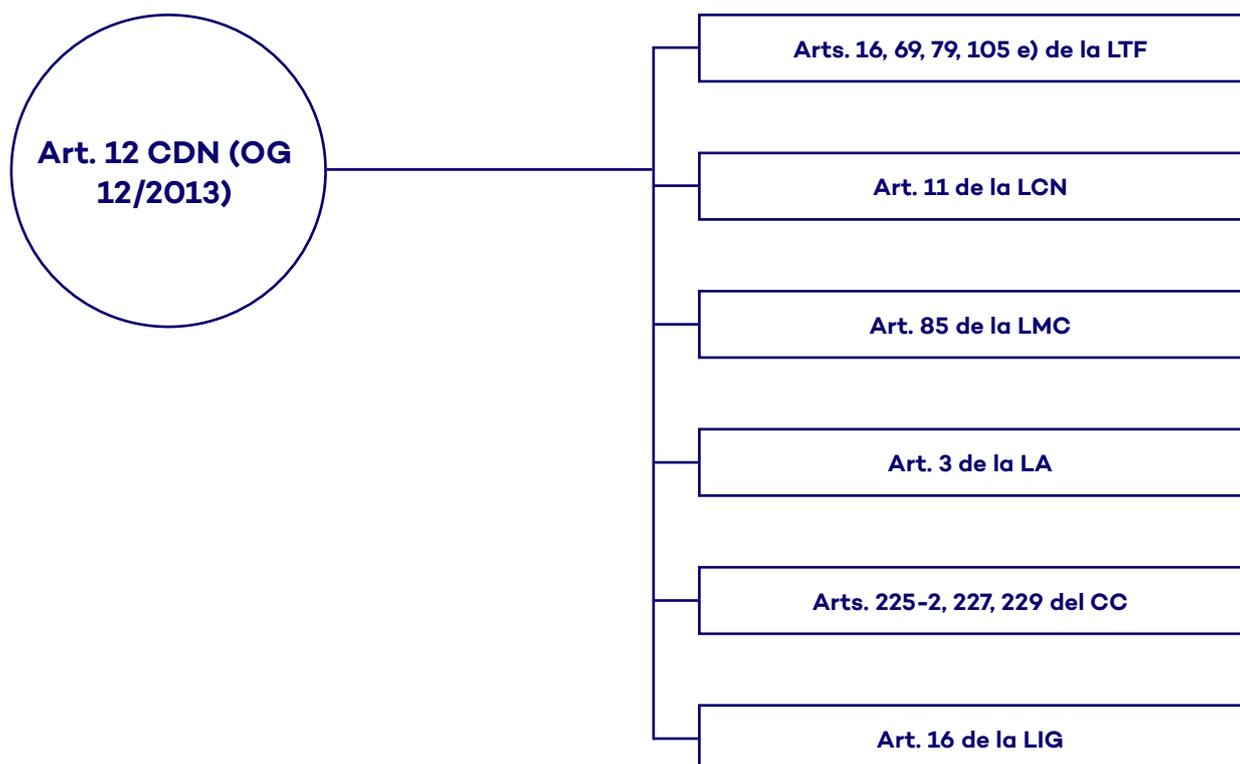
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En este documento, el derecho se estructura de la siguiente manera:

- (i) Que existan garantías por parte de los Estados para la práctica de la diligencia.
- (ii) Que el niño de que se trate, para que pueda declarar, esté en condiciones de formarse un juicio propio. Esto significa que debe evaluarse la capacidad que un NNA puede poseer para formarse una opinión autónoma. También se deben tener presente las formas no verbales de expresión: señas, dibujos, expresiones faciales, etcétera. Finalmente, buscar las facilidades para que se expresen los NNA con discapacidad o pertenecientes a minorías étnicas.
- (iii) Que el NNA pueda expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten. Ello significa que su declaración no sea sujeta a ninguna presión, manipulación o coacción.
- (iv) Las opiniones de los NNA deben ser tomadas en cuenta en función de su edad y madurez.

8.1 Consagración normativa en el derecho chileno

Los cuerpos normativos donde se consagra expresamente en derecho son la Ley de Matrimonio Civil, la Ley sobre Adopción, la Ley que Autoriza el cambio de Nombres y Apellidos, la Ley de Tribunales de Familia, el Código Civil y la Ley de Identidad de Género. También se regula en el Acta N° 237-2014 de la Corte Suprema. En todos ellos se consigna de similar forma y en ellos deben tenerse en cuenta los parámetros enunciados en la introducción y los demás que se consignan a continuación.



8.2 Condiciones para ejercer el derecho

El artículo 12 de la CDN lo establece en términos simples y señala dos cosas. Si se lee con atención la norma, esta habla de la habilitación para que el derecho sea ejercido, por una parte, y del valor que el juez le dará a lo que el NNA diga, por la otra.

Sobre lo primero, no todo niño debe ser llamado a emitir su sentir, sólo aquellos que, en opinión de quien deba decidir, posee suficiente juicio. Esto puede parecer caprichoso, pero no lo será en la medida que la autoridad, funde adecuadamente las razones para estimar aquello. Lo segundo, significa que se deberá ponderar la madurez y la edad del NNA para tomar con mayor peso sus opiniones.

Ambos factores dan por concurrente el hecho de que el DNO es una facultad para los jueces y no puede ser una obligación, desde que está sujeto a requisitos de apreciación. Con mayor razón cuando se puede suponer que los NNA no poseen dicha virtud, como cuando están en la primera infancia. Sin embargo, a este respecto existe una contundente jurisprudencia de la Corte Suprema que en todo caso el NNA debe ser oído directamente por los jueces.

Sobre esto último, si bien pareciera que según la norma nunca se podría escuchar a un lactante, como se examinará a continuación a propósito de la autonomía progresiva, esto no es así. A quien le está permitido lo más, que es oír a niños que, dentro del rango etario para considerarlos como tales, están dentro del tramo superior, también le está permitido lo menos, que es escuchar a los NNA que están en el tramo inferior.

**Condiciones para
el ejercicio del
derecho del niño a
ser escuchado**

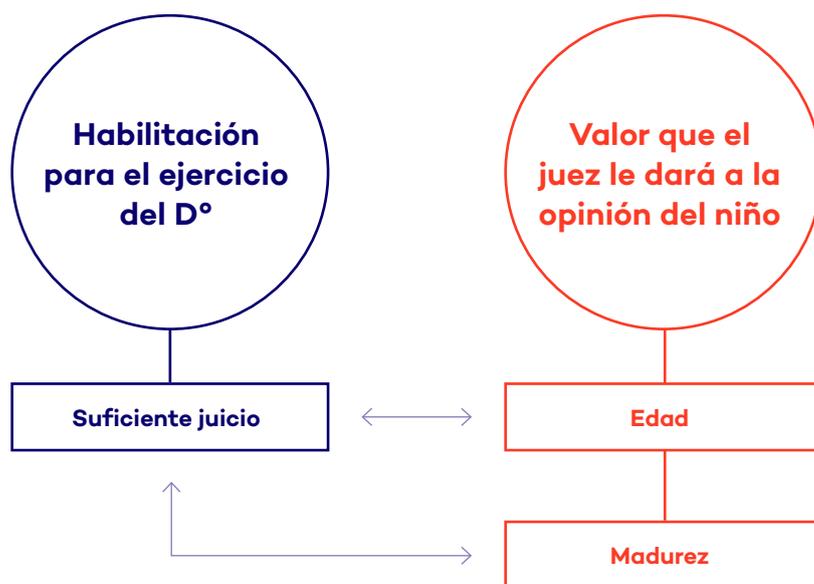


Figura 9

El Código Civil se refiere al derecho a ser oído del NNA, fundamentalmente, en los artículos 227.1 y 242.2 del CC; 85.2 de la LMC; 16.2, 69, 79 y 105 letra e) de la LTF y 3 de la Ley de Adopción. Las referidas normas son del siguiente tenor:

“**Artículo 227.1** En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez oír a los hijos y a los parientes”. En el artículo 242.2, segunda parte, el CC agrega que el juez, respecto del hijo, “...tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

El artículo 85.2 de la LMC, a este respecto, se refiere al NNA que esté en “condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes”, en la tramitación de la separación judicial, de la nulidad del matrimonio y del divorcio.

La LTF fue la que se refirió de una forma más extendida al derecho a oír al NNA (artículos 16.2, 69, 79 y 105 letra e). El artículo 16.2 de la LTF establece lo siguiente:

Artículo 16.2. [Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído]. “El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento (...)”.

Y la misma LTF agrega lo siguiente:

“**Artículo 69.** [Comparecencia del niño, niña o adolescente]. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica”.

“**Artículo 79.** [Derecho de audiencia con el juez]. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.” De esta forma, el artículo 69 de la LTF ha establecido una audiencia confidencial para el NNA.

Finalmente, el artículo 105 de la LTF, en materia de mediación, establece que: “Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan: (...) e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación”.

Por último, la voluntad del NNA será indispensable respecto de los menores adultos, o sea de las mujeres mayores de 12 años y varones mayores de 14 años y menores de 18 años, y de los menores de dicha edad en función de su edad y madurez, en materia de adopción por aplicación del artículo 3 de la Ley de Adopción. En este sentido, la referida norma establece:

“**Artículo 3.** Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquel, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento”.

Existe una nutrida jurisprudencia que ha entendido que escuchar al NNA es un deber para los tribunales, mas como se dirá más adelante, no una obligación⁸³. La Corte Suprema ha tendido a fijar la edad en la que es obligatorio escuchar al NNA alrededor de los 11 años (sentencia de la CS de 18 de agosto de 2015, por la que se resuelve que desde los 11 años el menor gozaría de un germen de autonomía)⁸⁴.

Sin perjuicio de ello, se debe tener en consideración que la Observación General N° 12 establece que:“(...) Una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir cómo se lo escuchará: ‘directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado’. El Comité recomienda que, siempre que sea posible, se brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento”⁸⁵. Finalmente, es altamente conveniente, y así se ha resuelto, escuchar al NNA en segunda instancia.⁸⁶

83 CARRETTA (2018a), pp. 118-142.

84 CARRETTA (2018b), p. 416.

85 Véase: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNiño-WEB.pdf>, página 208.

86 CARRETTA (2018b), pp. 421 y 422.

8.3 Conexión entre el derecho del niño a ser oído y la autonomía progresiva

El DNO es una de las principales herramientas para que el juez valore la autonomía progresiva de los NNA. Ello, porque la conexión entre este derecho, el interés superior del niño y la autonomía progresiva se da de la siguiente manera. Parece existir una graduación del peso de lo que un NNA manifiesta y quiere, en la medida que su edad avanza. A mayor edad, ocurre un mayor grado de madurez lo que da por resultado un afianzamiento progresivo en la voluntad de los NNA, que les confiere la posibilidad de tomar decisiones independientes a las de sus progenitores. Luego, la mejor forma de indagar sobre estos aspectos es en la medida que el NNA manifieste su parecer en lo posible a través de sus opiniones, aunque como ya se dijo, se puede dar a entender de otras maneras.

En el diagrama se observa un paralelo entre ambos derechos y tienen en común el hecho de que para su apreciación se debe tomar en cuenta la evolución de sus facultades cognitivas.

Art. 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que **esté en condiciones de formarse un juicio** propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, **teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.**

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de la ley nacional.

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

Ahora bien, es fácil comprender la autonomía progresiva del NNA en la medida que la edad del ser humano avanza y este se puede dar a entender con mayor claridad. Sin embargo, qué sucede en las etapas anteriores. Por ejemplo, en edades inferiores a 8 años, que es la edad donde podemos coincidir que los niños poseen un grado de inferior de desarrollo cognitivo y que la Observación General N° 7 ha definido como la primera infancia⁸⁷. ¿Existe la AP en esos años? Es decir, ¿se puede valorar algún grado de independencia de los niños frente a sus padres a esos años? Luego, si no es así, ¿cuál es el piso desde donde comienza la AP a tener un efecto práctico?

Teóricamente, si se estima que se está frente a un derecho humano, entonces se debe considerar que el derecho existe a partir de la existencia legal de la persona. Es decir, al nacer. Pero en los hechos: ¿se puede entender que un niño puede ejercer derechos independientes a sus progenitores antes de su primer año?

Para entender esto es útil observar esta situación a propósito de un caso que ocurrió en el Juzgado de Familia de Pudahuel. Sucede que un niño, de menos de un año, estaba en medio de una disputa de sus padres versus el Estado por la declaración de susceptibilidad. La madre quería ejercer sus derechos, pero de acuerdo con los antecedentes podía haber dudas si había sido irresponsable con su hijo. Para apreciarlo, la juez estimó necesario oír al niño.

Los NNA pueden expresar sentimientos desde la más temprana edad, de acuerdo con la ciencia (Piaget, Gesell, etcétera), y para ello desarrollan ciertos gestos corporales que son fácilmente apreciables por los sentidos. Hay estudios que le atribuyen significado a la comunicación gestual de un lactante entre los 8 y 12 meses de edad, específicamente el movimiento de sus dedos en una u otra dirección, con lo que expresa ciertas necesidades⁸⁸. El corolario de esto es que las OG N°s 12 y 7 aclaran que no sólo debe oírse a un niño por el habla, sino que también por sus expresiones no verbales.

87 Observación General N° 7 (2005), p. 2.

88 Véase FARKAS (2008).

Pues bien, volviendo al caso y tomando en consideración todo lo dicho, la juez de familia antes de dictar sentencia visitó al lactante. En ese lugar apreció la evidente carencia de emociones del niño que reveló su estado evidente de abandono, hecho que a la postre fue uno de los factores determinantes para declararlo susceptible de adopción.

Si bien se aprecia que en buena medida el niño no tomó la decisión, porque en efecto fue la juez, podemos agregar que en una buena parte sí lo hizo, al menos presuntamente. Se tomó en consideración su opinión, teniendo en cuenta su desarrollo evolutivo y su expresión corporal conforme a ese desarrollo.

8.4 La diligencia de la audiencia reservada: ¿se trata o no de un trámite esencial en el procedimiento?

Para analizar esto es necesario consignar un extracto de una sentencia de la Corte Suprema, del año 2015, que ha marcado un precedente sobre la materia: “(...) que por otro lado, debe considerarse que conforme a la edad del niño, alrededor de 11 años, este ya goza de un germen de autonomía, que conforme se va desarrollando, va progresivamente consolidándose, la cual debe ser apreciada por los sentenciadores, reafirmando que el deber de otorgar a este la posibilidad de ser oído en la sustanciación de un proceso en que se pretende determinar su identidad, constituye un trámite esencial del procedimiento cuya omisión debió corregir la Corte de Apelaciones de Santiago, de modo que, al no hacerlo se ha configurado la causal de nulidad formal prevista por el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 800 del mismo cuerpo de normas, texto que, al designar los trámites o diligencias esenciales en segunda instancia, al igual que lo hace el artículo 795 en relación a la primera instancia, utiliza la expresión: ‘En general’ lo que permite entender que la enumeración que en tales textos se contiene, no es taxativa”.

Pues bien, como se observa, la Corte Suprema efectúa un análisis exegético de la cuestión y se asila para ello en el tenor de los artículos 768 y 800 del Código de Procedimiento Civil. Esta última disposición establece “en general se consideraran trámites esenciales...”, para dejar de manifiesto que no es taxativa y que por lo tanto existen otros trámites esenciales aparte de los que enumera. En consecuencia, se debe buscar una ley que específicamente declare como esencial el oír al NNA, desde que el juez no puede crearlos. Sólo el legislador.

Como ya se expresó, las reglas que se refieren al ejercicio del derecho en referencia se encuentran en la CDN y en siete cuerpos normativos. En ninguno de ellos aparece que sea un trámite esencial y no podría serlo si está sujeto a condiciones. Como ya se dijo, el juez puede discernir si un niño está en condiciones o no de ser escuchado. En

la conciencia del juez siempre puja la victimización secundaria, por la cual puede estimar que es contraproducente escucharlo y “fundadamente no hacerlo”.

Aquí no se está en presencia de un trámite obligatorio como lo es la citación para oír sentencia o la recepción de la causa a prueba, puesto que a diferencia de estos, como ya se expresó, la posibilidad de escuchar a un NNA está sujeta a factores subjetivos.⁸⁹

89 Con esta doctrina, es posible que se esté obligando a los jueces a traer a los NNA a estrados en toda ocasión “para cumplir con el trámite”, lo que a la postre puede ser contraproducente para los propios intereses de los NNA. Véase CARRETTA (2018a).

8.5 Las formas de producción de la declaración

La declaración de los NNA actualmente se puede producir en dos lugares. En las salas Gesell o en las salas ordinarias de audiencias. Sin duda que el lugar óptimo para hacerlo es en las primeras, sin embargo, al no haber una obligación legal de hacerlo ahí, los jueces optan por uno u otro lugar dependiendo de varias circunstancias que no es del caso indagar aquí.⁹⁰

En cuanto a la diligencia en sí, no existen limitaciones jurídicas para que se lleve a cabo las veces que el juez estime pertinente. No existen evidencias de que la victimización secundaria concorra en la justicia de familia, como sí existe en la justicia penal. A pesar de ello, los jueces son reacios a citar a los NNA más de una vez a declarar.⁹¹

Por cierto, la declaración del NNA está sujeta a que estos quieran hacerlo, puesto que es un derecho para ellos, no una obligación, y el juez debe preguntarles si acceden voluntariamente a emitir su parecer. Luego, si los NNA deciden ser escuchados, la diligencia se debe someter a un cierto protocolo establecido en un auto acordado de la Corte Suprema⁹². Las menciones contenidas en él luego se plasmaron en un manual de abordaje donde se describen didácticamente ciertas etapas de la diligencia. Este último se puede revisar en el siguiente link:

— [Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en tribunales de familia](#)

La diligencia se lleva a cabo con la asistencia del juez, del consejero técnico y el curador *ad litem*. Quién entrevista en persona al niño es generalmente el consejero, pasando el juez a asumir la dirección del

90 Véase CARRETTA (2018b).

91 Véase CARRETTA (2018c).

92 Corte Suprema de Justicia de Chile, 2014.

trámite. Sin embargo, también hay jueces que toman la diligencia ellos, dejando al consejero que oriente las preguntas. Esta última es la mejor opción puesto que es más cercana al principio de la inmediación que guía todos los trámites del procedimiento.

El problema que presenta la declaración es que, como señalan algunos autores, esta se ha convertido en una caja negra⁹³. Nadie, salvo el juez, nunca sabrá lo que el niño dice. El inconveniente con esto es que si se considera que lo dicho por el NNA será uno de los principales elementos –si es que no el principal– que el juez tomará en consideración para formarse su convicción que lo llevará a la decisión que se plasmará en la sentencia; entonces las partes tampoco podrán contar con este elemento esencial. Esto, sin duda, desmejora notablemente su posibilidad de recurrir de la sentencia.

93 Véase FUENTES y GARCÍA (2015).

8.6 La valoración del DNO

El siguiente reto relevante para la dogmática jurisprudencial es poder distinguir los criterios conforme a los cuales es posible valorar la opinión del NNA. El artículo 12 de la CDN establece el derecho a que el NNA sea oído en los siguientes términos:

“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Esta norma no fue incorporada en el primer borrador de la CDN. En el segundo borrador, se redactó como un derecho del NNA a expresar su opinión en asuntos concretos concernientes a su persona, y en particular respecto del matrimonio, ocupación, tratamiento médico, educación y recreación. Dinamarca señaló que lo indicado por el niño debería ser considerado por las personas que pueden decidir en torno a los NNA. Y la delegación danesa recalcó que la responsabilidad, en los asuntos personales del NNA, debe ir en aumento. Estados Unidos propuso una lista de once aspectos que exigían que se expresara la opinión efectiva y no violenta del NNA. También se discutió sobre si se debía “habilitar” o “garantizar” el DNO⁹⁴. En definitiva, se optó porque los Estados garantizaran este derecho.

Por tanto, este es un deber exigible especialmente a los jueces. A su vez, los artículos 242.2 segunda parte del CC y 69.1 de la LTF se refieren a tener debidamente en cuenta la opinión del NNA, lo que incluye seguir su opinión totalmente, en parte e incluso desecharla. Pero en el rechazo de la opinión, sobre todo del adolescente, será determinante su madurez, haciéndose cada vez más difícil que el juez no tome en cuenta su opinión en algún sentido.

El artículo 16 de la LTF reafirma esta interpretación, por cuanto la forma en que el juez debe “garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes (...) el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías” es precisamente de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del mismo artículo, es decir, entendiendo que “...el interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”.

Por ello, el primer deber del juez es escuchar al menor y el segundo será valorar dicha opinión. La negativa del juez a oír al menor sólo se justifica de producirse algún evento por el cual el NNA no está en condiciones de formarse un juicio propio, como se desprende del artículo 85.2 y 3 de la LMC⁹⁵. Ahora bien, excepcionalmente el juez podrá excusarse de escuchar al niño o al adolescente en casos en que los antecedentes del caso y preferiblemente un informe psicológico avale su inconveniencia o si es imposible, por su edad, que el menor manifieste una opinión⁹⁶. A su vez, a pesar de que el adolescente dé

95 Un criterio que complementa a la madurez es la determinación de la falta del “juicio suficiente”. Este criterio puede servir para decidir no oír al menor, pero al ser un grado inferior en el desarrollo del menor con relación a la madurez, dicho criterio es más laxo en torno a las edades. De esta manera, el menor debe ser oído si tiene a lo menos doce o catorce años, en casi cualquier circunstancia, y en los casos en que fuere menor de dicha edad, se debe comprobar que no tiene el suficiente juicio para no ser escuchado.

96 En este sentido, una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 773-2011, de fecha 7 de diciembre de 2011, en sus considerandos tercero y cuarto resuelve que “el examen de los antecedentes revela que, efectivamente, el menor J.L.S., de actuales 9 años de edad, no fue escuchado durante el juicio, desatendiéndose el mandato contenido en el artículo 16 de la Ley N° 19968, en cuanto establece el derecho del niño a ser oído como uno de los principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, impone el mismo deber al consagrar en su artículo 12 que deberá garantizarse al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, expresar libremente su opinión, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. **Cuarto:** Que

su opinión y aun si posee la madurez necesaria para ser tomado en consideración, excepcionalmente el juez podrá no darle valor alguno a ella, si esta atenta contra el propio interés del NNA. El rechazo debe fundarse en que la opinión del NNA atenta contra su propio interés, en la medida que la opinión del NNA no es aceptable por el ordenamiento jurídico⁹⁷.

En resumen, las condiciones de madurez se refieren a aspectos concretos. Ellas determinan desde el deber de escuchar al NNA hasta el reconocimiento de su capacidad.

en esta causa, dar cumplimiento a tal normativa era especialmente relevante, si se considera que se trataba de disponer la forma como debía generarse un régimen comunicacional con un padre ausente por muchos años, todo lo cual provoca en el menor un importante grado de ansiedad, según se deja constancia en uno los informes periciales que la sentenciadora tuvo como elementos de prueba. Escuchar al menor en una materia que es de su directa y total incumbencia, era también posible si se considera que la pericia psicológica da cuenta que tiene un desarrollo físico y maduracional propio del ciclo vital en que se encuentra, su desarrollo de lenguaje es apropiado y tiene la capacidad de comprender y expresar ideas de forma clara y fluida. Se daban así las condiciones necesarias para cumplir con tal esencial diligencia, cuyo resultado es determinante al momento de decidir si el derecho que el padre quiere ejercitar debe prevalecer sobre el interés superior del menor, que según el artículo 3 de la Convención ya citada, debe tenerse en cuenta como una consideración primordial. Al no haberse procedido de la manera dicha, se ha faltado a una diligencia, cuyo carácter esencial es incuestionable, siendo la única forma de reparar tal omisión la anulación de la sentencia y del juicio que le sirve de antecedente, por lo que el recurso de casación, sobre la base de esta causal, será acogido". La sentencia evidencia que para la Corte es un trámite esencial del proceso que se escuche al menor. Corte de Apelaciones de San Miguel, 7 de diciembre de 2011, considerandos tercero y cuarto, rol N° 773-2011. Número de identificador Microjuris: MJCH_MJJ36106.

97 BARCIA (2020), p. 601.

8.7 El DNO y la ley que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delito sexuales

El 9 de enero de 2018 fue promulgada la Ley N° 21.057, que regula las entrevistas que se les efectúan a los NNA en el marco de un juicio oral en lo penal. La causa de la implementación de esta ley estaba en la necesidad de mesurar los perniciosos efectos que la victimización secundaria provoca a los NNA en sede punitiva. Este fenómeno los afecta desde el trato que reciben por los operadores, al enfrentar el sistema judicial, hasta el hecho gravoso que implica volver a contar y recordar el evento traumático que los trae a estrados.

Nótese que se utiliza en delitos que afectan la esfera de la sexualidad. La historia del establecimiento de esta ley es bastante gráfica en señalar la razón de aquella elección: “Pocos atentados en contra de la integridad física y psíquica de una persona producen un efecto tan dañino y psíquicamente perturbador como aquel que sufre una persona que ha sido víctima de un delito sexual. Pero cuando la víctima es, además, un menor de edad, el sufrimiento, la confusión y el daño que provocan los ataques de esta naturaleza se multiplican varias veces, habida cuenta de la fragilidad física y la inmadurez psicológica que caracteriza al ser humano en dicha etapa de su vida”⁹⁸.

Este cuerpo normativo es una manifestación del derecho del niño a ser oído en el ámbito de la comisión de crímenes y delitos. Es importante precisar esto, es decir, que su objetivo no cabe dentro de los fines de la justicia de familia. En ambas competencias las causas y efectos que se manifiestan sobre este tópico son diversas.

Un NNA presta una declaración en un juzgado oral en lo penal para cumplir con los objetivos de la persecución criminal. Para comprobar la culpabilidad o inocencia del imputado. Es un medio. En cambio,

en los tribunales de familia, cuando el niño es entrevistado por un juez o un consejero técnico, es un fin en sí mismo. Con sus dichos se aclaran aspectos que incidirán directamente en su bienestar.⁹⁹

Además, en un juicio de familia, los factores que le dieron inicio a una causa, que porta una problemática relacionada a la infancia, pueden variar, lo que puede llevar necesariamente a que un NNA sea entrevistado en más de una oportunidad. No así en el juicio penal, donde la ocurrencia del hecho es única y anterior al inicio del procedimiento. Es por ello que es factible petrificar una declaración mediante la videgrabación, que puede ser usada en más de una ocasión, sin que ello ocasione algún inconveniente.

En síntesis, no sería posible implementar esta ley en la justicia de familia. Por lo demás, los operadores de la justicia de familia deberían encontrarse mejor preparados para tomar contacto con los NNA y entrevistarlos cuando estos concurren a los diversos entes que la componen, tales como las oficinas de protección de derechos, recintos de salud, los consejeros técnicos, los funcionarios de un tribunal, los curadores *ad litem* y los jueces.

Ahora bien, esta ley establece como requisito para su aplicación que se trate de alguno de los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo, y en los artículos 141, incisos cuarto y quinto; 142; 372 bis; 374 bis; 390; 391; 395; 397, número 1; 411 bis; 411 ter; 411 quáter, y 433, número 1, todos del Código Penal.

Su objetivo es, como ya se dijo, prevenir la victimización secundaria y para ese fin “se busca evitar toda consecuencia negativa que puedan sufrir los niños, niñas y adolescentes con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos señalados en el inciso anterior”.

99 Véase CARRETTA (2018).

Los principios que la rigen son el interés superior del niño, la autonomía progresiva, sobre las cuales se ha hablado antes en este trabajo, y la participación voluntaria. Esto último quiere decir que los NNA no pueden ser forzados a intervenir en las entrevistas bajo ninguna circunstancia. También, contempla como principio la prevención de la victimización secundaria, que se orienta de acuerdo al objetivo planteado recién. Se agrega la directriz de la asistencia oportuna y la tramitación preferente, que dice relación con que los diversos estamentos que conforman la justicia penal deben tramitar con la mayor celeridad las audiencias donde se trataen materias relativas a los NNA. Esto significa una agenda preferente frente a otras materias que puedan estar tramitando.

Finalmente, se contempla el resguardo a la dignidad de los NNA, que se plantea en términos más amplios de los que podría pensarse en este contexto. La declaración del NNA debe ser vertida en un ambiente protegido con la mínima cantidad de personas. En efecto, la ley dispone que: “Todo niño, niña o adolescente es una persona única y valiosa y, como tal, se deberá respetar y proteger su dignidad individual, sus necesidades particulares, sus intereses y su intimidad”.

La entrevista, al tratarse de un acto procesal, requiere de un procedimiento específico y en base a ello se ha elaborado un protocolo. Este se puede encontrar en:

— Protocolo del artículo 31 letra i) de la Ley N° 21.057

En virtud de aquel, se divisan con claridad ciertas fases, para las que se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- a. Para resguardar la privacidad de los NNA sólo se permite, por regla general, la presencia del entrevistador y el entrevistado.
- b. La libertad de los NNA se manifiesta en que pueden pedir la suspensión de la audiencia.
- c. La entrevista es íntegramente videograbada.

- d. Luego comienzan las fases propiamente tales, que pueden dividirse en aquellas referidas a los factores previos a la entrevista y las concernientes a la entrevista misma. La primera se compone de las etapas siguientes:
 1. Planificación: en ella se analizan los aspectos generales que deben ser considerados al momento de la entrevista. Estos dicen relación con las características del NNA y el hecho denunciado. Es una fase informariva.
 2. Primer contacto: las instrucciones en este caso son reducir el impacto visual que para un NNA pueden producir los agentes policiales. En ese sentido, no deben usar vestimenta policial ni armas.

La siguiente fase se consigna íntegramente a continuación dada su importancia:

3. Desarrollo

3.1 Fase presustantiva. Una vez en la sala de entrevista, el entrevistador se presentará nuevamente con el NNA, dándole la bienvenida, y recordará la existencia de cámaras y micrófonos en la sala. Asimismo, si corresponde, le informará que la entrevista está siendo observada desde otra sala, explicándole los motivos de esto. Posteriormente, le expondrá las reglas básicas de la diligencia. Dentro de este contexto, en el caso de adolescentes, se entregará el contenido del artículo 305 del Código Procesal Penal, lo que será incorporado por el entrevistador dentro del encuadre de una manera comprensible en virtud de la edad, madurez y condición psíquica de aquel.

Para el establecimiento del rapport, el entrevistador animará al NNA a hablar sobre distintos temas de su interés a fin de favorecer el ambiente de seguridad necesario para la fluidez de la entrevista. De igual forma, el entrevistador efectuará al NNA preguntas abiertas sobre eventos neutros que haya vivido, con el objeto de practicar la manera en que se desarrollará la diligencia.

3.2 Fase sustantiva El objetivo de esta fase es obtener un relato lo más extenso y detallado posible sobre los hechos que se investigan. Para ello, el entrevistador formulará al NNA una pregunta

abierta inicial a fin de enfocarlo hacia el tema central investigado. Luego, continuará con preguntas abiertas adicionales que permitan ampliar la información entregada, u otras específicas que apunten a precisar aquélla o los demás antecedentes que surjan.

3.3 Fase de cierre. Esta fase está destinada a restablecer un estado emocional positivo del NNA y verificar si existe algún tema pendiente o información adicional que considerar. Para ello, el entrevistador, luego de entregarle al NNA la oportunidad de hacer alguna pregunta o entregar otros antecedentes, agradecerá su participación a la vez que establecerá conversación sobre un tema neutro. Posteriormente, frente a la cámara, el entrevistador dará por finalizada la EIV y señalará la hora con que ello se verifica. Finalmente, el entrevistador acompañará al NNA a la puerta, donde el funcionario encargado lo conducirá hasta la persona que esté a su cargo.



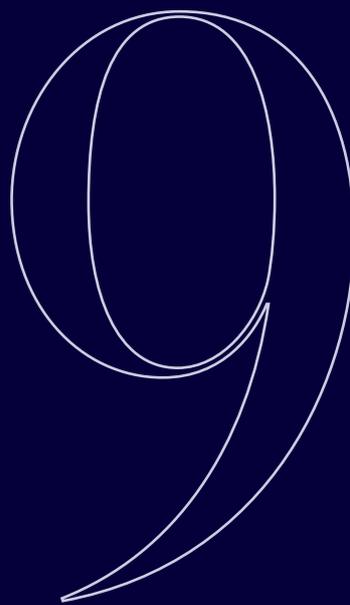
Figura 9

Una simulación de este tipo de entrevista se puede encontrar en:

- Ley de entrevista videograbada: simulación de declaración de niños, niñas y adolescentes en Iquique

Convención de derechos
de niños, niñas y adolescentes
en el contexto judicial

Materiales docentes Academia Judicial



El derecho del NNA a la vida

El derecho a la vida consiste en tener derecho a la vida propiamente tal y poder ejercerla y desarrollarla libremente. Naturalmente que el que se pueda desarrollar de esta forma exige una red de apoyo que está primero en la familia, y luego o coetáneamente en el Estado. Normalmente, en los instrumentos internacionales, aparece como “principio de derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo”. Y en este sentido, comprende todos los derechos que se requieren para la supervivencia y desarrollo del NNA, como se analiza más adelante. Pero en su vertiente jurídica, el derecho a una vida independiente se manifiesta a través del principio del ejercicio progresivo de los derechos de la infancia.

9.1 El ejercicio progresivo de los derechos de la infancia

En Chile, Varas sostiene que los derechos de la personalidad de la infancia admiten la representación legal de los padres. Ello, a pesar de que no desconoce formalmente el principio del ejercicio progresivo de los derechos de la infancia; pero Varas se inclina por otorgar a los padres un derecho preferente para decidir respecto del menor en el ámbito de la capacidad extrapatrimonial. Sin embargo, estima que el juez puede calificar la decisión de los padres como “una opción ética y jurídicamente admisible dados los principios y normas constitucionales en juego, en el contexto de una democracia que debe tolerar la diversidad de opciones o modos de vivir una vida buena”¹⁰⁰.

En contra de esta posición es posible sostener que ya el Código de Bello, en su versión original, entendía que la patria potestad (que es a través de la cual opera la representación de los padres) no operaba respecto de lo que hoy se denomina derechos de la personalidad. Así no se admitía la representación legal para contraer matrimonio a nombre del hijo o hija, reconocer a un nieto o nieta, testar por el hijo o la hija, etcétera.

Además, un análisis detallado del artículo 16.3 de la LTF permite sostener que los adolescentes, por regla general, son plenamente capaces, y los niños y niñas son, salvo excepciones, incapaces en materia de ejercicio de derechos de la personalidad. Naturalmente que la indefinición de la titularidad de los recursos constitucionales es admitida sin mayores reparos.

En el derecho comparado, tempranamente se permite que los menores puedan entablar acciones de emergencia (“*emergency actions*”) incluso, contra sus padres en su propio interés o solicitando una pensión de alimentos. En esta materia, en los países del *Common Law* son especialmente importantes los estatutos de limitación (“*statutes*”

of limitation”). Dichos estatutos tienden a proteger al menor de la negligencia de sus representantes, de esta forma, si estos no entablan las acciones que benefician al menor, el plazo de prescripción para su ejercicio comenzará a correr desde la mayoría de edad de este. Esta figura tiene su antecedente en el derecho continental. Incluso, como señala R.M. Horowitz, en muchos casos en que se señalan períodos especiales para entablar una demanda, como la demanda de indemnización, casos de mala práctica en materia médica y otras, prevalece el estatuto de limitación del menor. Sin embargo estos estatutos, a diferencia de nuestro derecho continental, se aplican al menor emancipado¹⁰¹. Sin perjuicio de lo cual, en la mayoría de los casos dichas normas se refieren a la obligación de los abogados contratados por los padres para defender a sus hijos, de solicitar su propia remoción en la medida que los padres entorpezcan su labor.

A su vez, en el Reino Unido, a través de la figura denominada “*next friend*” el menor puede demandar judicialmente, pero debe actuar a través de un abogado (*solicitor*). Además, este representante del menor sólo puede actuar en el interés superior de este, si ello no es de esta forma puede ser removido por una orden de la Corte¹⁰². En Chile

101 Pero ello no es así en todas las legislaciones estatales, ya que algunas, como la de Texas, han restringido la aplicación del estatuto de limitación, como acontece respecto de la responsabilidad médica. En Estados Unidos, la mayoría de los estatutos de asociaciones de abogados o colegios profesionales han dictado normas de conducta con relación a la representación del menor.

HOROWITZ (1984), pp. 5-6.

102 Dicha figura ha servido para dar a la Corte la facultad de poder nombrar a una persona en este cargo, cuando los padres o los representantes de los menores los están perjudicando. Así, en un caso de menores aquejados de talidomida presentado ante la Corte en el Reino Unido –conocido como *Re Taylor's Application*–, la Corte aplicó esta figura. Los representantes de un número considerable de menores que estaban aquejados por este mal llegaron a un acuerdo extrajudicial con la demandada que presumiblemente lo provocó. El acuerdo consistía en que la empresa The Distiller's Company ponía un *trust fund* –figura similar a un fondo fiduciario– a favor de los menores, pero sólo si todos ellos aceptaban los términos establecidos por dicha compañía. El problema surgió cuando sólo cinco padres se negaron a aceptar dicho acuerdo, afectando de esta forma a los demás menores; pero además a sus propios hijos. Entonces, la Corte acogió la solicitud, presentada por los padres que deseaban el acuerdo, de designar un *next friend*. Finalmente, la Corte acogió el argumento de los solicitantes, que la negativa de los referidos padres era injustificada y ponía en peligro la totalidad del acuerdo, procediendo a nombrar a un *next friend*. De acuerdo al diccionario legal *Black's Law Dictionary*, dicho término significa: “*One acting for benefit of infant, or other person not sui juris (person unable to look after his or her own interests or manage his or her own lawsuit), without being regularly appointed guardian*”, es decir, “una actuación favorable al menor o de una persona que no es capaz de ejercer sus derechos por sí sólo (persona incapaz de velar por sus propios intereses o de entablar sus propias demandas) sin estar nombrado un guardador”, en traducción de los autores. *Black's Law Dictionary*, Sixth Edition, by Campbell Black, Henry, West Publishing, Co, 1990, p. 1043. También se puede definir como “*one acting for benefit of infant*”. El denominado *next friend* es aquella persona que actúa en beneficio o interés de los menores. Respecto de

este rol de representante del niño puede tomarlo el defensor de la niñez, por cuanto puede participar como *amicus curiae* en juicios en los que no es parte (artículo 4, letra [j] de la Ley N° 21.067), esto en concomitancia con la misma ley en su artículo 16.

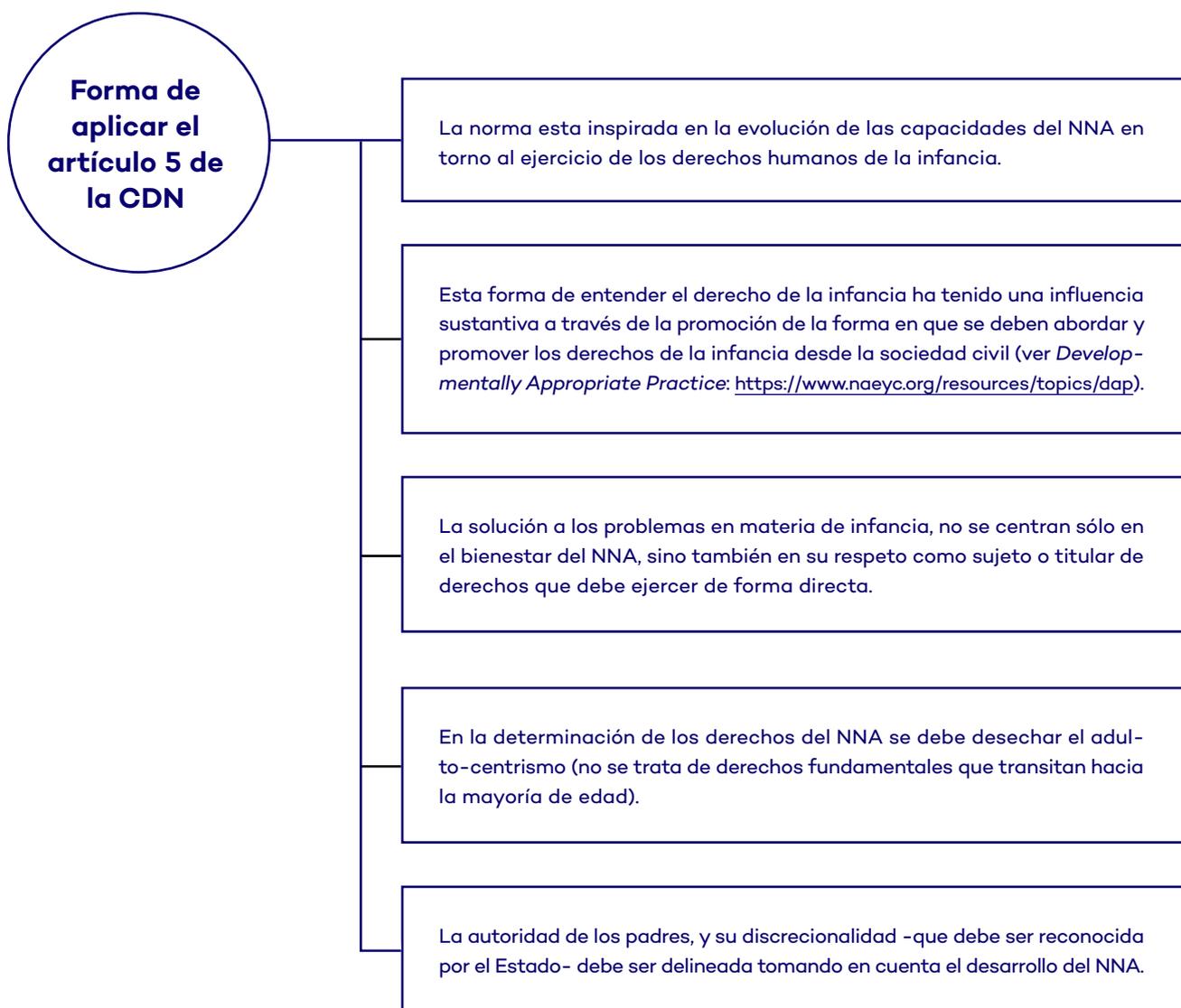
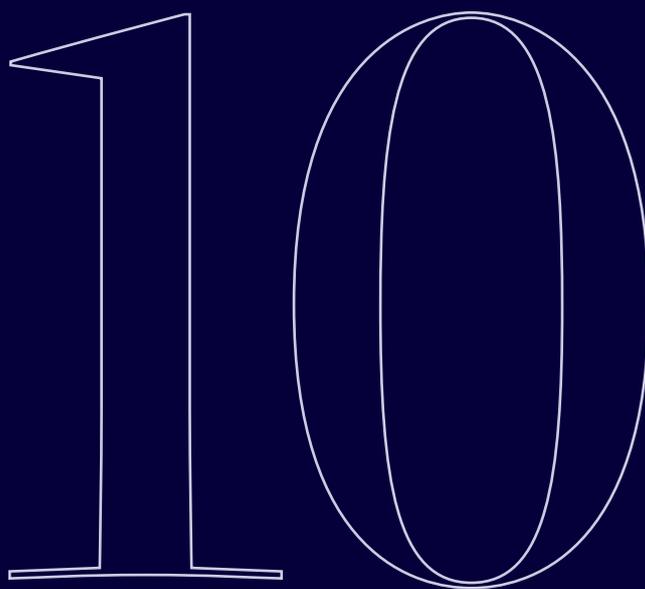


Figura 10

esta figura, en el Reino Unido, R. Denyer señala que su aplicación no requiere de nombramiento especial. Pero en la práctica ello es aconsejable. La Corte para nombrar a una persona en dicha calidad solicita un escrito aceptando el nombramiento y un certificado del abogado del menor. Dicho certificado debe señalar lo siguiente: que la persona sobre la que se certifica es un menor y que la persona designada como *next friend* no tiene interés en una acción adversa al menor. Además, el sujeto designado como *next friend* debe de hacerse responsable de toda cantidad de dinero que el menor fuese condenado a pagar. DENYER (1988), p. 9.



Estudio de los
derechos particulares
contenidos en
la CDN

Los derechos particulares contenidos en la CDN son una forma de aplicación de este instrumento como conjunto. Así se desprende de su artículo 5. Esta norma, como toda la convención, destaca un enfoque basado en derechos que se desarrollan de forma progresiva¹⁰³. La doctrina más relevante en materia de infancia ha señalado que este estándar integrativo de solución de conflictos destaca sobre otros instrumentos internacionales.¹⁰⁴

En cierta medida se puede señalar que esta norma constituye el espíritu de la CDN por cuanto no se centra, como lo hacen los artículos 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o la mayoría de los instrumentos internacionales en materia de niñez, en la protección del NNA sino en el desarrollo de los derechos fundamentales o personales que establece la convención.

Así, la CDN más que centrarse en la relación de dependencia de los NNA, lo hace en su desarrollo como individuos y en el progreso hacia un ejercicio pleno y responsable de derechos; pero ello dentro de un respeto hacia la familia y la comunidad del NNA. En sentido práctico, el estándar del artículo 5 influye en tres aspectos decisivos del derecho de la infancia.

103 KAMCHEDZERA (2012), p. 1. De esta forma, el autor precedente señala que: “*Second, the commentary adopts a child rights-based approach in its analysis of the Article, other standards, previous works, and practices. Third, the commentary uses the concept of progressive dignified life for the child as an analytical and organizing idea*”.

104 En este sentido, Kamchedzera señala que: “*...The uniqueness of Article 5 of the CRC [CDN] is prominent when compared with other non-CRC international standards on child rights or child wellbeing. Its linking of the child's evolving capacities with appropriate direction and guidance is absent in all other comparable international human rights standards passed before and after 1989, when the CRC was adopted (...)* The drafting history of Article 5 of the CRC shows that the framers were agreed on at least one major revolutionary point. They wanted to use the Article to introduce an innovation in international and national laws, systems, and processes for a child rights-focused approach to appropriate direction and guidance”. KAMCHEDZERA (2012), pp. 6 y 13.

10.1 Derecho a la supervivencia y el desarrollo

Estos son derechos a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Incluyen derechos a recibir una alimentación adecuada, vivienda, agua potable, educación oficial, atención primaria de la salud, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos.

Estos derechos exigen no solamente que existan los medios para lograr que se cumplan, sino también acceso a ellos. Una serie de artículos específicos abordan las necesidades de los niños y niñas refugiados, los niños y niñas con discapacidades y los niños y niñas de los grupos minoritarios o indígenas¹⁰⁵. Estos derechos comprenden desde la atención prenatal durante el embarazo materno hasta una atención médica asequible económicamente durante la infancia y en la edad adulta.

10.1.1 El derecho del niño a ser criado y educado por sus padres: la responsabilidad parental y el deber subsidiario del Estado

Los artículos 18, 9, 28, 29 y 5 de la CDN establecen este derecho. Se ha optado por presentarlo de esta forma porque en este orden desarrolla de mejor forma su concepto, contenido y limitaciones. La primera de estas disposiciones establece:

1. “**Artículo 18.** 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

105 Véase https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”.

En el segundo borrador se estableció que la crianza del niño descansará igualmente en ambos padres y que estos debían guiar por sus mejores intereses y de acuerdo con sus propias creencias (párrafo 1). Ello, con miras a proteger a la familia y a los padres de la injerencia del Estado. Sin embargo, la referencia a la responsabilidad parental, es decir, como crianza y educación, o como deber de los padres, se desechó. Ello porque se consideró que un instrumento internacional será oponible a los Estados y no a los padres. Este punto debe destacarse, porque los Estados reconocen a la responsabilidad parental, pero su determinación y contenido se deja a cada Estado.

El segundo párrafo fue propuesto por Estados Unidos y corresponde a la forma en que el presente trabajo ha desarrollado el interés superior, como una forma de desarrollo de los derechos del NNA. Este aspecto se recalca claramente en la CDN, en la primera parte del párrafo 2, cuando se establece que: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención...”. Nótese que en este caso la exigencia a los Estados Partes no sólo es “garantizar”, sino “promover” los derechos fundamentales de la infancia y adolescencia que básicamente lleven al mejor desarrollo de la niñez, o de la personalidad.

El artículo 29 de la CDN especifica un poco más el contenido del derecho a la educación, siendo especialmente relevante el párrafo 1:

1. “**Artículo 29.** 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental, física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.
2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado”¹⁰⁶.

El artículo 27.2 de la CDN establece el contenido de la crianza y educación como deber de los padres en los siguientes términos:

1. “**Artículo 27.** 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

106 El artículo 28 de la CDN se refiere al deber del Estado de proveer educación a los NNA.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (...)."

A su vez, el artículo 18 está íntimamente ligado con el deber del Estado de no separar a los hijos de sus padres, consagrado fundamentalmente en el artículo 9 de la CDN, que establece lo siguiente:

1. “**Artículo 9.** 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona está bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes

se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas”.

Ornelas destaca que el derecho del NNA a no ser separado de sus padres se planteó originariamente como un derecho a no ser separado de la madre, pero una serie de países señalaron la necesidad de fortalecer la figura paterna, lo que condujo a la actual regulación¹⁰⁷.

El artículo 5 es una norma fundamental de la CDN, por cuanto determina la dirección, orientación y límites de la responsabilidad parental, de la familia ampliada y de la propia comunidad. La referida norma es del siguiente tenor:

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

Nuevamente, este artículo se origina en una iniciativa de Estados Unidos, que buscaba un reconocimiento fuerte de la familia. Alemania propuso un párrafo todavía más claro a este respecto, que señalaba: “Nada en esta Convención afectará el derecho y la tarea de los padres y, cuando aplicable, de los guardianes legales de tomar medidas como sean requeridas para la crianza y bienestar del niño”¹⁰⁸. Sin embargo, se consensuó la actual regulación estableciendo que: “o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local”. Esta referencia que hace la norma a la familia ampliada o la comunidad, y a la costumbre local, ha dado lugar a un verdadero “artículo paraguas”, por cuanto es la disposición determinante en la aplicación de los derechos de la infancia. Esta regulación se consideró respecto de la educación de los hijos,

107 ORNELAS (2020), pp. 96.

108 ORNELAS (2020), pp. 104.

pero se decidió no ubicarla en las normas que regulan esta materia precisamente porque se estimó que es un criterio general. Y en este sentido, es clave en la aplicación del interés superior.

10.2 Derecho a la protección de los NNA

En general los casos que se analizan a continuación están integrados dentro del denominado Sistema Jurídico Interamericano, o el “*corpus iuris* de la infancia” que incluye la regulación de la Asamblea General de las Naciones Unidas o la OEA, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en especial la CDN y la Convención Americana sobre Derechos Humanos), las observaciones de los Comités de Derechos Humanos (el Comité de los Derechos del Niño), las regulaciones de la Organización Internacional del Trabajo, etcétera.¹⁰⁹

En torno a la protección del NNA, además de las normas precedentemente señaladas de la CDN, es especialmente relevante el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. La doctrina de la protección integral de la infancia y de los derechos del NNA que promueven los instrumentos internacionales, se desarrolla en las siguientes tres áreas: el trabajo infantil, la adopción internacional (fundamentalmente la trata) y el tratamiento del derecho penal con relación a la infancia y la adolescencia.

Es necesario señalar que no ha sido el Código Civil o la dogmática civil la que ha impulsado las reformas al Libro general de Ley Civil, sino Convención sobre los Derechos de los Niños. De hecho, este instrumento internacional ha modificado de manera directa e indirecta el Código de Bello. Así por ejemplo, ya en el artículo 1 la CDN introduce una discrepancia con el sistema de capacidad propio del texto nacional, toda vez que establece que: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Esto es, refuta la tradición del Código Civil en cuanto rea-

109 En este sentido es destacable que la OIT ha propuesto directrices para el diseño de estrategias de acción directa para combatir la explotación sexual comercial infantil. Ellas se pueden consultar en <https://www.ilo.org/ipeinfo/product/viewProduct.do?productId=8272>.

liza una distinción para efectos de clasificar a un niño como incapaz relativo o incapaz absoluto. En cambio, para la convención, su manto protector y de desarrollo de derechos cubre a todos los niños.

Cabe destacar que, además de la CDN, Chile ha ratificado otros instrumentos internacionales en materia de protección del menor. Ejemplos de ello son el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

Los artículos más relevantes de la CDN, en torno a la protección de la personas y derechos del niño, son los siguientes:

“Artículo 7. 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias lícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente a su identidad.

Artículo 9. 1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés supe-

La protección que la Convención otorga a sus sujetos de interés no se limita a una cuestión reactiva, como es la protección ante los maltratos que sufra, sino que es proactiva, toda vez que busca que el niño, niña o adolescente pueda ejercer sus derechos.

rior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona está bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para las personas interesadas”.

Esta norma resume toda la actividad del juez en lo tocante al cuidado personal. La idea de que un niño estará mejor con sus padres está avalada por la experiencia clínica y el sentido común, pero en variadas ocasiones esta idea es desafiada por el comportamiento de padres que maltratan a sus hijos. Es entonces que esta norma adquiere su sentido y su trasvasije a la legislación interna se ha traducido en importantes reformas al Código Civil.

La protección que la convención otorga a sus sujetos de interés no se limita a una cuestión reactiva, como es la protección ante los maltratos que sufra, sino que es proactiva, toda vez que busca que

el niño, niña o adolescente pueda ejercer sus derechos. Pero no se trata de un ejercicio “independiente”, es un ejercicio que debe ser promovido primero por los padres, guardadores y representantes legales, y luego por el Estado.

La protección del menor abarca también el resguardo de sus derechos fundamentales, como es el caso de libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia, religión y privacidad. Finalmente, cabe transcribir el artículo 19 CDN, que establece un deber del Estado para con los niños, en torno a su protección, específicamente en lo que dice relación a su desarrollo material y espiritual, para lo cual compromete al Estado en la adopción de medidas e implementación de instituciones aptas para satisfacer tal necesidad. Así, la norma establece:

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

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Esta norma, como los artículos 17, 18.1, 22.2, 24.1, 28.1 b) y 42 de la referida convención¹¹⁰, denotan que dicho instrumento internacional, más que establecer derechos de la persona, lo que hace es consagrar compromisos para los Estados Partes.

110 BAZÁN (1998), pp. 55 a 73.

10.2.1 Explotación sexual comercial infantil (ESCI)

La Organización Internacional del Trabajo ha señalado, respecto de este flagelo:

“La explotación sexual comercial infantil es la explotación por un adulto de un niño, niña o adolescente, menor de 18 años, acompañada del pago en efectivo o en especie al niño, niña o adolescente, o a un tercero o terceros. La OIT considera que la explotación sexual comercial infantil (ESCI) es una grave violación de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y una forma de explotación económica análoga a la esclavitud y al trabajo forzoso, que constituye además un delito por parte de los que utilizan a niñas, niños y adolescentes para el comercio sexual”¹¹¹.

Es importante destacar que, según trabajos en esta materia, la ESCI ha crecido producto de dos factores: el turismo sexual (dado por la globalización) e internet. La CDN fue uno de los primeros instrumentos internacionales que se refirieron a esta materia, preceptuando:

“**Artículo 34.** Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”.

Por su parte, el Convenio 182 de la OIT señala que la ESCI se configura por dos elementos: a) La vulneración de los derechos de la infancia y su reafirmación como víctimas, por lo que se considera una forma de maltrato infantil; b) El carácter mercantil, consumista y abusivo del fenómeno¹¹². El segundo elemento es fundamental,

111 Véase <https://www.ilo.org/ipec/areas/CSEC/lang--es/index.htm>

112 Rodríguez señala a este respecto que “el concepto de ESCI viene a reemplazar el uso de otros conceptos tales como prostitución, explotación o abuso sexual infantil, pues apunta a destacar que se trata de una forma de explotación comercial basada en una relación de poder en la que los explotadores se aprovechan de la víctima por su condición de menor, su condición de género, y su vulnerabilidad social”. RODRÍGUEZ (2012), p. 202.

La protección de la ESCI no está relacionada con la edad necesaria para prestar el consentimiento sexual en los adolescentes. Este es el criterio para determinar el delito de violación que, en el caso de los menores de cierta edad, es objetivo, es decir no basta el consentimiento.

por cuanto el victimario no tiene que estar envuelto en la “relación de abuso sexual”, sino que debe beneficiarse de esta. Sin embargo, este elemento no se caracteriza sólo por una relación de índole comercial, por cuanto puede tener su origen en protección, drogas, alimentos, etcétera¹¹³.

La protección de la ESCI no está relacionada con la edad necesaria para prestar el consentimiento sexual en los adolescentes. Este es el criterio para determinar el delito de violación que, en el caso de los menores de cierta edad, es objetivo, es decir no basta el consentimiento. De este modo, una cosa es que un adolescente pueda tener relaciones sexuales consentidas y ello no constituya violación, sin delito alguno, y otra muy diferente es que pueda prostituirse. En este supuesto se debe aplicar el principio de protección de los derechos de la infancia para concluir que esta protección corresponde a todos los menores de 18 años¹¹⁴. También es relevante el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 2002.

113 En este sentido, Rodríguez señala que “en el segundo Congreso Mundial de Yokohama en 2001 se [concluyó] que sería recomendable dejar de usar la palabra ‘comercial’ para hacer referencia a la explotación sexual infantil en general. El hecho de que quienes abusan de los niños en un contexto que se podría considerar ‘no comercial’ a veces intentan obtener el consentimiento y/o silencio de los niños a cambio de dinero, obsequios o protección, dificulta enormemente la línea que separa la explotación sexual y comercial de la explotación sexual, siendo necesario determinar que significa cada una de esas formas de pago para concluir si su naturaleza es principalmente económica o no”. RODRÍGUEZ (2012), p. 205.

114 En este sentido Rodríguez señala que: “No obstante, y con independencia del término que se utilice, de los instrumentos internacionales vigentes se deriva que, a diferencia de lo que ocurre con el abuso sexual, con relación a la explotación sexual comercial, es sujeto pasivo todo menor de 18 años, independientemente de su sexo y de que haya alcanzado o no conforme a la legislación de su país la mayoría de edad o la edad de consentimiento sexual. Esta interpretación amplia es la que se desprende al poner en relación las letras b) y c) del artículo 34 de la CDN con la Convención Suplementaria de 1956”. RODRÍGUEZ (2012), p. 208.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2002)

<https://www.oas.org/dil/esp/Protocolo%20Facultativo%20de%20la%20Convención%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Niño%20relativo%20a%20la%20venta%20de%20Niños,%20la%20prostitución%20infantil%20y%20la%20utilización%20de%20niños%20en%20la%20pornografía%20Republica%20Dominicana.pdf>

Obliga a los Estados Partes a castigar como delito, con penas adecuadas a su gravedad, las actividades relativas a la trata, prostitución y utilización en pornografía de menores.

Artículo 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades

Contiene una serie de disposiciones de relevante importancia en la prevención, persecución y represión de este tipo de conductas que, en muchas ocasiones, traspasan las fronteras y competencias de los Estados.

Artículo 4.1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (2011)

[https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Resolucion-66-138-\(A-RES-66-138\)-Protocolo-CRC-2011.pdf](https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Resolucion-66-138-(A-RES-66-138)-Protocolo-CRC-2011.pdf)

Artículo 4. Medidas de protección. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas que procedan para que las personas sujetas a su jurisdicción no sean objeto de ninguna violación de sus derechos humanos, maltrato o intimidación como consecuencia de haberse comunicado con el Comité o de haber cooperado con él de conformidad con el presente Protocolo. **2.** No se revelará públicamente la identidad de ninguna persona o grupo de personas interesados sin su consentimiento expreso.

Artículo 11 Seguimiento. 1. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus eventuales recomendaciones, y le enviará una respuesta por escrito que incluya información sobre las medidas que haya adoptado o tenga previsto adoptar a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité. El Estado Parte presentará su respuesta a la mayor brevedad y dentro de un plazo de seis meses. **2.** El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre las medidas que haya adoptado en atención a su dictamen o sus recomendaciones, o en aplicación de un eventual acuerdo de solución amigable, incluso si el Comité lo considera procedente, en los informes que presente ulteriormente de conformidad con el artículo 44 de la Convención, el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o el artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados, según el caso.

10.2.2 Situación de los NNA migrantes

Las estadísticas del Departamento de Extranjería y Migración (DEM) en Chile señala que los inmigrantes suman 441.529 personas, siendo provenientes en su mayoría de Perú, Argentina, Colombia, Ecuador y, en menor medida, de Brasil, República Dominicana y Haití, entre otros.

10.2.2.1 Regulación de los NNA migrantes

Los apartados reglamentarios sobre esta materia se pueden ver en la siguiente tabla:

- a. Decreto Supremo N° 5.142 de 1960 sobre Nacionalización de Extranjeros.
- b. Decreto Ley N° 1.094 sobre Extranjeros en Chile, 19 de julio de 1975, del Ministerio del Interior.
- c. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. ONU: Asamblea General, Nueva York, 18 de diciembre de 1990.
- d. Circular N° 1.179, de enero de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración.
- e. Oficio Circular N° 6.232, 26 de mayo de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración.
- f. Resolución Exenta de 9 de abril de 2008 del Departamento de Extranjería y Migración.
- g. Oficio Ordinario N° A-14 3.229, de 11 de junio de 2008, del Ministerio de Salud.
- h. Ley N° 20.430, de 15 de abril del 2010, sobre Protección de Refugiados.
- i. Ley N° 20.507, de 1 de abril de 2011, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal.
- j. Decreto Supremo N° 837, de 14 de octubre del 2010, del Ministerio del Interior; Subsecretaría del Interior, que establece disposiciones sobre protección de refugiados.
- k. Resolución Exenta N° 3.207, de agosto 2014, del Ministerio de Justicia y Servicio de Registro Civil e Identificación.
- l. Circular N° A-15 06, 9 de junio de 2015, del Ministerio de Salud¹¹⁵.

10.2.2.2 Los derechos del NNA migrante

- a. Derecho a la nacionalidad (artículo 7 de la CDN). Esta norma dispone que:

“**Artículo 7.** 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Por su parte la Opinión Consultiva OC-21/14 de la CIDH señala que los Estados “tienen el deber de identificar, prevenir y reducir la apatridia, así como proteger a la persona apátrida. Entre otras, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas y conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida”.

Fuenzalida critica la calificación de los NNA migrantes, que nacen en Chile, como menores en situación de migración irregular como residentes en tránsito. Ello, por cuanto conforme al artículo 10 de la CPR rige el *ius solis*. Esta situación fue corregida por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que mediante el Oficio N° 27.601, de 14 de agosto de 2014, consideró que las únicas situaciones en que una persona nacida en territorio nacional puede ser considerada en la condición de hijo de extranjero transeúnte, es en los casos en que ambos progenitores tienen la calidad migratoria de turista o tripulante¹¹⁶.

116 FUENZALIDA (2017), pp. 95-96.

b. Derecho a la educación

El artículo 19 N° 10 CPR garantiza el derecho a la educación a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional. El trámite para ser inscrito en el sistema educacional chileno comienza con una matrícula provisoria y, para ello, se debe solicitar una autorización en el Departamento Provincial del Ministerio de Educación. Una vez obtenida esta matrícula provisoria, podrán ser considerados alumnos regulares. Esta matrícula tiene una duración de tres meses, por lo que en ese periodo se debe iniciar la tramitación de una visa o permiso de residencia en condición de estudiante titular¹¹⁷.

La Corte Suprema, aplicando la CDN, ha desarrollado una nutrida jurisprudencia de protección de la infancia de NNA migrantes, sobre todo en torno al derecho a vivir en familia en el contexto migratorio y en lo relativo al derecho a la nacionalidad e identidad.

10.2.2.2.1 Sentencia de la segunda sala (Penal) de la Corte Suprema, rol N° 38.337 de 12 de julio de 2016

a. Los hechos

El fallo precedente resolvió un recurso de reclamación contra la medida de expulsión, emanada del Ministerio del Interior, de una mujer de nacionalidad peruana. Ella se encontraba con su residencia temporaria vencida, por lo que permanecía en el país en calidad de ilegal y fue condenada por el delito de tráfico de migrantes. Con su marido, con quien reside desde hace siete años, tienen dos hijos menores de edad de 6 y 2 años, siendo el más pequeño de nacionalidad chilena. Alegan que ellos fueron condenados, pero han cumplido con todas las obligaciones impuestas por el tribunal. No obstante, la reclamante M. se encuentra ad portas de cumplir su condena, mientras que el reclamante R. terminará de cumplirla en 2018. La expulsión de la madre implicaría la separación de los cónyuges y la desprotección de la familia y los niños, así como la afectación de los derechos de estos a la educación, nacionalidad y residencia en los

117 FUENZALIDA (2017).

términos señalados en la Constitución Política de la República, y se vulnerará el espíritu de la Ley de Extranjería.

b. Principales argumentos de la Corte

La Excmá. Corte Suprema desechó el recurso parcialmente por cuanto acogió la petición subsidiaria de suspensión del decreto de expulsión, únicamente durante el periodo que resta para finalizar el año 2016: “...por estimar este tribunal que las razones esgrimidas por los solicitantes –entre las que se encuentran la necesidad de finalizar el año escolar del hijo mayor y las dificultades de trasladarse a otro país con dos niños de corta edad– ameritan la concesión del plazo solicitado, el cual no entorpece lo ya decidido por el Ministerio del Interior en uso de sus facultades y se condice con el debido respeto a las normas internacionales de protección de la infancia, en especial en relación a lo previsto en el Artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige a los Estados Partes garantizar que los niños serán protegidos contra toda forma de discriminación o castigo a consecuencia de los actos de sus padres y 9.1, que ordena velar por la no separación de las familias”.

Como voto de minoría los ministros J. y K. concurren a la decisión de acoger la reclamación y suspender el decreto de expulsión cuestionado, “...pero dando lugar a la petición principal de la actora, extendiendo así la suspensión temporal del decreto hasta el año 2018. Lo anterior, en consideración a las circunstancias personales y familiares de los reclamantes, quienes, tal como ya se ha señalado, son padres de dos hijos de corta edad, de manera que de ejecutarse el acto administrativo cuestionado ciertamente se lesionaría el interés superior de los niños, al dictaminarse una medida que implicará la separación de uno de sus padres y perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; afectando asimismo lo dispuesto en el artículo 1 de 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 esta”.

10.2.3 Niños y adolescentes frente a la persecución de la responsabilidad penal por el Estado

Como destaca Beloff, una de las principales aplicaciones de la CDN a América Latina es el reemplazo de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”¹¹⁸. Beloff critica que, a pesar de ello y de algunos cambios legislativos en nuestros países, la situación de los NNA no ha variado. Es más, incluso producto de las crisis sociales, económicas y de migración, ha empeorado¹¹⁹.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto al artículo 8 del Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos) ha sido especialmente relevante respecto de los niños de la calle, y en este sentido hay una jurisprudencia reiterada en torno a la violación de las garantías contempladas en los números 1 y 2 del artículo 8 precedentemente citado¹²⁰. Es especialmente relevante en esta materia la jurisprudencia de la Corte Interamericana que profundiza lo que se entiende por “las medidas de protección” que se imponen a los Estados en torno a los NNA. En este sentido, la CIADH ha resuelto, en el caso hermanos Gómez Paquiyauri, me-

118 BELOFF (2008), p. 87.

119 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de esto. La jurisprudencia se ha centrado en los derechos del NNA, pero sobre todo en su protección ante casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, tortura, violación al debido proceso y los derechos del niño, derecho a la nacionalidad y libertad de expresión, etcétera. GARCÍA-SAYÁN (2012), p. 2.

120 Los numerales 1 y 2 del artículo precedente establecen lo siguiente: “**Artículo 8.** Garantías Judiciales. **1.** Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. **2.** Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

diante fallo de 8 de julio de 2004, serie C N° 110, que: “El concepto medidas de protección puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones. Esta Corte ha dicho que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”¹²¹.

A ello se suma el fallo, en el caso Contreras y otros vs. El Salvador, de 31 de agosto de 2011, Serie C N° 232, en que en aplicación de los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la CDN se exige al Estado que: “como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”¹²².

10.2.4 Secuestro internacional de menores

La restitución internacional de NNA es una de los principales deberes del Estado, como se desprende de los artículos 8 a 11 de la CDN. Esta se debe relacionar con la Convención de la Haya, que regula el secuestro internacional de niños¹²³ y en su preámbulo y artículo 1 destaca cuál es su objetivo:

“Los Estados signatarios del presente Convenio, profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia, deseos de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor a un Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita, han acordado concluir un Convenio a tales efectos y convienen en las disposiciones siguientes:

121 YAKSIC y LEIVA (2012), p. 488.

122 YAKSIC y LEIVA (2012), p. 491.

123 Esta convención fue ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 17 de junio de 1994.

Capítulo I: Ámbito de aplicación del convenio.

Artículo 1. La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes”¹²⁴.

La Convención de la Haya, en su artículo 3, tipifica lo que se entiende por un traslado o retención ilícito de un menor, estableciendo:

“Artículo 3. El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos: a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”.

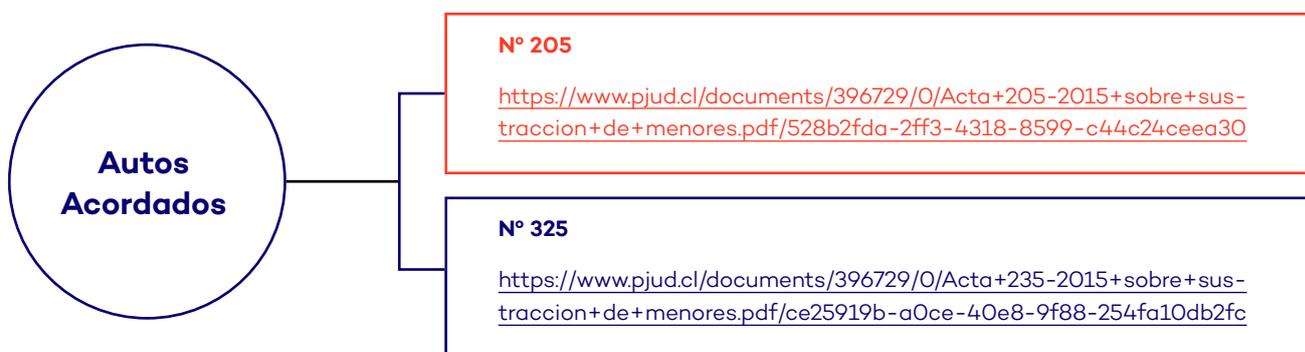
Una sentencia favorable es la base para dar lugar al regreso del NNA a su residencia habitual. Es del caso señalar que alguna doctrina ha entendido que el cese inmediato del secuestro internacional no sólo se produce cuando se altera un derecho de custodia, sino también cuando se afecta la RDR. A este respecto, ya antes de la reforma introducida en el derecho chileno por la Ley N° 20.680¹²⁵, se entendía

124 A este efecto Chile también había suscrito convenios internacionales, de orden bilateral, para la ejecución de las ordenes de restitución inmediata, como el suscrito con la República Oriental del Uruguay sobre restitución internacional de menores, de 14 de abril de 1982.

125 La referida reforma establece algunos aspectos comunes en la custodia compartida (art. 224 CC), y facultades y deberes para el padre no custodio (art. 229 CC). La norma precedente, en la parte que nos interesa, dispone: “**Art. 229.** El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo tendrá el derecho y el deber de mantener con él una relación directa y regular, la que se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien lo tiene a su cuidado según las convenciones a que se refiere el inciso primero del artículo 225 o,

que por aplicación del artículo 49 de la Ley de Protección de Menores el padre no custodio podía en principio ser sujeto activo de esta acción¹²⁶; después de la referida reforma, parece todavía más clara la aplicación de la convención con relación al padre no custodio. Así, de ser el padre custodio el que incurre en la situación tipificada precedentemente, se debe entender que hay secuestro internacional.

El procedimiento bajo el cual se rigen esta acción está desarrollado por los autos acordados de la Excma. Corte Suprema N° 205, de 3 de diciembre del 2015, y N° 325, de 30 de diciembre del 2015¹²⁷.



en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo. Se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable. (...) Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de estos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana. El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo”.

126 Esta discusión se daba en la lógica del derecho de visitas, que exigía para que se pudiese demandar de restitución inmediata (y se aplicase la convención) que dichas visitas comprendiesen deberes de cuidado. Pues bien, antes de la reforma se discutía si el padre no custodio, aunque tuviese sólo derecho de visitas, por la aplicación de una cláusula *ne exeat* incorporada por la ley era sujeto activo de la acción de secuestro internacional. Así, Lovera y Lennon entendían que la autorización para salida de menores del Chile –que contempla el art. 49 de la LPM– podía dar lugar a dichas cláusulas, y por ende a la aplicación de la convención; pero señalaban que la jurisprudencia americana a este respecto era vacilante. Y ello se debía a que, aun mediante la aplicación del art. 49 LPM, se consideraba que dicha autorización era sólo un derecho a veto en la elección del lugar dónde viva el menor que no era asimilable a una custodia. La Corte Suprema chilena ya había señalado que esta interpretación del derecho americano era muy limitada y que la convención se aplicaba cada vez que se transgredía un derecho de tuición del niño. LOVERA y LENNON (2011), pp. 119-141.

127 Se ha entendido que los artículos 8, 17 y 20 de la Convención de la Haya.

10.2.5. Protección del NNA respecto de sus propios padres

El principio del interés superior, en el caso de los NNA en peligro por una decisión de los padres, conduce a que los tribunales deban preferir su protección a cualquiera otra consideración.

La Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 6735-15, de 9 de octubre de 2015, acogió un recurso de protección contra la negativa de los padres, testigos de Jehová, de someter al NNA a un trasplante de sangre necesario para mantener su vida. En este sentido, los considerandos decimocuarto y decimoquinto del fallo resuelven que: “14) Al ser el interés superior del niño un principio de aplicación absoluta que impide perturbar, afectar, restringir, limitar el pleno goce de los derechos y garantías que la Constitución y la ley reconocen a todas las personas, no se pueden invocar en su desmedro las normas contenidas en la Ley N° 20.680, en cuanto se refieren al adecuado régimen de cuidado personal que debe haber entre padres e hijos; tampoco lo pueden afectar las normas contenidas en la Ley N° 20.584, que regulan la relación médico-paciente, cuando por la aplicación de esas disposiciones, se pone en riesgo la vida y la integridad física y psíquica del niño o niña. De igual modo, ninguna religión, credo, confesión, situación socioeconómica, régimen educacional, etcétera, puede pretender someter ese interés superior al régimen de sus estatutos, situaciones o circunstancias internas.

15) Si por mandato expreso del artículo 5° inciso segundo de la Carta Fundamental, los poderes y órganos del Estado tienen el deber de respetar, promover y proteger los derechos esenciales de la persona humana, con mayor razón se les impone la obligación de cumplir con ese mandato, cuando ese deber de respeto y promoción se refiere a un niño o niña”.

Finalmente, la CA resuelve que: “Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, se declara que se acoge, sin costas, la acción de protección deducida en lo principal de fojas 21 de estos antecedentes y se ordena a la recurrente Clínica Bío Bío S.A., domiciliada en Avenida Jorge Ales-

sandri N° 3515, Talcahuano, y en su caso, adoptar y aplicar todas las medidas terapéuticas y tratamientos médicos que sean necesarios para proteger y salvaguardar la vida y la integridad física y psíquica de la paciente I.S.B., nacida el 19 de septiembre de 2015, hija de los recurridos [...], cédula de identidad N° [...] y [...], cédula de identidad N° [...]”¹²⁸.

10.2.6. Protección de la salud del NNA

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 31 de agosto de 2018, aplicando el principio del interés superior, ordena al Estado proveer un medicamento excluido de la Ley N° 20.850, denominada Ricarte Soto. De este modo, el fallo en autos caratulados “Fuentealba c/ Hospital Las Higueras de Talcahuano y otro” acoge un recurso de protección interpuesto por la madre de un hijo contra el Hospital Las Higueras de Talcahuano, ante la negativa de proveerle de un medicamento indispensable para hacer frente a su enfermedad.

El NNA es portador de atrofia muscular espinal tipo II, siendo que el medicamento requerido es el único que ha demostrado beneficios en la enfermedad que padecería. Por tanto, recurre por una privación, perturbación y amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, que el artículo 19, N°s 1 y 2 de la CPR asegura a todas las personas. La negativa a su solicitud ciudadana por el Servicio de Salud de Talcahuano se fundó en que la directora del hospital señaló no contar con los recursos para poder acceder a lo solicitado y sugirió se iniciaran las gestiones correspondientes para que el medicamento sea incorporada a la Ley N° 20.850, denominada Ricarte Soto.

La Corte acogió el recurso en base a los siguientes argumentos: “De igual forma, en todas las medidas que deban adoptar los órganos de la administración y los operadores de justicia, se debe tener en cuenta el principio de interés superior del niño, contemplado en el artículo 3° de la Convención, el que dispone [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'. El Comité de los Derechos del Niño, precisando qué debe entenderse por interés superior del niño indica que se trata de un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

En el caso *sub lite*, el niño I. L. tenía derecho a que el Hospital Las Higueras en la decisión que adoptara tomara en cuenta su interés superior, es decir, el derecho a que se considerara su situación especial de salud y se arbitraran las medidas necesarias para asegurar la vida e integridad física, lo que implicaba el despliegue de acciones tendientes a proporcionar los recursos indispensables para suministrar el medicamento que le había prescrito su médico tratante, más allá de los aspectos formales que, hace presente la recurrida, no se habrían cumplido¹²⁹.

129 Redacción de la fiscal judicial Durán Vergara. Pronunciado por los ministros (as) Rivas V., Iza M. y fiscal judicial Durán V. Causa: "F c/ Hospital Las Higueras de Talcahuano y otro". Número de identificador Microjuris: MJCH_MJJ56979.

10.3 Derecho a la participación

Los niños y niñas tienen derecho a la libertad de expresión y a expresar su opinión sobre cuestiones que afecten su vida social, económica, religiosa, cultural y política. Los derechos a la participación incluyen el derecho a emitir sus opiniones y a que se les escuche, el derecho a la información y el derecho a la libertad de asociación. El disfrute de estos derechos en su proceso de crecimiento ayuda a los niños y niñas a promover la realización de todos sus derechos y los prepara para desempeñar una función activa en la sociedad.¹³⁰

10.3.1 El derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión del NNA

El artículo 14 de la CDN establece este derecho en los siguientes términos: “1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. 3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Estos derechos no estaban establecidos en el borrador inicial y fueron propuestos por Estados Unidos. En la discusión del Proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño fueron especialmente controvertidas las cláusulas de limitación en materia de libertad religiosa. Dicho derecho no es reconocido por los países islámicos, que aceptan el derecho a la libertad religiosa, pero sólo respecto de los adultos, ya que los menores debían seguir la religión de sus padres.

Ante la oposición de dichos países, que consideraron que el proyecto en este punto era incompatible con sus derechos, se optó por simplemente recurrir a lo acordado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, como destaca Ornelas, se optó porque los Estados se obligaran a no intervenir.¹³¹

En definitiva, el artículo 14.1 de la CDN impone el deber de respeto de los Estados firmante a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Además, el artículo 14.2 agrega que los Estados Partes respetarán el derecho y deber de los padres –y, en su caso, de los representantes legales– de guiar al niño en el ejercicio de su derecho, conforme a la evolución de sus facultades.

Por último, el artículo 14.3 establece como limitación a la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias, las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás¹³². El fundamento de la referida norma está en el ejercicio progresivo de los derechos por parte de los menores, y precisamente este principio explica la diferencia en su tratamiento anterior. Así por ejemplo, el principio X de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se refiere al derecho a no ser discriminado por razón de las creencias religiosas, pero no se refiere al ejercicio del NNA de un derecho a determinación religiosa.

10.3.2 La libertad de expresión, asociación, reunión pacífica y vida privada

Estos derechos no estaban contemplados en el borrador del proyecto de CDN, sino que fue iniciativa de Estados Unidos de América (era, en realidad, la iniciativa para incorporar los derechos civiles y

131 ORNELAS (2020), pp. 99-101.

132 La disposición anterior tiene su antecedente en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicho precepto señala que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia. También se otorga la calidad de refugiado las personas perseguidas en razón de sus creencias religiosas, en virtud de lo señalado en los artículos 3 y 4 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951.

políticos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)¹³³. Nuevamente se discutió el que el ejercicio de estos derechos pudiera afectar el derecho de crianza y educación de los padres, pero se estimó que ellos debían proteger a los NNA de la acción del Estado.

Sin embargo, la iniciativa americana fue cercenada por cuanto se dejó fuera el derecho a la privacidad, que se pretendía incorporar en el artículo 16 de la CDN. Este derecho es fundamental, por cuanto promueve una esfera de independencia y autonomía propio de la infancia.

El derecho más claramente establecido en la convención es el derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 16 de la Convención sobre Derechos del Niño. Así, dicho derecho parece estar concebido como un derecho obligatorio en coordinación con la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. Por ello no es de extrañar que Price Cohen recalque que la redacción de este artículo es diferente a la de la mayoría de las normas de la CDN, por la fuerza de su ámbito de protección.¹³⁴

La libertad de expresión está regulada en los artículos 2.2, 12.1 y 13.1 de la CDN; 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; 19.2 y letra b) del artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica, entre otras convenciones internacionales.

El artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el deber de los Estados Partes de tomar las medidas apropiadas para garantizar que el niño sea protegido en las opiniones expresadas o

133 ORNELAS (2020), p. 101.

134 En Latinoamérica, los primeros códigos en adaptar la legislación local a la CDN fueron el *Estatuto da Criança e do Adolescente* de Brasil, aprobado en 1990; el Código de Menores de Ecuador de 1992, y el Código de los Niños y Adolescentes del Perú, que entró en vigencia el 28 de junio de 1993. Pero, como pone de relieve R. Nego, en Perú el Decreto Legislativo N° 899 de 1998, denominado Ley contra el Pandillaje Pernicioso, representa un franco retroceso en materia de derecho de menores. Dicha ley, conforme al referido autor, establece “tipos” penales vagos e imprecisos. Y, lo que es peor, se aprobó por el Decreto N° 895 la Ley contra el Terrorismo Agravado, que prevé penas privativas de libertad no inferiores a 25 años para la franja etaria de los dieciséis a los dieciocho años. Dicho decreto además es contrario al artículo 37 (a) de la Convención sobre Derechos del Niño, que ha sido ratificada por Perú. NEGO (1998) p. 967.

las creencias de sus padres, de sus representantes legales o de sus familiares. Además, el artículo 13.1 de la CDN, que tiene su antecedente en el artículo 19.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Pero lo realmente interesante de esta disposición es que se refiere al contenido del derecho. De esta forma, la referida norma agrega que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o, por cualquier otro procedimiento de su elección.

La libertad de asociación y reunión pacífica esta consagrada en los artículos 15 y 16 de la CDN, en los siguientes términos: “**Artículo 15.** 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño y de la niña a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás. **Artículo 16.** 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación. 2. El niño tiene derechos a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

10.4 Ley N° 21.067, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez

Esta nueva normativa se promulga en cumplimiento de los tratados internacionales suscritos por Chile en materia de infancia. De hecho, el mensaje del Ejecutivo señalaba que el proyecto de ley tiene como finalidad avanzar en los compromisos adquiridos por el país en virtud de la CDN, siendo la defensoría una herramienta legal para coordinar los “dispositivos legales” existentes, que tienden a la protección de los derechos de la niñez.¹³⁵

Agrega el mensaje que el proyecto de ley es producto de las recomendaciones hechas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, que sugería crear “un mecanismo independiente y eficaz que vigile la aplicación de la Convención”. Así, por lo demás, lo establece la propia CDN, siendo variadas las normas en que dicho instrumento internacional encomienda a los Estados firmantes la adopción de medidas tendientes a asegurar y promover los derechos de los niños.

En este sentido, el artículo 2.2 de la CDN establece que los Estados “tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

Pues bien, podría decirse que la creación de los tribunales de familia y la ley de violencia intrafamiliar son formas de cumplir con el mandato del tratado; pero claramente estas maneras de cumplir con la convención operan *ex post*, es decir, una vez que el perjuicio o maltrato ya ha tenido lugar. Y la CDN exige que, coordinadamente con estos mecanismos, también se establezcan formas de control *ex ante*. De este modo, se hace necesario dar un cabal cumplimiento a la

135 Boletín N° 10.584-07, proyecto de ley iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez. Mensaje N° 003-364.

convención, que exige la existencia de instituciones que promuevan los derechos de la niñez en orden a evitar su vulneración y crear conciencia sobre los mismos.

Tal es es la misión declarada de la Defensoría de los Derechos de la Niñez en Chile, corporación de derecho público de carácter autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, la cual “tendrá por objeto la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior”¹³⁶.

A la Defensoría se le atribuyen las siguientes tres funciones:

a. Labor de difusión de la niñez

136 A su vez, la Ley N° 21.013, de 6 de junio del 2017, tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial, estableciendo lo siguiente: “**Artículo 403 bis.** El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la Ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad. El que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a este. **Artículo 403 ter.** El que sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. **Artículo 403 quater.** El que cometiere cualquiera de los delitos contemplados en los párrafos 1, 3 y 3 bis del título VIII del libro II de este código, en contra de un menor de dieciocho años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, además será condenado a la pena de inhabilitación absoluta temporal para ejercer los cargos contemplados en el artículo 39 ter, en cualquiera de sus grados. En caso de reincidencia en delitos de la misma especie, el juez podrá imponer la inhabilitación absoluta con el carácter de perpetua. **Artículo 403 quinquies.** Las condenas dictadas en virtud del artículo anterior deberán inscribirse en la respectiva sección del Registro General de Condenas, establecido en el decreto ley N° 645, de 1925, del Ministerio de Justicia, sobre el Registro General de Condenas. **Artículo 403 sexies.** Además de las penas establecidas en los artículos anteriores, el juez podrá decretar, como pena accesoria, la asistencia a programas de rehabilitación para maltratadores o el cumplimiento de un servicio comunitario por el plazo que prudencialmente determine, el cual no podrá exceder de sesenta días, debiendo las instituciones respectivas dar cuenta sobre el cumplimiento efectivo de dichas penas ante el tribunal. Asimismo, el juez podrá decretar, como penas o medidas accesorias, la prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de cuidado, trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente; también, la prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso de armas de fuego; y, además, la asistencia obligatoria a programas de tratamiento para la rehabilitación del consumo problemático de drogas o alcohol, si ello corresponde. **Artículo 403 septies.** Los delitos contemplados en este párrafo serán de acción penal pública”.

La labor de difusión se halla consagrada en las letras o) y p), del artículo 4, en que la primera destaca que su función es la difusión de los derechos humanos en el sistema educativo, la realización de investigación atinente a los derechos de la niñez y fomentar la cooperación con autoridades nacionales e internacionales. La letra p), en relación con el artículo 15 de la ley, se refiere a la cuenta pública que debe realizar el defensor anualmente, en la que se referirá a las actividades desarrolladas en su mandato.

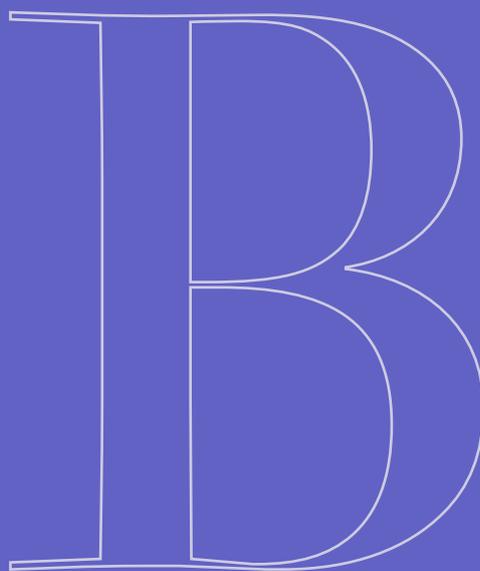
b. Labor de promoción de la niñez

La labor de promoción se halla en el artículo 4, letras k), l), m) y n) de la ley. Estas dicen relación con la función que tendrá la Defensoría en velar que el diseño de políticas públicas tenga en cuenta los derechos del niño, de la misma manera que promueve el cumplimiento de la convención y la adhesión a los tratados internacionales sobre derechos de la niñez.

c. Labor de protección de los derechos de la niñez

En cuanto a la función defensora, la Defensoría de los Derechos de la Niñez tiene la obligación de denunciar los delitos cometidos contra los niños (artículo 4 letra [b] de la ley). El artículo 16 establece que corresponde al defensor de la niñez ejercer las acciones, sean ordinarias o constitucionales, y querellas que le correspondan dentro del ámbito de su competencia, relacionadas con los delitos que revistan el carácter de gravedad, relevancia o interés social. En este mismo sentido, corresponde a la Defensoría denunciar las vulneraciones a los derechos de la niñez (artículo 4 letra [g] de la ley).

Asimismo, en cumplimiento de esta función el Defensor de la Niñez deberá: “Visitar los centros de privación de libertad, centros residenciales de protección o cualquier otra institución, incluyendo medios de transporte, en los términos de lo dispuesto en el Protocolo facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en que un niño permanezca privado de libertad, reciban o no recursos del Estado” (artículo 4 letra [f] de la ley).



Glosario Bibliografía

Glosario

1. **Interés superior del niño:** principio jurídico fundamental que consiste en proporcionar a los NNA el mayor bienestar posible.
2. **Derecho a ser oído:** principio jurídico que confiere el derecho a los NNA a ser escuchados por las autoridades y a ser tomadas en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.
3. **Ejercicio progresivo de los derechos de la infancia:** es un término que reconoce la capacidad extrapatrimonial de la infancia, y sobre todo de la adolescencia. En este sentido se entiende que por regla general, salvo aplicación del interés superior del NNA, los adolescentes son capaces.
4. **Explotación sexual comercial infantil:** terminología que se usa modernamente para la prostitución infantil (ESCI).
5. **Derecho de participación:** comprende el derecho a la libertad de expresión y a expresar opinión sobre cuestiones que afecten la vida social, económica, religiosa, cultural y política del individuo. Los derechos a la participación incluyen el derecho a emitir opiniones y a ser escuchado, el derecho a la información y el derecho a la libertad de asociación.
6. **Derecho a la supervivencia y el desarrollo:** son derechos a los recursos, las aptitudes y las contribuciones necesarias para la supervivencia y el pleno desarrollo del niño. Incluyen derechos a recibir una alimentación adecuada, vivienda, agua potable, educación oficial, atención primaria de la salud, tiempo libre y recreación, actividades culturales e información sobre los derechos.
7. **Derecho a la vida:** este derecho consiste en tener derecho a la vida propiamente tal y poder ejercerla y desarrollarla libremente.

Bibliografía

1. BARATTA, Alessandro (1998): "Infancia y democracia", en GARCÍA, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América Latina* (Bogotá/Buenos Aires, Temis, Depalma).
2. BARBERO, Domenico (1967): *Sistema de derecho privado*, tomo II, Derechos de la personalidad, derecho de familia y derechos reales (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas).
3. BARCIA, Rodrigo (2011): *Fundamentos del derecho de familia e infancia* (Santiago de Chile, Editorial Thomson).
4. BARCIA, Rodrigo (2016): "Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia", en *Estudios de derecho familiar I. Actas Primeras Jornadas Nacionales*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, LEPÍN, Cristián y GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz coordinadores (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 211-220.
5. BARCIA, Rodrigo (2020): *Estructura del derecho de familia e infancia* (Santiago de Chile, Editorial Thomson), en proceso de publicación.
6. BARCIA, Rodrigo y MÉNDEZ, Daniela (2010): "El principio del ejercicio progresivo de los derechos de la infancia y adolescencia desde la perspectiva de dos sentencias paradigmáticas en el derecho inglés de la familia", en *Revista Chilena de Derecho de Familia*, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Central, Legal Publishing, Santiago de Chile, pp. 117 a 136.
7. BELOFF, Mary (2008): "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina", en GARCÍA, Emilio, y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América Latina* (Bogotá/Buenos Aires Temis, Depalma), pp. 87-107.
8. BEVAN, Hugh (1989): *Child Law* (London, Butterworths).
9. CARRETTA, Francesco (2018a): "Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena", en *Revista CES Derecho* (9), 1, enero-junio, pp. 118-142.
10. CARRETTA, Francesco (2018b): "El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia: la esencialidad del derecho versus la esencialidad del trámite de la audiencia confidencial", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 45 N° 2), pp. 407-426.
11. CARRETTA, Francesco (2018c): "Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* (Vol. 86 N° 243), pp. 93-119.
12. CASTILLA, Karlos (2019): "Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre", en *Revista IIDH*, pp. 87-125.
13. CILLERO, Miguel (2007): "El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño", en revista *Justicia y Derecho del Niño*.
14. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS (2001): Observación General N° 1. Sobre los propósitos de la educación.
15. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS (2005): Observación General N° 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia.
16. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS (2009): Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado.
17. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS (2013): Observación General N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
18. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE CHILE (2014): Acta N° 237-2014. Auto acordado que regula la implementación de las salas Gesell.
19. COUSO, Jaime (2006): "El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído", en *Revista de Derechos del Niño* N° 3-4, enero.
20. CREVILLÉN, Clemente (1995): *Derechos de la personalidad, honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia* (Madrid, Actualidad Editorial SA).
21. DÁVILA, Pauli y NAYA GARMENDIA, Luis María (2006): "La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional", en *Encounters on Education* (Vol. 7), pp. 71-93.

22. DELVA, Juan (1994): "Algunas reflexiones sobre los derechos de los niños", en *Revista de Estudios Infancia y Sociedad*, N° 27-28, Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 17 a 21 y 58.
23. DENYER, Roderick (1988): *Children and Personal Injury Litigation* (Jordan & Sons, Bristol, Gran Bretaña).
24. DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (2019): "El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta sala de la Corte Suprema".
25. EEKELAAR, John (1986): "The emergence of children's rights", en *Child Law. Parent, Child and State*, KRAUSE, Harry D. editor (New York, University Press).
26. ETCHEBERRY, Leonor; VELOSO, Paulina, y MUÑOZ, Andrea (1999): *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585* (Santiago, Sernam).
27. FARKAS, Chamarrita (2008): "Comunicación gestual en la infancia temprana: una revisión de su desarrollo, relación con el lenguaje e implicancias de su intervención", en *Revista Psykhe* Vol. 2 N° 16, pp. 107-115.
28. FERRADA, Ricardo (1996): "El juez y la interpretación y desarrollo de las cláusulas generales", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XVII, pp. 229-237.
29. FREEMAN, Michael (2007): "Article 3: The Best Interests of the Child", en *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, editors André ALEN, Johan VANDE LANOTTE, Eugeen VERHELLEN, Fiona ANG, Eva BERGHMANS, Mieke VERHEYDE, and Bruce ABRAMSON (Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers).
30. FUENTES, Claudio y GARCÍA, Ramón (2015): "Entre la opacidad y la reflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia", en *Revista de Derecho de Familia* (Vol. 3 N° 7), pp. 55-82.
31. FUENZALIDA, Daniela (2017): "Estatuto jurídico del NNA con capacidades diferentes mentales o físicas. Niños, niñas y adolescentes migrantes en Chile: derecho y justicia", tesis para optar al grado de magíster en derecho de familia, infancia y adolescencia, Universidad de Chile.
32. GARCÍA, J. (2009): "Crisis matrimoniales y derechos de los menores", en *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, coord. GUILARTE, C. (Valladolid, Lex Nova), pp. 223-252.
33. GARCÍA-SAYÁN, Diego (2012): Presentación de los autores en YAKSIC, Nicolás y LEIVA, Carla (2012), *Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (enero de 1984-febrero de 2012)*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot y Thomson Reuters.
34. GARRIDO, Ricardo (2013): "El interés superior del niño y el razonamiento jurídico", en *Anuario de filosofía y teoría del derecho* N° 7, pp. 115-147.
35. GAZMURI, Cristián (2012): *Historia de Chile 1891-1994* (Santiago, RIL Editores).
36. GONZÁLEZ, Mónica (2006): "Paternalismo jurídico y derechos del niño", en *Revista Isonomía* Vol. 25, pp. 101-135.
37. GREEVEN, Nel (2014): *Filiación: derechos humanos fundamentales y problemas actuales de su actual normativa* (Santiago de Chile, Librotecnia).
38. GUASP, Jaime y ARAGONESE, Pedro (1998): *Derecho procesal civil* (Pamplona, Civitas).
39. GUASTINI, Riccardo (2013): *Distinguendo ancora* (Madrid, Marcial Pons).
40. HERRERO, María José (1984): "Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil", en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, pp. 291-340.
41. HOIKKALA, Susanna y PÖSÖ, Tarja (2020): "The documented layer of children's rights in care order decision-making", en *Child & Family Social Work* Volume 25, Issue 1 (February), pp. 1-8.
42. HOROWITZ, Robert (1984): "Children's Rights: A Look Backward and a Glance Ahead", en *Chapter I, Legal Rights of Children*, HOROWITZ, Robert, M. y DAVIDSON Howard, A. editors (Mc Graw-Hill Book Company).
43. KAMCHEDZERA, Garton (2012): "Article 5. The Child's Right to Appropriate Direction and Guidance", en *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Editors André ALEN, Johan VANDE LANOTTE, Eugeen VERHELLEN, Fiona ANG, Eva BERGHMANS, Mieke VERHEYDE, and Bruce ABRAMSON (Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers).

44. KOHM, Lisa (2008): "Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence", en *Journal of Law and Family Studies*, pp. 337-375.
45. LATHROP, Fabiola (2014), "La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 22, pp. 197-229.
46. LOVERA, Domingo y LENNON, Viviane (2011): "¿Cuidado personal a partir del régimen de relación directa y regular?", en *Revista chilena de Derecho Privado* N° 17, pp. 119-141.
47. LUZZATI, Claudio (2012): *Principi e principi. La genericità nel diritto* (Torino, Giappichelli Editore).
48. MACCORMICK, Neil (1982): "Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right", en *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy* (Oxford, Clarendon Press).
49. MACCORMICK, Neil (2007): *Institutions of Law* (Oxford University Press).
50. NASH, Claudio (2013): "Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Año XIX, Bogotá), pp. 489-509.
51. NOGUEIRA, Héctor (2017): "La protección convencional de los derechos de los niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los derechos de los niños", en *Ius et Praxis* Vol. 23 N° 2, pp. 415-462.
52. OLANO, Hernán (2016): "Teoría del control de convencionalidad", en *Estudios constitucionales* Año 14(1), pp. 61-94.
53. ORNELAS, Aracely (2020): "La concepción de la relación entre el Estado, los padres y el niño en los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño", en DOMÍNGUEZ, Carmen (2020): *Convención internacional de los derechos del niño* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 85-113.
54. QUESADA, María Corona (1994): "De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero", en *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 93, N° 3, pp. 657-684.
55. RAMOS, Luciana (2011): "La construcción visual del delincuente: estigmas y estereotipos", en *IX Jornadas de Sociología*, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, pp. 1-20.
56. RAVETLLAT, Isaac y PINOCHET, Ruperto (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", en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 42 N° 3, pp. 903 a 934.
57. RAMOS PAZOS, René (2010): *Derecho de familia*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile.
58. RIVEROS, Carolina y ALDUNATE, Eduardo (2016): "Acuerdos pre y posmatrimoniales. Conceptos y modelos de regulación", en *Revista de Derecho* Vol. XXIX N° 2 (diciembre), pp. 131-155.
59. ROCA TRÍAS, Encarna (1994): "Contestatioó", en *Revista Jurídica de Cataluña* N° 4, 1994.
60. RODRÍGUEZ, María José (2012): "El código penal y la explotación sexual comercial infantil", en *Estudios penales y criminológicos* Vol. XXXII, pp. 197-246.
61. SCHAUER, Frederick (1991): *Playing by the Rules* (Oxford, Clarendon Law Series).
62. TORO, Mauricio (2006): "El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, pp. 514-549.
63. TURNER, Susan (2002): "Los tribunales de familia", en *Ius et Praxis* Vol. 2 N° 8, pp. 413-443.
64. VALDIVIESO, Patricio (2006): *Dignidad humana y justicia: la historia de Chile, la política social y el cristianismo 1880-1920* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
65. VARAS, Juan Andrés (2009): "Decisiones vitales y representación parental: fundamento y límites", en *Estudios Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción*, (Santiago de Chile, AbeledoPerrot, LegalPublishing), pp. 350-356.
66. VARGAS, Macarena (2011): "La voz de los niños en la justicia de familia de Chile", en *Ius et Praxis*, N° 17-1, enero 2011, pp. 177-204.
67. VERHELLEN, Eugeen (1994): *Convention on the Rights of the Child; Background, Motivation, Strategies, Main Themes* (N. V., Belgium).
68. WIKLEY, Nick (2006): *Child Support, Law and Policy* (Portland, Hart Publishing).

Sentencias citadas

1. Caso hermanos Gómez Paquiyauri (2004): CIADH, de 8 de julio de 2004, serie C N° 110.
2. Caso Contreras y otros vs. El Salvador (2011): CIADH de 31 de agosto de 2011, Serie C N° 232.
3. Segal con Levi (2011): Corte de Apelaciones de San Miguel, de 7 de diciembre del 2011 (recurso de casación en la forma), en rol N° 773-11, MJJ36106.
4. Clínica Bío Bío S.A. con Bustos y otro (2015): Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de octubre del 2015 (recurso de protección), en rol N° 6735-15, MJJ42608.
5. Caso X con X (2016): Corte Suprema, rol de ingreso N° 38.337, de 12 de Julio de 2016.
6. Fuentealba con Hospital Las Higueras de Talcahuano y otros (2018): Corte de Apelaciones de Concepción, 31 de agosto de 2018, (recurso de protección), en rol N° 3459-18, MJJ56979.
7. CIDH: Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana Serie C N° 130 Serie C N° 156, 23 de noviembre de 2006.
8. ECHR: Caso *Khusnutdinov and X v. Russia*, ECHR 435 (2018), de 18 de diciembre de 2018, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>
9. ECHR: Caso *S.L. AND J. L. v. Croatia*, ECHR 153 (2015) de 7 de mayo de 2015, disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/>.
10. CIDH: Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, Serie C N° 242, de 1 de octubre de 2011.

Instrumentos internacionales

1. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía del 2002: <https://www.oas.org/dil/esp/Protocolo%20Facultativo%20de%20la%20Convención%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Niño%20relativo%20a%20la%20venta%20de%20Niños,%20la%20prostitución%20infantil%20y%20la%20utilización%20de%20niños%20en%20la%20pornografía%20Republica%20Dominicana.pdf>.

2. Directrices para el diseño de estrategias de acción directa para combatir la explotación sexual comercial infantil (2007): <https://www.ilo.org/ipecinfo/product/viewProduct.do?productId=8272>
3. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (2011) [https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Resolucion-66-138-\(A-RES-66-138\)-Protocolo-CRC-2011.pdf](https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Resolucion-66-138-(A-RES-66-138)-Protocolo-CRC-2011.pdf)

Normativa chilena

1. Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema N° 205, de 3 de diciembre del 2015.
2. Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema N° 325, de 30 de diciembre del 2015.
3. Circular N° 1.179, 28 de enero de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración.
4. Circular N° A-15 06, 9 de junio de 2015, del Ministerio de Salud.
5. Constitución Política de la Republica, 22 de septiembre de 2005 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia.
6. Convención Americana de Derechos Humanos-OEA, San José, 22 de noviembre de 1969.
7. Convención de la Haya que regula el secuestro internacional de niños
8. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares-ONU: Asamblea General, Nueva York, 18 de diciembre de 1990.
9. Convención sobre los Derechos del Niño- Unicef, Nueva York, 20 de noviembre 1989.
10. Declaración Universal de Derechos Humanos-ONU: Asamblea General, París, 10 de diciembre 1948.
11. Decreto Ley N° 1.094 sobre Extranjeros en Chile, 19 de julio de 1975, del Ministerio del Interior.

12. Oficio circular N° 6.232, 26 de mayo de 2003 del Departamento de Extranjería y Migración.
13. Opinión Consultiva OC-21/14 de la Corte IDH.
14. Resolución Exenta N° 3.207 que Instruye sobre anotación que indica, agosto 2014 del Ministerio de Justicia y Servicio de Registro Civil e Identificación.
15. Resolución Exenta, 9 de abril de 2008 del Departamento de Extranjería y Migración.

