

DOCTRINA

Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas

*Analysis of procedural itinerary of the application of measures
to protect the rights of children*

Francisco Estrada V.

Abogado

RESUMEN El trabajo revisa críticamente el itinerario procesal de la aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. Al inicio se formula una caracterización del procedimiento y se plantea un concepto de medidas de protección. Luego, se proponen seis categorías de análisis del itinerario del procedimiento que, a partir de la normativa positiva, contribuyen a entender cómo se estructura el proceso de toma de decisiones en el ámbito proteccional, a saber: inicio del procedimiento; medidas cautelares; diagnóstico; prueba; decisión y derivación; y control de la ejecución de la medida de protección decretada.

PALABRAS CLAVES protección de derechos, derechos de los niños, medidas de protección, derecho de familia

ABSTRACT The paper critically reviews the procedural itinerary of the application of measures to protect the rights of children. At the beginning a characterization of the procedure is formulated and a concept of protection measures is proposed. Then, six categories of analysis of the procedural itinerary are proposed, which, based on the positive regulations, help to understand how a decision-making process is structured in the protection field: initiation of the procedure; precautionary measures; diagnosis; evidence; decision and referral; and control of the execution of the measure of protection decreed.

KEYWORDS Child protection, child's rights, protection's procedure rules, family law.

Introducción

Respecto de la grave crisis que atraviesa desde hace algunos años el sistema que se ocupa de la protección de la niñez vulnerada (Jeldres y otros, 2012; Jeldres, 2013; Comisión Especial Investigadora, 2014;¹ Estrada, 2015a; Comisión Especial Investigadora, 2017;² Alzola y otros, 2018) se puede afirmar que el específico rol del sistema de justicia ha sido poco escrutado. La excepción la constituye el Informe de la Comisión Infancia de la Asociación Nacional de Magistrados³, pero dentro del aspecto institucional la dimensión estrictamente normativa ha tenido poca atención.

Así, pese al significativo impacto mediático de los casos regulados en el párrafo primero del título V de la Ley 19.968 de los Tribunales de Familia (LTF), el análisis dogmático del procedimiento que regula la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de niños, niñas o adolescentes no ha sido objeto de una atención suficiente por parte de la doctrina nacional en el derecho procesal de familia. Ni siquiera Jara (2011) ni tampoco Núñez y Cortés (2012), por nombrar a los más prestigiosos, dedican atención dogmática a los trece artículos que norman este procedimiento más allá de rephrasear algunos. De esta forma, es preciso retrotraerse a 1983, al pleno apogeo del modelo tutelar, para encontrar un libro con una serie de trabajos que abordan el procedimiento de la época, el cual se produjo a partir de la realización del Curso Internacional de Especialización para Jueces de Menores y de Familia en la Universidad de Chile durante 1983.⁴ Así, quizá la comunidad jurídica se tomó en serio las palabras del primer juez de menores de Santiago cuando sostuvo que:

El juez de menores no debe ser un jurista diestro en cubileteos legales. Debe ser un hombre humano, un verdadero maestro, un psicólogo capaz de ponerse al nivel del alma infantil [...] Para ello no sirven las leyes ni los códigos. (Gajardo, 1929: 38).

La excepción corre por cuenta de un magistrado de familia —el juez Germán Núñez (2010)—, quien al aportar su experiencia elabora el único trabajo que ofrece una construcción dogmática del procedimiento proteccional del investigador Julio Cortés (2001), quien a su vez plantea los problemas de constitucionalidad de la Ley 16.618 y, finalmente, del académico Claudio Fuentes, quien discute fundadamente diversas prácticas de la justicia de familia (Fuentes, Marín y Ríos, 2010; Fuentes, 2015; Fuentes y García, 2015).

La menguada publicidad del sistema de familia (Casas y otros, 2006; Fuentes y

1. Para mayor información véase <https://bit.ly/2LaXp2i>.

2. Para mayor información véase <https://bit.ly/2sw1nta>.

3. Para mayor información véase <https://bit.ly/2G4tQBb>.

4. Entre los principales colaboradores de esa obra se encuentran Rafael Sajón, Ana Luisa Prieto y, especialmente, Juan Pomés.

otros, 2010; Silva y otros, 2007) y la inexistencia de una defensa jurídica especializada como en el sistema penal, probablemente constituyen las principales razones que han posibilitado este escenario.

Hoy, la impresión predominante en la comunidad jurídica parece ser que estos son temas poco legales, de escaso valor normativo y más propios del trabajo social o del oficio del psicólogo (Fuentes, 2015; Costa Saraiva, 2007).⁵ Evidentemente este no es un diagnóstico compartido, ya que al igual que García Méndez (2004) creo que hay instituciones jurídicas relevantes en materia de protección jurisdiccional de derechos y estimo que existen, en el seno de la protección de niños, problemas donde el derecho —no la psicología ni las restantes ciencias sociales— constituye el instrumento idóneo para contribuir a su solución como lo corrobora el que en la mayoría de los sistemas comparados existan ámbitos formales para la protección jurisdiccional de los derechos de la infancia vulnerada (Lázaro, 2005; Benavente, 2011).

Como es sabido, el fin del derecho de menores —y la lenta emergencia del nuevo derecho de la infancia y la adolescencia— no significó el fin de nuestra Ley de Menores, la que, con más artículos derogados que los que conservan vigencia, deambula por nuestro ordenamiento jurídico al alero de la Ley de Tribunales de Familia que, en la práctica, constituye el principal cuerpo normativo en materia de infancia vulnerada. Así, el tema del procedimiento de aplicación de medidas de protección plantea un conjunto de problemas jurídicos que es preciso identificar y analizar, provistos del arsenal común de herramientas de cualquier análisis jurídico dogmático.

El año 2016 —el último para el que el Sename ha entregado estadísticas—, 18.139 niños fueron atendidos en alguna modalidad que significó la separación de sus padres. Este es un número mucho mayor que el de adolescentes privados de libertad en razón de la ley penal adolescente y, sin embargo, el universo de niños separados de sus padres carece de defensor, de un debido proceso y de una serie de reglas que se estructuran en torno a la adolescencia infractora, las cuales, al mismo tiempo, limitan el *ius punitivo* estatal. Por otra parte, el *ius proteccional* goza de un amplio rango de acción.

En las siguientes líneas procuraremos revisar críticamente el itinerario procesal de la aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas. Para ello, proponemos una cierta cronología procesal que aúna fundamentos de texto positivo con el funcionamiento del sistema de protección extralegal por ser especialmente relevante en este caso.

5. En relación a este punto Costa Saraiva (2007: 238) sostiene que «el imaginario que orienta a muchos operadores del derecho —aún vigente— es que el juez de la Justicia de la Niñez y la Juventud no está dentro de la «nobleza del mundo jurídico», pues considera que trata cuestiones no jurídicas y no científicas en la línea de aquella idea de que esta jurisdicción es una jurisdicción subalterna. Esta concepción errada se convirtió en el sello de la organización judicial latinoamericana.»

Para la realización de este trabajo será de vital importancia tanto la revisión de la literatura nacional y de las experiencias comparadas, como del diálogo sostenido en los diversos cursos para la Academia Judicial que he dictado sobre la aplicación de medidas de protección a jueces de tribunales de familia del país. También será relevante mi experiencia profesional, en tanto autor, como ex Director Nacional del Servicio Nacional de Menores, y de litigante en materias proteccionales.

Características generales y concepto

Las características generales del procedimiento proteccional son su finalidad especial, protectora y tuitiva. Por otra parte, se encuentra articulado sobre las dos audiencias básicas del procedimiento ordinario (preparatoria y de juicio) con algunas reglas especiales, con principios propios (Estrada, 2015b), y con una regulación específica respecto de las medidas cautelares. Como todo procedimiento especial se remite supletoriamente al general, que se regula en los artículos 17 y 67 de dicha Ley, el cual realiza el mismo reenvío supletorio⁶ a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Asimismo, un rasgo general del funcionamiento del procedimiento proteccional lo constituye la ausencia de actores institucionales fuertes. En efecto, en un extendido número de casos solo hay una parte y la gran mayoría de los requerimientos se efectúa sin abogado. Este cuadro de funcionamiento de un sistema acusatorio en abstracto, pero en la práctica carente de los actores institucionales que lo suponen, produce una alteración en el rol del juez de familia, quien debe subsidiar los déficit de las partes y reforzar su rol inquisitivo tutelar generando juicios donde las técnicas de litigación brillan por su ausencia. Esto debilita el rol contralor del litigio y acentúa los problemas del modelo adversarial tradicional en sede proteccional.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, el procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños difícilmente puede ser considerado en su forma actual como un proceso. Si nos atenemos a la enseñanzas de Alvarado Veloso, un proceso es solo aquel que es acusatorio y que respeta el debido proceso (Alvarado, 2011: 182).⁷ De esta forma, constituye en una mirada estricta un mero procedimiento, es decir, una secuencia de actos cuya finalidad radica en resolver el resguardo por vía de centros y programas de administración o, en excepcionales casos, de terapias particulares y de los derechos del niño o niña ante una pretensión real, temida o inexistente de vulneración de sus derechos. Sin embargo, este esfuerzo

6. «A menos que ellas resulten incompatibles con la naturaleza de los procedimientos.»

7. «Si se intenta definir técnicamente la idea de debido proceso resulta más fácil sostener que es aquel que se adecúa plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad, que es un tercero en la relación litigiosa y, como tal, imparcial e independiente».

no logra que, en su transcurso, se logre garantizar el efectivo goce de los derechos básicos establecidos en la Constitución Política de la República ni en los Tratados de Derechos Humanos ratificados y vigentes en Chile.

El antiguo procedimiento de la Ley de Menores 16.618 era reconocidamente inquisitorio y otorgaba a los jueces amplias facultades para determinar no solo sin estándares conocidos y estables, sino que también sin forma de juicio, desde una amonestación hasta la internación en hogares por tiempo indefinido hasta el cumplimiento de la mayoría de edad. Todo esto sucedía al alero del denominado paradigma del menor en situación irregular. El giro copernicano del niño como sujeto de derechos introducido con la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención), debió traducirse en la nueva jurisdicción a cargo de la protección de niños y niñas en un incremento de garantías de sus derechos.

Las amplias facultades del tribunal, la inexistencia de actores institucionales fuertes, la ausencia de políticas públicas dirigidas específicamente a hacer posible el ejercicio de derechos ha hecho del procedimiento una mera sucesión de trámites dada la ausencia, en estricto rigor, de un debido proceso. ¿Cómo va a hablarse de un debido proceso si no hay un abogado que asista al niño en este doloroso itinerario de separación de sus padres, de indagación intensa en su intimidad, de sucesión de riesgos físicos, emocionales y psíquicos en el centro o residencia al que es enviado? La figura actual de los curadores *ad litem* no logra satisfacer los estándares mínimos internacionales. Estos abogados nombrados por el tribunal no se entrevistan previamente con el niño, no lo visitan en los centros o residencias donde está internado, tampoco se entrevistan con los profesionales que intervienen en el caso y ni siquiera producen prueba propia o interponen recursos de impugnación ante los tribunales superiores.

Es preciso recordar que estamos ante decisiones del órgano jurisdiccional que afectan a los derechos fundamentales. De hecho, en este escenario las medidas de protección, cautelares o definitivas, separan al niño de sus padres o suspenden el régimen comunicacional de uno de ellos con el niño. No obstante, en otras ocasiones se inmiscuyen en la vida familiar imponiendo deberes de asistencia a programas como condición para el ejercicio de la parentalidad. En este punto es necesario controvertir esa mirada que ha visto al procedimiento proteccional solo desde los fines protectores o tuitivos. Esa perspectiva, sin ser completamente equivocada, es gruesamente insuficiente.

Sin entrar a la crisis develada el año 2016 con la muerte de la niña Lisette en el CREAD Galvarino y los informes de abuso y maltrato en centros y residencias denunciados no solo en Jeldres (2013), sino también en la Comisión Especial Investigadora (2017) y el Instituto Nacional de Derechos Humanos (2017), el procedimiento busca proteger pero, al mismo tiempo, restringe, limita y en oportunidades pone fin a derechos fundamentales, y esa dimensión no solo debe ser claramente visibilizada,

sino también adecuadamente conceptualizada.⁸ Este es el principal aporte de Núñez (2010) al conceptualizar acertadamente como un tema de tutela de derechos fundamentales la labor del juez de familia en materia proteccional.

En esta línea argumentativa es necesario recordar las palabras de la Corte Suprema de Estados Unidos en 1967 al fallar el emblemático caso Gault:⁹

El derecho del Estado, como *parens patriae*, para negar al niño derechos procesales disponibles para sus mayores fue elaborado a partir de la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tiene el derecho «no a la libertad, sino a la custodia». Él puede ser obligado a regresar con sus padres, a ir a la escuela, etcétera. Si sus padres fallan en ejecutar efectivamente sus funciones de tuición —esto es, si el niño es «delincuente»— el Estado puede intervenir. Al hacerlo, no priva al niño de ningún derecho porque él no lo tiene. Simplemente provee la «custodia» a la que el niño tiene derecho. Sobre esta base, los procedimientos vinculados con menores fueron caracterizados como «civiles» y no como «criminales» y, por lo tanto, no fueron sometidos a los requerimientos que limitan al Estado cuando procura privar a una persona de su libertad.

Por consiguiente, los motivos más elevados y los impulsos más iluminados condujeron a un peculiar sistema para los menores, desconocido para nuestro derecho en cualquier otro contexto comparable. La base constitucional y teórica para este peculiar sistema es —por decir lo mínimo— discutible. En la práctica [...] los resultados no han sido enteramente satisfactorios. La historia del Tribunal de Menores ha demostrado nuevamente que la discrecionalidad desenfrenada, por más benevolentemente motivada que esté, es con frecuencia un pobre sustituto de los principios y del procedimiento.

En sintonía con esta idea, un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que anula de oficio una sentencia del Centro de Medidas Cautelares de Santiago afirma que:

todo proceso jurisdiccional que se siga con ocasión de una denuncia de vulneración de derechos de un niño, niña y adolescente debe ser tramitado con la responsabilidad y dedicación que impone la delicada naturaleza de la materia de que se trata.¹⁰

8. Es posible encontrar una valiosa excepción en Millán y Villavicencio (2002: 43) cuando señalan que «aun cuando las medidas de protección se decreten inspiradas en los principios de una protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que igualmente se afectan derechos de éstos, incluso llegando a producirse —en algunos casos— el modo más intenso de intromisión en el goce de los derechos de las personas, esto es, la internación o privación de libertad.»

9. In re Gault, 387 U.S. 1; 87 S. Ct. 1428.

10. F.X.R.A. (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2015, rol 2918- 2015.

Un comentarista de este fallo destaca que con estas expresiones la Corte de Santiago resalta:

sin lugar a dudas, el valor de debido proceso como un derecho fundamental del que los niños son titulares y que, a través de aquel, adquieren una dimensión mayor los derechos a defensa, el de ser oído en los asuntos que atañen al niño. (Maldonado 2016: 162)

Por otra parte, el presidente de la Corte Suprema, Haroldo Brito, ha reafirmado esta dimensión del perfil del juez en su reciente Discurso de Inauguración del Año Judicial 2018 al sostener que:

probablemente la solución requiera de nuevos entendimientos de las instituciones esenciales y, en consecuencia, la redefinición y el reforzamiento de algunos roles, entre ellos, el de la jurisdicción, precisamente el del juez, el que ha de consistir únicamente, ni más ni menos, en garantizar efectivamente los derechos de los niños mediante un debido proceso, contradictorio y participativo, encaminado a una decisión fundamentada en hechos debidamente acreditados en el Derecho y en el conjunto de principios de la materia: derecho a ser oído, a su interés superior, y al principio de preeminencia de los padres y la familia (Brito, 2018: 26).

En estas ideas se advierte una sintonía con lo planteado hace varios años por un eminente juez de infancia brasileño, Joao Batista Costa Saraiva (2007: 238):

el perfil del juez, del nuevo juez en este nuevo derecho, presupone un operador calificado y con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional. En la medida en que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundantes de este sistema.

Este perfil de juez proteccional erigido en torno a su deber de garantizar derechos a los niños es posible solo en la medida en que se reconoce esa posible colisión de derechos fundamentales. Por otra parte, solo si se asume que en materia proteccional existirá ese conflicto es posible articular prácticas hermenéuticas de ponderación, de interpretación restrictiva, de prohibición de analogizar, y de escrutinio más estricto cuanto más intensa sea la restricción de derechos y otras técnicas jurídicas propias de procedimientos de este tipo. Si, en cambio, solo atendemos al discurso de la benevolencia —que no se acusa aquí de insincero— todo ese arsenal jurídico resulta impropio, un obstáculo, todo aquello que Gajardo (1929) deploraba. Costa Saraiva (2007: 241) es enfático al declarar que:

si existe un nuevo derecho debe existir un nuevo juez. De hecho, de no existir un nuevo juez capaz de operar este nuevo derecho, el nuevo derecho no existirá; pues es el juez quien debe dar eficacia a sus normas.

Como remarca Núñez (2010: 259), tanto nuestro ordenamiento como la doctrina carecen de una definición de medida de protección y propone lo siguiente:

un instrumento fundado en la potestad del Estado ejercida por intermedio del órgano jurisdiccional para proteger a los menores de edad que se encuentran gravemente vulnerados en sus derechos, manteniendo la mirada en la situación irregular que están viviendo a través de mecanismos asistenciales.

Nos parece que una conceptualización en este tiempo de difícil convivencia entre la Convención y la Ley de Menores debe considerar a las medidas de protección como aquel conjunto de acciones estatales dirigidas a la prevención y al resguardo de derechos de niños ante graves vulneraciones de derechos, inminentes o ya presentes, ordenadas por resolución judicial luego de un competente diagnóstico y ejecutadas por la administración directamente o a través de los organismos colaboradores o coadyuvantes del Estado.

Revisión del itinerario procesal

Creemos necesario construir categorías de análisis del procedimiento que, a partir de la normativa positiva, colaboren a entender cómo se estructura un proceso de toma de decisiones en el ámbito proteccional. De aquí que a partir de la revisión de la literatura internacional de la práctica profesional del autor y de la retroalimentación de jueces y consejeros técnicos en cursos de perfeccionamiento de la Academia Judicial sobre aplicación de medidas de protección (Lázaro y otros, 2005; Cortez-Monroy y otros, 2008; Arruabarrena, 2009; Palummo y otros, 2006; Burgués y Herrera, 2010; Munro, 2011; Benavente, 2011), creemos posible distinguir seis etapas en el proceso de aplicación, decisión y control de medidas de protección.

Considerando solo la perspectiva psicosocial, Arruabarrena (2009) habla de tres etapas. Por otra parte, a propósito del sistema proteccional administrativo de la provincia de Buenos Aires, Burgués y Herrera (2010) esquematizan hasta nueve etapas. En este escenario, cada etapa cumple cierta función en el proceso de toma de decisiones y requiere de un cierto nivel de información. Los actores desempeñan roles diferentes en algunas de ellas, y para que la decisión cuente con los mejores insumos y garantice el principio del debido proceso, cada etapa debe estructurar mecanismos de control. En consecuencia, las etapas en cuestión son las siguientes: inicio del procedimiento; medidas cautelares; diagnóstico; prueba; decisión y derivación; y control de la ejecución de la medida de protección decretada.

En este contexto, concebimos una cadena de acumulación de información que debe permitir al jurisdicente contar con la mayor y mejor calidad de evidencia al momento de decidir, y que se ajuste al proceso de toma de decisiones en la esfera de la intervención (Arruabarrena, 2009). Con este esquema analizaremos lo que cons-

tituye los principales nudos normativos y prácticos que se pueden encontrar en los diversos hitos del procedimiento proteccional.

Inicio del procedimiento

El artículo 70 de la Ley 19.968 de Tribunales de Familia (LTF) afirma el carácter amplio y público de la facultad de iniciar este procedimiento, una acción pública protectora. De hecho, la misma norma denomina requerimiento a este aviso que pone en marcha el sistema judicial y la Ley no exige requisitos al requerimiento como sí ocurre con otras comunicaciones que dan inicio a la actividad jurisdiccional.

La función principal de este primer momento es discriminar lo que constituye una vulneración grave de lo que no y ello exige que el requerimiento contenga una mínima información que permita al tribunal conocer quién o quiénes son los niños afectados, dónde vive el niño —dato básico para determinar la competencia del tribunal—, cuáles son los hechos que amenazan o han dañado su desarrollo y en qué se basa esta imputación. El principio de desformalización —como mencionamos anteriormente (Estrada 2015b: 163)— no puede significar desorden ni ausencia de requisitos sin más porque eso genera expectativas en la comunidad que luego el sistema de justicia no logra satisfacer y, además, sobrecarga la institución judicial. Sin embargo, por otro lado, el inciso segundo del artículo 70 es explícito en cuanto a que el requerimiento «no necesitará cumplir formalidad alguna» y la frase final reza «bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento» de donde es posible colegir que se requiere una solicitud de protección y entendemos por tal la que contiene los datos arriba enunciados. Maldonado (2016: 160) coincide en esto al afirmar que «salvo el caso en que la denuncia sea manifiestamente improcedente, el juez está obligado a dar curso al requerimiento.» En este escenario, se requiere, entonces, información aportada por el requirente que permita este primer escrutinio.

Por otra parte, y en una dimensión más operativa del sistema proteccional, nos parece indispensable que en la actualidad se abandone el sistema de parte policial en papel y se incorpore el parte policial digitalizado con que trabaja el sistema penal.

Sobre la interpretación de la huidiza noción de grave vulneración de derechos se producen algunos nudos críticos que a continuación desarrollaremos.

1.1. Presupuesto procesal

Es preciso centrar la atención en el presupuesto que habilita la intervención estatal y en el inicio del procedimiento de aplicación de medidas de protección: la amenaza o vulneración de derechos.¹¹ Como ya indicamos, las legislaciones tutelares iberoameri-

11. Un presupuesto similar se halla en el artículo 117 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823 de Uruguay y en el artículo 51 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia.

canas fundaban la intervención estatal en hipótesis normativas vagas y amplias (García Méndez y Beloff, 1998). La introducción de la Convención de Derechos del Niño supuso un enfrentamiento a estas prácticas desde lo que ha sido llamado el modelo de protección integral (Beloff, 2004), sin embargo, como ha apuntado Couso (2006), la penetración del paradigma de los derechos del niño ha sido más discursiva que práctica. Un ejemplo de esto es justamente la formulación del presupuesto normativo. Así parece, en una primera lectura, discurrir por la senda del paradigma posConvención, ya que habla de derechos pero la equivocidad de la expresión vulneración sumada a la ausencia de definición legal, jurisprudencial o desde la administración, deviene en un trueque de etiquetas que hemos denominado (Estrada 2015a: 33) la técnica jurisprudencial utilizada por algunos tribunales y autoridades administrativas para incorporar discursivamente la Convención de Derechos del Niño, pero retornando a las prácticas paternalistas propias del sistema tutelar de la situación irregular. Esto es, vino viejo en odres nuevos. Así, no todo el que dice «derechos del niño» está discurriendo desde un enfoque de derechos. La imprecisión del presupuesto permite una intervención de la autoridad que no queda sujeta a límites y facilita multiplicidad de interpretaciones, incluso al interior de un mismo tribunal de familia.

El informe del equipo de juezas de familia, lideradas por Mónica Jeldres, que visitaron el sistema residencial de la Región de Valparaíso el 2011 es elocuente al respecto:

No existen criterios comunes entre los Magistrados de qué se entiende por grave vulneración de derechos y parámetros mínimos comunes para la internación de NNA encontrándose ingresos a residencias por un sinfín de motivos, como por ejemplo, carencia de recursos materiales, mal comportamiento, problemas psiquiátricos, etcétera.¹²

Es importante hacer notar que este problema ha sido asumido en otras legislaciones. De hecho, en España existen dos presupuestos que habilitan la intervención estatal: riesgo y abandono. Sin embargo, como exhaustivamente revisa Benavente (2011), la indeterminación de competencias entre los órganos jurisdiccionales y las entidades públicas (la administración) que dependen de la realidad de cada comunidad autónoma, ha derivado en graves problemas en el sistema. La reciente reforma del 2015 ha buscado enfrentar este problema mejorando la conceptualización de los presupuestos centrales: riesgo y desamparo.

El artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, contiene una definición operacional de la noción de riesgo:

Se considerará situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias, ca-

12. Proyecto de Levantamiento y Unificación de Información Referente a los Niños, Niñas y Adolescentes en Sistema Residencial de la V Región (p. 5).

rencias o conflictos familiares, sociales o educativas, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar.

Como anota Martínez García (2016: 26):

la situación de riesgo se contempla como una medida preventiva con la que pretende evitarse una declaración de desamparo, lo que explica que la amplitud y heterogeneidad de situaciones que pueden ser de riesgo tengan en común que la intervención administrativa no requiera la separación del niño de su medio familiar.

El Código Civil español, en su artículo 72, define la regulación general del desamparo como la situación:

que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Lo anterior es ahora complementado en el artículo 18.2 donde la Ley 1/1996 especifica ocho situaciones de desamparo que:

son situaciones gravemente perjudiciales para el menor que tengan como causa el incumplimiento o el inadecuado o imposible ejercicio de los deberes de guarda, en las que la intervención administrativa requiere la separación del menor de su núcleo familiar (Martínez García 2016: 29).

A su turno, la legislación catalana en su artículo 1021, numeral uno, ocupa una valiosa técnica al definir, primero en términos generales y abstractos, el riesgo, y entender por situación de riesgo:

la situación en la que el desarrollo y el bienestar del niño o el adolescente se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre y cuando para la protección efectiva del niño o el adolescente no sea necesaria la separación del núcleo familiar.¹³

13. Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.

Posteriormente procede en el numeral dos a entregar un listado de nueve situaciones, lo que constituye un conjunto no taxativo que evidentemente incrementa la seguridad de la ley (todos entienden de qué se está hablando). Más tarde despliega un catálogo de medidas aplicables a esta problemática, también en forma de listado abierto en el artículo 104 de la ley (Ravetllat, 2014: 12) para luego repetir el esquema y, en el artículo 105, definir el abandono:

Se consideran desamparados los niños o los adolescentes que se encuentran en una situación de hecho en la que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar.

Sucesivamente, en el numeral del mismo artículo enuncia doce situaciones concretas. Esta técnica legislativa favorece, como se observa, un común entendimiento de los diversos actores del sistema sobre los presupuestos de la protección.

Un segundo aspecto a revisar, en aras de perfilar qué debe entenderse por grave vulneración de derechos, es enfatizar el carácter excepcional de la intervención estatal, cuya acción de máxima intensidad, la internación, debe considerarse una medida de ultima ratio. En esto el magistrado del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, Pedro Maldonado, acierta al construir este límite al *ius tuitivo*:

No puede tratarse de cualquier afectación, no autoriza la ley la intervención del tribunal ante afectaciones leves o moderadas, y esto implica que no por existir vulneración o amenaza deba ser desplegado todo el aparato jurisdiccional por cuanto existe certeza en el estado actual de la psicología en materia de infancia, que una intervención desmesurada o aquella en donde no se requiere de una respuesta tan contundente se producen consecuencias negativas mayores que aquellas que se pretendía cautelar.

El impacto que tiene la intervención del tribunal en el ámbito familiar es gravitante, puesto que implica la adopción de medidas externas que se superponen a la autoridad familiar y especialmente a la de los padres, que generan acciones específicas que implican cambios de rutinas, alteración de planes familiares a las que se ven expuestos principalmente los niños, desvinculación familiar, entre otras. De ahí que uno de los principios fundamentales del moderno Derecho de Familia es el de mínima intervención del Estado, que opera en el contexto del nuevo paradigma que vino a instalarse a nivel internacional y nacional con la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la Convención de los Derechos del Niño, la cual gira en torno a una serie de principios, entre ellos el de dar relevancia y cautelar el derecho de los niños a ser cuidados por sus padres y mantenerse dentro de su familia, y el de los

padres de ser los primeros llamados a ejercer los deberes y derechos que imponen los lazos en relación a los hijos.¹⁴

Una tercera cuestión que intriga en relación al presupuesto es a qué derechos se refiere.¹⁵ ¿Alude a los contenidos en el amplio *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia para usar la expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?¹⁶ ¿O solo se refiere a aquellos que aparecen resguardados en la Ley 16.618, nuestra Ley de Menores? ¿Pueden comprenderse aquí los derechos consagrados en la Ley General de Educación, por ejemplo? ¿Los derechos contenidos en la Ley de Derechos del Paciente pueden ser aquí reclamados tratándose de niños?

Incluso puede plantearse una pregunta adicional respecto del sujeto activo del presupuesto de amenaza o vulneración de derechos de niños: ¿Quién puede vulnerar? ¿Puede la actuación de un tribunal de garantía —o un tribunal oral en lo penal— que permite revictimizar a un niño o que no cautela adecuadamente su entrega de testimonio considerarse grave vulneración y dar lugar al inicio de un procedimiento proteccional?¹⁷ Esas preguntas carecen de una respuesta clara en nuestro ordenamiento positivo.

Hay jurisprudencia que ha reconocido abiertamente la capacidad del Estado para vulnerar los derechos de los niños y, en consecuencia, para ordenar medidas de protección a agentes estatales. Así ocurre con el fallo del juzgado de familia de Puerto Aysén de 15 de marzo de 2012, que ante excesos policiales en el contexto de movilizaciones ciudadanas de protesta establece:

que teniendo presente las circunstancias anteriormente referidas, la gravedad de los hechos denunciados y constatados, las que importan claramente, al menos, una

14. F.X.R.A. (2016) Juez Pedro Maldonado, Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago, 8 de febrero de 2016, Rit P 5937-2015, considerando noveno.

15. Por ejemplo, el artículo 20 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de Colombia, contiene un catálogo de derechos a ser protegidos por el Estado colombiano.

16. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C 63, párrafo 194, y Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C 221, párrafo 121. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 44

17. En relación a esto, Lovera (2015: 64) recomienda que la futura ley de protección integral o de garantías de los derechos de la infancia identifique «expresamente una serie de garantías reforzadas para el derecho a la igualdad y la no discriminación de NNA, en especial: a) titularidad de derecho a la igualdad y no discriminación, con mención expresa a la prohibición de discriminación; b) reconocimiento amplio de las categorías o causas de discriminación y; c) ampliar la protección de la cláusula de igualdad y no discriminación a la familia extendida del NNA.»

evidente amenaza al derecho a la integridad física y psíquica garantizados respecto de toda persona, en el artículo 19 numeral 1 del texto constitucional patrio, y en especial de los menores en cuyo favor se han otorgado facultades al Tribunal de Familia para adoptar medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a fin de proteger los derechos de éstos cuando se encontraren amenazados o vulnerados, y visto además lo dispuesto en los artículos 3, numeral 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 1 y 19, 1 y 2 de la Constitución Política; 30 de la Ley de Menores y 8, 7, 16, 68 y 71 de la Ley 19.968, se resuelve que se dispone en carácter de medida cautelar, a favor de los menores Antonella Ernestina V. O.,¹⁸ de 3 años de edad; Héctor David L. M., de 10 años; Francisco Gonzalo Amaru Y. G., de 4 años; Paloma Alejandra V., de 11 años; Tamara Constanza R. G., de 6 años; Ana Belén R. G., de 12 años; Rosita María G. C., de 15 años; Ángel Mabel G. M., de 12 años y Alan Víctor Hugo C. V. de 7 años, cuyos domicilios se consignan en el cuerpo de la denuncia deducida, la prohibición absoluta a carabineros del uso de elementos de disuasión, entiéndase bombas lacrimógenas y balines, en contra de las personas de los referidos menores y de sus respectivos domicilios, medida cautelar que se dispone hasta la realización de la audiencia preparatoria fijada para el día viernes 23 de mayo del mes y año en curso, sin perjuicio, en su caso, de disponerse su ampliación de mantenerse los hechos de vulneración denunciados.

Un cuarto aspecto que la ambigüedad del presupuesto problematiza se refiere a la doble hipótesis que contiene: primero, la amenaza y, en segundo lugar, la vulneración ya producida. Como releva Fernández (s/f), «no es necesario que el daño se exprese o manifieste de manera actual, siendo suficiente para la ley la existencia de un riesgo grave e inminente.» Esto resulta relevante del modo que pone en el Estado el deber de prevenir y precaver los daños. Por la misma importancia es que la ley o el reglamento o un auto acordado incluso, debieran ofrecer algún nivel de univocidad a la noción de riesgo. Cuando todo es riesgo nada lo es, y con esa equívocidad retornamos a la más absoluta discrecionalidad respecto de la infancia, propia de la situación irregular. Requerimos protocolos y lista de hipótesis a partir de la evidencia contenida en las estadísticas de ingresos al sistema proteccional con la finalidad de ofrecer claridades a todos los actores, en especial a la primera línea de detección compuesta básicamente por las policías, el sistema educacional (escuela y jardín infantil) y el sistema de salud.

Adicionalmente, el estándar de acreditación del presupuesto no ha sido suficientemente abordado por la judicatura que apenas lo ha esbozado en frases de este tenor: «Que las medidas de protección deben fundarse en antecedentes suficientes que ameriten su adopción.»¹⁹

Finalmente, un último campo sobre el que llamar la atención —relativo a la even-

18. Se han ocultado los datos que permitan identificar a los niños.

19. Corte Suprema, 4 de abril de 2011.

tual pluralidad de partes—, lo constituye la posibilidad de accionar o requerir colectivamente. Nada en los artículos 68 a 70, donde se contienen las reglas de inicio del procedimiento, parece impedir que se solicite una medida de protección colectiva a favor de un grupo de niños vulnerados o amenazados en sus derechos. Refuerza esta perspectiva el artículo 12 de la Convención, reproducido en el artículo 16 de la Ley 19.968, en especial considerando la interpretación que el Comité de Derechos del Niño (2009: párrafo 87) le ha asignado, ya que:

el Comité siempre ha interpretado la participación de manera amplia para establecer procedimientos no solo para niños considerados individualmente y grupos de niños claramente definidos, sino también para grupos de niños, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en general, que resultan afectados directa o indirectamente por las condiciones sociales, económicas o culturales de la vida en su sociedad.

De esta forma, parece perfectamente ajustado a derecho que un requerimiento sea efectuado a favor de un grupo o colectivo de niños cuyos derechos han sido vulnerados gravemente.

En suma, toda esta ambigua formulación del presupuesto pone en evidencia el déficit de la normativa sustantiva producto de la demora de la reforma legal de la Ley de Menores. De *lege ferenda*, entonces, resulta a todas luces necesaria una delimitación más precisa de los presupuestos de intervención y en caso de que se fijen rangos de competencia diferenciados entre la protección administrativa y la jurisdiccional, una demarcación clara de ambas esferas.

1.2. Deber de requerir

Es necesario recordar que no existe un deber explícito universal de requerir protección ante los tribunales de familia similar al deber de denunciar delitos, consagrado en el artículo 175 del Código Procesal Penal,²⁰ respecto de los niños gravemente vulnerados en sus derechos como sí ocurre en otras legislaciones.²¹ Por lo tanto, es preciso de *lege ferenda* mejorar este deber. Esta obligación de requerir protección debe

20. Código Procesal Penal, Ley 19.696 de 2000.

21. En España, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su artículo 13 en sus numerales 1 y 2 establece un deber de este tipo: «1. Toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. 2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.»

alcanzar especialmente a los Fiscales del Ministerio Público en las investigaciones de delitos cometidos contra niños, e imponerles el deber de coordinar sus esfuerzos y decisiones con los del sistema de justicia de familia. Igualmente, estimamos posible construir desde las fuentes internacionales y en una lectura sistemática de la Convención de Derechos del Niño, dicha exigencia. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 19) y la Convención de Derechos del Niño (artículos 3, 4, 6, 12 y 19) apoyan esta posición en particular si consideramos que el principio rector del interés superior del niño es exigible respecto de todas las «instituciones públicas o privadas de bienestar social» y el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General 14 (2014: párrafo 26), construye un marco interpretativo amplio de esta expresión:

Estos términos no deberían interpretarse de manera restrictiva ni limitarse a las instituciones sociales *stricto sensu*, sino entenderse como todas las instituciones cuya labor y decisiones repercuten en los niños y la efectividad de sus derechos. Esas instituciones no solo abarcan las relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales (como la asistencia, la salud, el medio ambiente, la educación, las actividades comerciales, el ocio y el juego, por ejemplo), sino también las que se ocupan de los derechos y libertades civiles (por ejemplo, el registro de nacimientos y la protección contra la violencia en todos los entornos).

Dicho lo anterior, es preciso recordar que sí existe respecto de los funcionarios del sistema de la red Sename el deber de requerir protección, obligación que se encuentra consagrada en el artículo 14, inciso 2, de la Ley 20.032:

Artículo 14. Los directores o responsables de los proyectos, y los profesionales que den atención directa a los niños, niñas o adolescentes en alguna de las líneas de acción señaladas por esta ley, que tengan conocimiento de una situación de vulneración a los derechos de alguno de ellos, que fuere constitutiva de delito, deberán denunciar de inmediato esta situación a la autoridad competente en materia criminal.

En los casos señalados en el inciso anterior, así como en aquellas situaciones que, no siendo constitutivas de delito, hagan necesaria una medida judicial a favor del niño, niña o adolescente, el colaborador acreditado deberá realizar la solicitud respectiva al tribunal competente.

1.3. Negativa a iniciar causas por violencia intrafamiliar cuando el niño es la víctima indicando que en este caso solo procede el procedimiento de protección

Pese a que el tenor literal del artículo 5 de la Ley 20.066²² es claro en enunciar entre los sujetos pasivos de la violencia intrafamiliar a los menores de edad, hay varias decisiones —en especial del Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago— que insisten en desechar esta vía de actuación judicial y exigir a los denunciados que usen el procedimiento de medidas de protección. Existe numerosa evidencia en la literatura sobre el impacto que en los niños generan las situaciones de violencia intrafamiliar (Ulloa, 1996; Fantuzzo y Mohr, 1999; Wolfe y otros, 2003) y, por cierto, resulta lamentable pero real, que buena parte del maltrato que los niños reciben se efectúe en el seno doméstico.²³ La decisión, entonces, de no dar curso a denuncias de violencia intrafamiliar deja en la desprotección a los niños. Un procedimiento de protección puede ser complementario, por cierto, pero asignarle un carácter excluyente del procedimiento especial de violencia intrafamiliar arriesga dejar sin registro de antecedentes ni sanción al agresor,²⁴ además de carecer de sustento normativo. Denegar iniciar una causa proteccional por la razón antes expuesta implica incurrir en una conducta que cumple con los presupuestos típicos exigidos por el artículo 224 numeral 3 del Código Penal.

1.4. Entrega de información a niño

Como ha recalcado el Comité de Derechos del Niño en su Observación general 13 a propósito de la intervención judicial respecto de niños que han sufrido violencia: «Los niños y sus padres deben ser informados debidamente y con prontitud por el sistema judicial u otras autoridades competentes.»²⁵ Ahora, por regla general, ese deber no se está cumpliendo adecuadamente en la actualidad. Una errada práctica —acorde con la falta de especialización— la constituye la pretensión de entrega de información y, a veces, incluso de intervención terapéutica desde el estrado durante la audiencia. No es el lugar ni el entorno adecuado para que un niño reciba infor-

22. «También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.»

23. El Cuarto Estudio de Maltrato Infantil de Unicef del año 2012 sostiene que «el 71% de los niños y niñas recibe algún tipo de violencia de parte de su madre y/o padre». Además, agrega que «entre los niños y niñas que sufren violencia física grave el porcentaje de padres que se agreden alcanza el 29,8%.»

24. Una reciente apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago ha corroborado —aunque no explícitamente— la posición que aquí sostenemos. Para un mayor detalle, véase Corte de Apelaciones de Santiago, rol 291-2014, 21 de abril 2014.

25. Observación general 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. CRC/C/GC/13 (2011: 54).

mación, ya que «no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad.»²⁶ Ese entorno intimidatorio no se refiere a la buena intención o favorable disposición de la jueza o consejera técnica. Se relaciona, más bien, a la infraestructura, al horario, a la existencia o no de sala de espera especial, a si el niño ha recibido información previa acerca del asunto, a si el lenguaje en que le han hablado se corresponde con su nivel de desarrollo, a la devolución que realiza —o no— el tribunal respecto de las decisiones que adopta, y se vincula a la inexistencia de protocolos o directrices internas sobre esta materia. Existiendo, orgánicamente, una unidad de atención a público debería en su seno radicarse la gestión de recursos (personal, espacio, etcétera) para que este proceso se realice según estándares internacionales. Una práctica judicial que indirectamente se relaciona con este aspecto, pero que es expresiva de la preocupación judicial por construir un entorno adecuado al niño, la constituye el Proyecto de Perros de Asistencia Judicial del Primer Juzgado de Familia de Santiago en convenio con Corporación Bocalán, que incorpora acompañamiento canino a niños en audiencias.

1.5. Designación de curador ad litem

Aunque la LTF no indica la oportunidad procesal en que debe darse cumplimiento a este nombramiento, construido frágilmente en el artículo 19 de la misma ley,²⁷ hay varias razones que indican que el único momento posible en el procedimiento protectorial para efectuar esta designación —o para velar por el ejercicio del derecho a defensa, en sentido más técnico y amplio— es justamente en esta etapa.

Nuestra posición se funda en que si la designación se realiza con posterioridad a este momento —lo que ocurre en numerosas oportunidades en los tribunales de familia de Santiago— se priva al abogado de ofrecer prueba y discutir la contraria, afectando así sustancialmente el derecho a defensa. Mucho más grave es cuando se designa curador al iniciar el juicio o una vez recibida parte de la prueba. En todos estos casos nos parece que nos encontramos ante los presupuestos fácticos de una nulidad procesal.

Sobre el rol del curador, el ex presidente de la Corte Suprema del Uruguay, Ricardo Pérez Manrique (2007: 256), es particularmente contrario a:

26. Observación general 12. El derecho del niño a ser escuchado. CRC/C/GC/12 (2009: 34).

27. El artículo 19 no contempla un derecho a la defensa letrada de niños en tribunales de familia sino, cosa muy distinta, un sistema de designación en determinados casos («en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación») y por determinados actores («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») y no impone un estándar de deberes que el curador ha de cumplir.

la figura del curador *ad litem* o curador especial que supone la incapacidad de poder discernir por sí, pues esa es la esencia de la curatela como instituto de protección, está reñida con la posición que sustentamos.

El curador, por su propia definición, defenderá el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión. Se vuelve en un sucedáneo de los representantes tutelares de los niños.

Por todo lo anterior, conviene tener presente que son varias las formas por medio de las que, con nuestro actual marco normativo, es posible que un niño cuente con representación jurídica, más allá de lo que ocurre en la práctica en virtud de cierta realidad histórica. Estas formas pueden ser por designación:

- a) Del tribunal, que en aplicación del artículo 19 le nombra un curador *ad litem*.
- b) Del director del centro o residencia donde esté internado, quien por aplicación del artículo 57 de la Ley de Menores tiene su cuidado personal y podría efectuar dicha designación.
- c) De su padre o madre, quien es, según preceptúa el artículo 43 del Código Civil, su representante legal *prima facie*.
- d) Del mismo adolescente, mayor de 14 años, por aplicación del principio de igualdad ante la ley (en el sistema penal adolescente pueden nombrar defensor), por reglas y directrices del *corpus juris* internacional de los derechos humanos de la infancia,²⁸ y por aplicación de tres artículos claves de la Convención sobre los Derechos del Niño que construyen verdaderos principios del procedimiento proteccional (Estrada, 2015b), el interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho a ser oído, de cuya lectura sistemática se colige la respuesta afirmativa a la posibilidad de que un adolescente designe abogado.

Tal como ocurre en el sistema penal, no cualquier defensa puede ser considerada como tal. En el ejercicio de su rol de control de garantías el juez de familia puede y debe declarar el abandono material de la defensa si ésta no reúne los estándares mínimos o si incurre en prácticas vulneratorias de derechos. Un ejemplo de esta última situación —muy frecuente en el ejercicio de numerosos curadores *ad litem* en el país— lo advierte el Comité de Derechos del Niño (2009: párrafo 37): «El representante deberá ser consciente de que representa exclusivamente los intereses del niño y no los intereses de otras personas (progenitor(es)), instituciones u órganos (por ejemplo, internado, administración o sociedad).»

28. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Regla 7.1; Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, Regla 18; Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), punto resolutivo 10; Directrices de NU de cuidado alternativo, párrafo 57; y Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Sección segunda, párrafo 28.

Si el curador del niño prefiere construir un espacio para ante sí determinar lo mejor para el niño como algo distante y diferente a lo que el niño quiere, su defensa no satisface el principio constitucional del debido proceso, pues deja en la indefensión al niño y lo priva de la defensa técnica, lo desposee de su voz en el litigio. Asimismo lo corrobora Pérez Manrique (2007: 270) en su análisis al señalar que «en este plano es evidente el derecho a la defensa técnica definida con el criterio de un abogado del niño que patrocina intereses definidos por el propio niño, sin sustituir su voluntad a la de éste».²⁹

2. Medidas Cautelares

En todos los sistemas de protección, e independiente de si se trata de mecanismos jurisdiccionales o administrativos, el sistema debe tomar medidas urgentes e inmediatas ante situaciones en que el daño a la integridad física y psíquica del niño es inminente. En nuestro sistema, a esas medidas se las denomina medidas cautelares y se encuentran reguladas en el artículo 71.

La función de esta etapa es verificar la gravedad de los hechos comunicados en el requerimiento proteccional, determinar si el niño o niña corre peligro y si es indispensable decretar a la brevedad una medida de protección inmediata. Por la urgencia que caracteriza esta etapa y la eventual intensidad de las medidas que se adopten son varios los aspectos necesarios de revisar críticamente:

2.1. Estimación del riesgo

Para que el Tribunal de Familia pueda responder con la indispensable prontitud se ha configurado un sistema de atención de urgencia a través de las medidas cautelares especiales del artículo 71. Sin embargo, a estas alturas del sistema, es insuficiente que los actores sigan operando con puro subjetivismo. En España, Reino Unido y otros sistemas comparados se utilizan instrumentos de evaluación de riesgo, que son cuestionarios estructurados previamente validados, y que contribuyen a tomar decisiones con base en la mejor evidencia disponible, disminuyendo los sesgos de los operadores, permitiendo estructurar más sólidamente la argumentación profesional, direccionando el plan de intervención y facilitando el control de terceros de la decisión técnica.

2.2. El Centro de Medidas Cautelares

Al tenor de la Ley 19.968 no parece existir ningún inconveniente con la cuestión orgánica en materia proteccional. Le corresponde conocer de la aplicación de este

29. El destacado es de Pérez Manrique.

procedimiento a los jueces de familia y, donde no existan, al juez de competencia común. El problema surge en Santiago a partir del Acta 135-2010,³⁰ auto acordado que regula un sistema distinto al crear una unidad especial denominada Centro de Medidas Cautelares, integrada por jueces, consejeros técnicos y funcionarios provenientes de los cuatro juzgados de familia de Santiago. Esta iniciativa de gestión judicial, encomiable al ocuparse de mejoras en la gestión del despacho judicial, se encuentra normativamente en un lugar complejo, pues invade un terreno que se encuentra, estimamos, dentro de las materias que solo son de competencia del legislador en virtud del artículo 63 letra c.³¹ El artículo 96, numeral 4, del Código Orgánico de Tribunales —citado en los vistos del auto acordado— efectivamente permite que en ejercicio de las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan, la Corte Suprema, pueda «determinar la forma de funcionamiento de los tribunales y demás servicios judiciales fijando los días y horas de trabajo en atención a las necesidades del servicio». Pero de la lectura de esa acta es claro que se ha excedido el límite de lo facultado en el artículo 96. No solo se fija «forma de funcionamiento» y horario sino, en la práctica, se crea un nuevo tribunal con una distinta competencia que el acta denomina «funcional» determinada en el artículo 5. Incluso, el auto acordado amplía el territorio jurisdiccional para efectos de las visitas (artículo 7) a toda la región metropolitana, cuestión que sobrepasa cualquier facultad que pueda tener la Corte Suprema, pues modifica el artículo 78 de la Ley 19.968. Aun más curioso es que pese a que el Acta 135 fija un sistema muy preciso de integración (los jueces durarán seis meses, dice el artículo 2), en la práctica, cada tribunal ha implementado su propio sistema de designación y existen jueces que llevan años en esa unidad.

Finalmente, llama la atención —y ha sido objeto de investigaciones periodísticas— el altísimo número de casos terminados por un reducido grupo de cinco jueces comparado con el resto del país.³² Así, resolver y concluir 279 causas como hizo en el mes de septiembre de 2017 una jueza del Centro de Medidas Cautelares significa cerrar 12,6 causas al día. De hecho, con solo dedicarle media hora a cada resolución dicha magistrada habría estado todo el mes solo ocupándose de eso. La única conclusión posible es que el Centro de Medidas Cautelares se sustenta en un modelo de gestión de causas que exige que el juez no mire con atención lo que firma y confíe en los proveedores.

En suma, constituye un mecanismo de gestión del despacho judicial interesante que necesita contar a la brevedad con una evaluación externa e independiente que haga luz sobre los aciertos y sombras de esta unidad, dado el tiempo transcurrido, de

30. Acta 135-2010. Auto Acordado del Centro de Medidas Cautelares de los cuatro tribunales de familia de Santiago, de 3 de septiembre de 2010.

31. «Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra.»

32. Para mayor información véase <https://bit.ly/2pLcsGH> y <https://bit.ly/1TuiZzg>.

modo de que la Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncie sobre su término o recomiende su introducción vía reforma legal.

2.3. *¿Constituye un numerus clausus el artículo 71 considerando el inciso final del artículo 22?*

El artículo 71 enumera 9 categorías de posibles medidas cautelares.³³ A su turno, el artículo 22 establece en su inciso primero un amplio rango para la potestad cautelar del juez de familia:

Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas solo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar.

La amplitud de esta norma es tal que el profesor Marín (2006: 20-21) no duda en calificarla de inédita:

-
33. a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado.
b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza.
c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima.
d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes.
e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido.
f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común.
g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.
h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud.
i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.

En esta materia se han previsto medidas que confieren amplias facultades al juzgador para que, en cada oportunidad, determine el peligro que debe evitarse con la concesión de la correspondiente resolución, misma que también deberá determinar. Estamos por primera vez en la legislación nacional frente al reconocimiento expreso de una potestad cautelar genérica del juzgador.

Pero el inciso final del artículo 20 restringe este amplio rango para las materias proteccionales, ya que, sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el párrafo primero del título IV de esta ley, solo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71. Esto significa que, conforme al artículo 22, en cualquier proceso de familia es posible decretar un amplio rango de medidas cautelares, pero respecto de un niño que requiere protección solo es posible decretar alguna de las 9 medidas del artículo 71.

Dos son las razones por las que consideramos que este inciso es inconstitucional. El primero es que esta diferencia que realiza el artículo 22 es arbitraria, irrazonada y quebranta el principio constitucional de igualdad ante la ley. No se divisan las bases para establecer que un adulto puede requerir un amplísimo espectro de posibilidades cautelares y que, en cambio, un niño solo deba ser amparado bajo el estrecho arsenal de herramientas protectoras del artículo 71. El mensaje del Ejecutivo ³⁴con que inició su tramitación la Ley 19.968 indicaba que «con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte.» No obstante, como podemos apreciar, nada decía el citado mensaje sobre la restricción de la cautelar en medidas de protección y, en segundo lugar, la restricción de la protección a un acotado número de medidas infringe el deber de protección especial que recae sobre el Estado que debe adoptar «todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención» (artículo 4 de la Convención).

Estos dos argumentos sostienen la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 20 que restringe las medidas cautelares en materia proteccional al listado del artículo 71. A continuación esperamos que un ejemplo grafique la inconsistencia denunciada.

La letra e) del artículo 71 señala como posible medida cautelar la suspensión de un determinado régimen relacional, pero ni esa letra ni ninguna otra contempla el establecimiento de un régimen relacional como cautelar. Esa medida habría que demandarla por la vía ordinaria, ¿pero qué sucede si quien requiere es alguien que no es titular según el artículo 229 del Código Civil? Un hermano, por ejemplo, o el ex conviviente del padre o madre biológico. En tal caso no se podría imponer como cautelar

34. Para mayor información véase <https://bit.ly/2Iy6O2b>.

ni como régimen provisional en un juicio ordinario. Esa es una abierta vulneración a la Convención.

2.4. *La orden de internación*

Siendo la internación la medida de protección de mayor intensidad en la restricción de derechos y de una amplia utilización en toda Latinoamérica (García Méndez, 2004: 1; Beloff, 2007: 58) y también en Chile (Farías, 2002), será objeto de un estudio específico en otro trabajo. Sin embargo, nos parece necesario plantear sucintamente tres cuestiones sobre la internación como medida cautelar.

La primera es su carácter de privación de libertad. ¿No es quizá una exageración o, más bien, una impropiedad calificar de «privación de libertad» a una internación con propósitos protectores?

En esto el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia es claro. La regla 11b de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (también conocidas como Reglas de La Habana) establece que:

11. A los efectos de las presentes Reglas deben aplicarse las definiciones siguientes: [...] b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

Esto se ve ratificado por uno de los redactores de la Convención Internacional de Derechos del Niño, el consultor internacional de Unicef y experto en derechos del niño, Nigel Cantwell quien, comentando el artículo 20 de este tratado, señala que:

muchos niños en cuidado residencial están sujetos a «órdenes de internamiento» o el equivalente, y están, por lo tanto, comprendidos en las Reglas de Naciones Unidas de 1990 para la protección de los menores privados de libertad. Aunque estas Reglas fueron primordialmente desarrolladas con relación a adolescentes infractores, su alcance explícitamente incluye «el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.»

Así, las Reglas también se aplican a los privados de libertad en establecimientos de salud y de bienestar (Cantwell y Holzscheiter, 2008: 57-58). Lo que las Reglas de La Habana procuran es no dejarse atrapar por la etiqueta que se ponga a la privación de libertad en cada Estado (adoctrinamiento, reeducación, etcétera) ni a los objetivos (protectores, terapéuticos, etcétera), sino al contenido de la actividad de modo que los fines garantistas del instrumento no se vean restringidos. De ahí que el internamiento en el sistema protector también debe conceptualizarse como privación

de libertad. El niño ingresa por orden de autoridad —en nuestro caso de un juez de familia— y no puede salir por propia voluntad a tal punto que en caso de hacer abandono del centro o residencia el director llama a Carabineros, quienes realizan la búsqueda del niño y proceden a retornarlo al establecimiento.

Por cierto, que sea privación de libertad no entraña que no deba utilizarse nunca ni que no pueda ser necesaria en determinadas circunstancias. Lo que sí conlleva como consecuencia es que la internación debe considerarse una medida de ultima ratio, un último recurso, por lo que su aplicación ha de ser de carácter excepcional, de interpretación restrictiva y exigir, en la justificación del jurisdicente, de una ponderación de los derechos en juego, un «estricto escrutinio» en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2003: párrafo 139). La ausencia de dicha justificación hace de la decisión una resolución arbitraria en cuanto carente de fundamento e impugnabile ante la Corte de Apelaciones.

En este sentido, lo segundo a plantear es la necesidad de siempre realizar este ejercicio de ponderación, particularmente en esta etapa procesal en que con poca información el Tribunal de Familia debe adoptar una decisión que tendrá un impacto impercedero en la vida del niño. Ahora, es importante definir que dicha ponderación debe recurrir al test de proporcionalidad y, como se sabe, un acto o ley puede reputarse proporcional, por ende válido si copulativamente se cumplen tres condiciones:

- 1) que la intervención de la autoridad sea adecuada para alcanzar el fin que se propone; 2) que sea necesaria y no tenga una alternativa menos gravosa para el interesado; y 3) que no sea un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención (Tribunal Constitucional 2017: considerando 18).

Una propuesta para evaluar la concurrencia de esas tres condiciones es plantearse las siguientes preguntas antes de resolver la internación:

- a) ¿Existe algún miembro de la familia de origen o extendida que pueda cuidar al niño?
- b) ¿Cómo consta esa información y a quién?
- c) ¿Existe alguien en las redes de la comunidad territorial o en redes más amplias que pueda hacerse cargo del niño?
- d) ¿Qué precisas acciones van a desarrollarse durante la internación?
- e) ¿Cómo se va a reparar la grave vulneración de derechos que afecta al niño?

Un especial criterio a considerar en este ejercicio de ponderación lo plantea el caso *Scozzari y Giunta v.s Italy* (2000), donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que la colocación temporal de niños en institución de cuidado residencial cuyos directores han sido anteriormente condenados de abuso infantil viola el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Cantwell y Holzcheiter, 2008: 26). El tribunal estimó que las autoridades habían fallado en mostrar el grado de prudencia y vigilancia requerido en situaciones tan delicadas y sensibles,

y así habían fallado en proteger los intereses de los niños (Dumitriu-Segnana, 2006: 9). Los recientes casos investigados por el fiscal Emilfork debieran alertar sobre la incorporación de un criterio similar.

Finalmente, en tercer lugar, una consecuencia de considerar a la internación una medida privativa de libertad es que debe ser precisamente muy contabilizada e informada en los reportes institucionales anuales y en aquellos que solicitan periódicamente los organismos internacionales de derechos humanos (el Comité de Derechos del Niño y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entre los principales). Una solicitud de transparencia sobre el número de niños internados efectuada por el autor el año 2016 fue respondida por el Poder Judicial sin aportar los datos requeridos.³⁵ Una nueva solicitud en el mismo sentido efectuada este año ni siquiera fue respondida en tiempo.³⁶ Lo mismo ocurrió con la Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana que ni en el 2016³⁷ ni este año³⁸ ha respondido solicitudes indicando cuántos niños internados cuentan con abogados de su institución como curadores *ad litem*.

2.5. La regulación del régimen comunicacional respecto del niño internado

La Ley 20.680 modificó diversas reglas sobre cuidado personal del hijo cuando sus padres están separados y, al mismo tiempo, modificó la norma sobre relación directa y regular. De esta forma honró el compromiso del Estado de Chile contraído en la Convención de Derechos del Niño de fortalecer el principio de corresponsabilidad de los padres. Para el caso en estudio, las normas relevantes son el nuevo artículo 225 inciso 6 y el artículo 229.

Artículo 225. Inciso 6. Siempre que el juez atribuya el cuidado personal del hijo a uno de los padres deberá establecer, de oficio o a petición de parte, en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre o madre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios dispuestos en el artículo 229.

Artículo 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, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

35. Solicitud código NR001T0001193, de 2 de agosto de 2016.

36. Solicitud código NR001T0002492, de 9 de febrero de 2018. En poder del autor.

37. Oficio Respuesta 001154, de 25 de agosto del 2016, del Director General de la Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana. En poder del autor.

38. Oficio Respuesta 00145, de 6 de marzo del 2018, del Director General de la Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana. En poder del autor.

De la lectura de ambas normas fluye el deber del tribunal —quien por tanto queda privado de delegar esta facultad en la administración o en un tercero— de determinar un régimen comunicacional siempre que exista un padre separado de su hijo. El único límite lo constituye la frase final del inciso 6 al aludir al interés superior considerando los criterios del artículo 229. Esto que parece tan claro y que ha recibido pleno cumplimiento en todo el país, parece no operar cuando es el Estado quien separa al niño de ambos padres.

En nuestro sistema actual no son los órganos jurisdiccionales quienes determinan el régimen de relación directa y regular que tendrán los padres con el hijo del que han sido separados. Lo que ocurre respecto de casi la totalidad de los niños internados en el país es que es el director del centro o residencia quien permite, o no, las «visitas». Uso el entrecomillado porque pese a que en la justicia de familia se introdujo en la década pasada el cambio terminológico de «visitas» a régimen comunicacional o relacional para ampliar la mirada y hacer foco en el derecho del niño a mantener una relación directa y regular, por cualquier medio, con el padre no custodio, en el sistema proteccional persiste la idea de que el alejamiento solo es roto con esas visitas que el director concede graciosamente y que, para mayor agravamiento, suelen otorgarse en horario laboral, lo cual incrementa la distancia entre la familia y el niño, y dificulta el proceso de reunificación familiar. La judicatura de familia no ha leído la modificación del artículo 229 del Código Civil a la luz del artículo 57 de la Ley de Menores y la realidad de los niños internados.

3. Diagnóstico

Esta etapa tiene como propósito la recolección de información de calidad con vistas a declarar si existe la grave vulneración de derechos comunicada y determinar la medida de protección más idónea.

Como plantea Couso (1999: 35) «la observación del niño y de su entorno representa todo un capítulo de la intervención estatal con niños excluidos, pero probablemente constituye también uno de sus capítulos más confusos.» Por otra parte, el Sename (2015: 6) define así el trabajo de diagnóstico en las orientaciones técnicas que regulan esta línea de acción:

En caso de la pericia forense proteccional, el DAM evalúa indicadores de la existencia o no de la grave vulneración de derechos y asesora al Tribunal de Familia en el ingreso de niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados en sus derechos a la oferta de protección especializada en su rol de vía de ingreso a la oferta. Para ello considera las necesidades de reparación y restitución de derechos de niños, niñas y adolescentes, sus características, las de sus familias y las condiciones para el ejercicio de la parentalidad.

Este trabajo en materia proteccional presenta algunas singularidades que lo hacen especialmente complejo. «A diferencia de otros problemas psicosociales», sostiene Arruabarrena (2009: 13), «las personas directamente implicadas en este tipo de situaciones —menores y adultos— no suelen acudir a los Servicios Sociales informando de su situación y solicitando ayuda.» De ahí que la recolección de información exija cuidados distintos a los de una pericia social en alimentos o en un juicio de cuidado personal. Nuestra legislación regula muy vagamente esta materia y no distingue adecuadamente los perfiles de la intervención proteccional. De la lectura del artículo 72 no se desprende ninguna especificidad en este aspecto respecto del procedimiento ordinario.

El artículo 17, numeral 4, de la ya citada Ley Orgánica 1/1996 de España es un ejemplo de una norma que sí logra configurar las tareas precisas que estas materias involucran, delimita fines del diagnóstico y construye un entorno para los distintos actores que intervendrán:

La valoración de la situación de riesgo conllevará la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar. Se procurará la participación de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores en la elaboración del proyecto. En cualquier caso, será oída y tenida en cuenta la opinión de éstos en el intento de consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años.

Arruabarrena (2009: 17) considera que en la etapa de evaluación (su equivalente a nuestro diagnóstico) los objetivos son:

1. Identificar los factores individuales, familiares y sociales que pueden estar relacionados con el origen y mantenimiento de la situación de desprotección, así como los aspectos positivos del funcionamiento familiar.
2. Valorar cuáles han sido las consecuencias de la desprotección en el proceso de desarrollo físico, cognitivo, psicológico y/o social del niño, niña o adolescente.
3. Determinar cuáles son las necesidades de tratamiento y apoyo del niño, niña o adolescente y su familia.
4. Determinar el pronóstico para la capacitación parental.

A continuación, se abordarán los aspectos problemáticos de esta etapa.

3.1. Sin buen diagnóstico no hay buena intervención

Es imprescindible mejorar los diagnósticos actuales, y, sobretodo, aprovechar la abundancia de evaluaciones que poseen numerosas instituciones sobre niños y fa-

milias para no partir siempre desde cero. Hay aquí un tema que excede este trabajo, pero que lo dejamos enunciado: existe un problema epistemológico a la base. Los actuales informes —psicológicos y sociales— son herederos de la matriz positivista de comienzos del siglo XX. Su paradigma —según ilustra brillantemente Donzelot (1998)— es el examen, el conocimiento e interpretación del riesgo presente en un sujeto y del control social de ese riesgo. Funcionales a un modo de manejar el despacho judicial su núcleo está en las conclusiones, que deben ser fácilmente legibles por el jurisdicente, y que indican inequívocamente una sola y única dirección como respuesta a la pregunta judicial —tácita o explícita— «¿qué debo hacer?» Ese paradigma de informe no posee las cualidades necesarias para ser parte de un proceso de toma de decisiones moderno en el marco de la oralidad de nuestro sistema de justicia de familia, por lo tanto, es preciso deconstruirlo y rehacer prácticas, en conjunto, por cierto, con jueces y consejeros técnicos. En el plano operativo del sistema, largas listas de espera o los costos asociados a los informes son parte del contexto en que se aplican estas normas. La ley no conceptualiza, actualmente, de manera adecuada esta fundamental etapa del proceso proteccional, lo que genera varios inconvenientes.

Hemos vuelto a problemas que creíamos superados y que aquejaron seriamente al sistema proteccional en los años noventa. Internar para diagnosticar ha regresado, con eufemismos, con lenguaje políticamente correcto, con referencias al interés superior del niño, etcétera. El informe de la jueza Jeldres también contenía información valiosa en este sentido:

En un número importante de causas proteccionales en tramitación o con sentencia que ingresan a niños a establecimientos residenciales o a FAE (Programas de Familias de Acogida Especializada), no se establecen plazos para las medidas, no se señalan los motivos del ingreso ni los objetivos de ésta, lo que se traduce a su vez en institucionalizaciones por extensos períodos y desconocimiento de las residencias del trabajo a realizar (Jeldres y otros, 2012: 5).

En el boletín 2, donde se analiza el problemático caso de las Aldeas SOS, Jeldres y Bascuñan (2012) afirman que «cabe destacar que la Aldea Padre de las Casas no tenía diagnóstico para ninguno de sus casos y lo mismo ocurrió con Aldea Curicó y Aldea Chaimavida, que solo presentaban diagnóstico para dos de sus casos.»

Lo mismo se señala en una reciente auditoría de Contraloría³⁹ a centros residenciales, ya que «existían carpetas de menores que no contaban con la evaluación de competencias parentales y/o esta se encontraba incompleta a pesar de estar requerida en la aludida resolución».

39. Para mayor información véase Contraloría General de la República, Informe Final de Auditoría 981/2015, de 2 de diciembre de 2015.

Sobre cuestiones metodológicas del diagnóstico que se ordena se han observado también nudos críticos, como por ejemplo que:

el sistema diagnóstico supone que sus operadores empleen un conjunto de herramientas de diagnóstico que resulten justificadas desde una pregunta pericial que deben responder y la realidad de los sujetos peritados. En vez de eso, lo que tenemos es el empleo más o menos arbitrario de un conjunto de instrumentos elegidos según las capacidades del evaluador. ¿Por qué se usan esos y no otros? ¿Por qué usar instrumentos no validados en Chile y algunos ni siquiera en Latinoamérica? ¿Qué cuidados se debe tener al usar esos instrumentos? Ninguna de estas interrogantes encuentra respuestas ni en Sename ni en los operadores oficiales del sistema (Alzola y otros, 2018: 153).

3.2. Ordenar informe diagnóstico en un programa DAM y considerar esta resolución como medida de protección

El diagnóstico es el comienzo de todo proceso proteccional. Como dijimos antes, sin diagnóstico no es posible una decisión correcta. Sin embargo, varios tribunales del país —entre ellos el Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago— han comenzado a desarrollar una grave práctica consistente en considerar que el simple envío para diagnóstico a un programa de diagnóstico (DAM) constituye medida de protección, es decir, que la resolución que ordena el diagnóstico es la sentencia definitiva. No se realiza audiencia, no se realiza siquiera entrevista al niño y se dicta sentencia definitiva con la pura interposición del requerimiento más un informe del consejero técnico. Quizá haya aquí un lamentable influjo de los énfasis en cumplimiento de metas de gestión (asociadas a bonos de desempeño). Lo que entonces se produce es simple y llanamente denegación de justicia y el informe se recibe luego en sede cumplimiento. El artículo 224, numeral 3, del Código Penal sanciona a quienes «maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia y el auxilio o protección que legalmente se les pida» (Código Penal, 1874). Evidentemente, un juez que en vez de resolver el fondo de una medida de protección le asigna el carácter de sentencia definitiva a una resolución que simplemente reúne información, incurre en la figura típica descrita *supra*. Recientemente en un caso en que se produjo esta situación, la Corte de Apelaciones de Santiago fue enfática en afirmar la violación al debido proceso que esta práctica conlleva al anular de oficio una sentencia definitiva —dictada por el Centro de Medidas Cautelares— que ni siquiera citó a audiencia preparatoria.⁴⁰

40. F.X.R.A. (2015). «La adecuada exégesis y aplicación de la preceptiva procesal y substancial vigente exigía, de cualquier modo, que en la etapa en que se dictó la sentencia definitiva que acogió la medida de protección solicitada mediante denuncia de 15 de octubre de este año, el magistrado del tribunal *a quo*

4. Prueba

4.1. *La prueba debe rendirse en la audiencia de juicio*

Esta etapa tiene como función la presentación de la evidencia ante el tribunal de modo que el decisor se forme convicción.

Lo primero que parece necesario es despejar esa lectura equivocada del artículo 72 según la cual la audiencia de juicio está reservada solo a casos en que se discuta la internación del niño o niña. Así razona la antes citada resolución del Centro de Medidas Cautelares:

La norma indica que se citará a todos aquellos que puedan aportar antecedentes y que solo en el evento de estimar que la medida a aplicar es la de separación de los padres e ingreso a un hogar de protección se citará a audiencia de juicio.⁴¹

En este punto es preciso recordar el texto del inciso final artículo 72:

Los citados expondrán lo que consideren conveniente y, una vez oídos, el juez, si contare con todos los elementos probatorios dictará sentencia, a menos que estime procedente la aplicación de la medida contenida en el numeral 2) del artículo 30 de la ley 16.618, caso en el cual citará a audiencia de juicio.

Lo que esta norma indica es que en caso de contarse con toda la información es posible dictar sentencia de inmediato. Esa apreciación, sobre si se cuenta con toda la información, es de exclusivo resorte del sentenciador, no es un mandato legislativo, sin embargo, ni siquiera entonces puede dictar sentencia de inmediato si se avizora que la medida a aplicar es la de internación.

La materia proteccional exige un proceso de recopilación de antecedentes que deja esta posibilidad de juicio inmediato en el terreno de la fantasía del legislador. Esto ha sido explicitado en una materia similar por nuestro Tribunal Constitucional (2017: considerando 30):

dispusiera la práctica de una audiencia preparatoria, a la luz de lo prevenido en el artículo 72 de la Ley 19.968 en orden a permitir a los involucrados en este tipo de acusación acreditar las justificaciones de sus conductas, procedimiento legal que fue alterado incorrectamente mediante la dictación de un pronunciamiento absolutamente extemporáneo, atendida la etapa procesal de la causa, situación que debe considerarse como un desvío inaceptable del principio constitucional del debido proceso, que garantiza la práctica de diligencias probatorias por quienes, a raíz de un conflicto de relevancia jurídica, son sometidos o someten aquél al conocimiento de un órgano jurisdiccional y del deber de éste último de adoptar todas las medidas que fuesen necesarias y conducentes a efectos de asegurar la vida e integridad física y psíquica de los miembros de la familia.»

41. F.X.R.A. (2015) Jueza Marcela Palamara I., Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago, 28 de octubre de 2015, Rit P 5937-2015.

Que el juzgamiento de inmediato trae a colación lo que la doctrina denomina «la prisa de gestión», que se entiende como aquel procedimiento que tramitado rápidamente pugna con derechos y garantías esenciales de las partes en el juicio.

Y luego añade que:

la rapidez en el actuar que se le impone al juez de familia, quien debe proceder con el solo mérito del parte policial, lo pone en una situación difícil y contraria a la reflexión necesaria con que debe contar todo magistrado para dictar un fallo justo, y, desde luego, afecta la garantía del debido proceso a que tiene derecho el adolescente, quien se ve juzgado solo por un acto policial que consta en un documento que se ha puesto en conocimiento del tribunal de familia respectivo.

El caso se refiere a la inaplicabilidad de cierta norma del procedimiento convencional que debe aplicar el juez de familia y es enteramente homologable a nuestra cuestión, pues el tribunal censura a «la prisa en la gestión» como una infracción al debido proceso.

4.2. No permitir examen de acreditación en caso de informes técnicos de programas de SENAME o del Servicio Médico Legal

En el antiguo sistema de juzgamiento penal existía una especie de ponderación legal de idoneidad de quienes podían ser considerados como peritos. El artículo 221 del Código de Procedimiento Penal⁴² establecía que, al designar un perito, el juez debía privilegiar a los integrantes de servicios públicos o reparticiones estatales de distinta naturaleza. Sin perjuicio de esto, el juez podía también designar a alguien distinto si acreditaba que era parte de las listas confeccionadas por las Cortes de Apelaciones. Como última ratio el Código establecía que el juez podía designar a otras personas fuera de este sistema.⁴³ En relación a esto el profesor Duce (2007) plantea que:

para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención de que sean admitidas a juicio oral.

Así discurre el artículo 45 de la LTF.⁴⁴ La práctica que denunciamos se refiere a la inexistencia del juicio de admisibilidad que según Duce (2007) tiene como función

42. Código de Procedimiento Penal de 1906, hoy derogado.

43. Hoy incluso persiste, como herencia anómala de ese paradigma, el listado de peritos de la Corte de Apelaciones.

44. «Artículo 45. Procedencia de la prueba pericial. Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito.»

«evitar el ingreso de expertos sin una mínima calificación en su área a juicio». Solicitado un informe a un programa de diagnóstico ambulatorio de la red de SENAME (DAM) o al Servicio Médico Legal, no se exige acreditar la idoneidad del profesional informante, como si bastarán las credenciales institucionales —supuestamente prestigiosas— para dar por satisfecha la exigencia del artículo 45. Los programas del sistema público —los DAM del circuito SENAME y el Servicio Médico Legal— presentan inconvenientes que suelen ser conocidos por los operadores del sistema: alta rotación del personal, bajas remuneraciones, deficiente especialización y una supervisión meramente formal (en caso de los programas de SENAME), se encuentran entre los rasgos más notorios. Sin embargo, pese a este conocimiento que tienen los jueces de familia y los consejeros técnicos, se exime a estas instituciones de acompañar siquiera un currículum vitae que informe de la formación y años de experiencia de un informante. ¿Cómo puede entonces el tribunal sopesar la calidad de la información que se le entrega? ¿Cómo puede apreciar la impertinencia o idoneidad de la pericia? Permitir que se introduzcan mediante su lectura informes escritos priva a los intervinientes de contraexaminar esa información y, como consecuencia, priva al sentenciador y a sus superiores —que conocerán vía recursos— de información de calidad para tomar sus decisiones.

Otro nudo problemático se encuentra en la exigencia del artículo 45, inciso 3 de la LTF, que incorpora un estándar para apreciar el informe.⁴⁵ Sin embargo, no son pocos los informes que son efectuados sin atenerse a los protocolos existentes para su realización y, lo peor de todo, sin siquiera informar sobre este punto. Agrava esto el desconocimiento de jueces y consejeros técnicos de las Orientaciones Técnicas de Sename que regulan a los programas de diagnóstico ambulatorio que especifican, por ejemplo, los instrumentos a usar ante determinados informes y cuya ausencia no suele ponderarse por el tribunal, entre otros problemas (Estrada, 2018: 153-154).

Por otra parte, valorar la evidencia introducida mediante informes solo es posible sopesando quién emitió ese informe, cuál es su formación, cómo lo realizó, cuál es la confiabilidad o el grado de error de los instrumentos usados. Ninguno de esos cuatro aspectos logra debatirse en tribunales de familia por este cheque en blanco que se entrega a programas y a instituciones. Un test de Rorschach efectuado por un recién egresado de psicología no pesa lo mismo que el realizado por un psicólogo forense con veinte años de experiencia en esta materia.

45. «Los informes deberán emitirse con objetividad, ateniéndose a los principios de la ciencia o a las reglas del arte u oficio que profesare el perito.»

4.2. *Las problemáticas entrevistas confidenciales*

El estudio titulado «Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia» realizado por la Facultad de Derecho, la Universidad Diego Portales y UNICEF; y el artículo titulado «La voz de los niños en la justicia de familia en Chile» de Vargas y Correa pusieron en evidencia los problemas que aún persisten como herencia del modelo de situación irregular. No obstante, también hay problemas con algunas prácticas bien intencionadas que buscan desmontar el viejo sistema: las entrevistas confidenciales. Estas últimas no se encuentran reguladas en la ley explícitamente,⁴⁶ y hasta donde las hemos podido conocer, en su mayoría no nos parece que resguarden adecuadamente el derecho del niño a ser oído.⁴⁷ Recientemente Fuentes y García (2015) también abordaron con profundidad y rigor los perfiles de esta problemática práctica. De esta forma, es preciso un mayor nivel de reflexión del sistema judicial sobre su finalidad y sobre la modalidad de realización.

Tres son los objetivos que se persiguen, pero es importante precisar que no necesariamente se declaran como tales y que es nuestro criterio el que los aprecia como fines:

- a) Entregar información al niño sobre el proceso, sobre lo que está pasando.
- b) Extraer información desde el niño.
- c) Realizar algún nivel de intervención con el niño; esto es, decirle cómo debe comportarse o reaccionar frente a lo que está sucediendo.

En este contexto, ni entregar información al niño sobre el proceso ni realizar algún nivel de intervención con el niño, es decir, decirle cómo debe comportarse o reaccionar frente a lo que está sucediendo parecen justificables en nivel alguno. Los jueces no son interventores ni el tribunal reúne las condiciones de un entorno que posibilite un intercambio de ese tipo y, por otra parte, la información que deba entregarse —si es que nadie más fue capaz de reunirla— requiere tanto un entorno y encuadre diferentes como actores con formación especializada en entrevista con niños, tal como lo prescribe la Observación General 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Sobre el punto que tiene relación con extraer información del niño es preciso revisar cómo es posible que un infante que debe hablar con numerosos profesionales expertos, en entornos supuestamente adecuados, aún tiene algo por decir en un entorno inusual y amenazante como la sala de un tribunal frente a dos o tres adultos que nunca ha visto ni volverá a ver. A pesar de lo anterior, pudiera existir algún caso excepcional en que sea imprescindible para una jueza llegar al caso b. En esa situa-

46. El artículo 79 —en el que algunas magistradas han fundado esta práctica— se refiere a una cosa distinta: el derecho del niño. Esta audiencia, en cambio, se erige en un verdadero deber de hablar.

47. En un sentido similar, véase Vargas y Correa (2011; 187).

ción, es preciso planificar muy bien la entrevista y elegir no solo tiempos y lugares idóneos, sino que también decidir quién —jueza o consejera— hablará. Asimismo, es recomendable aprovechar la implementación de la nueva Ley sobre entrevista video-grabada, que aunque apunta a su aplicación en procedimientos penales, es perfectamente trasladable en su lógica a procedimientos protectores en sede de familia.⁴⁸

Creo que esta práctica debe ser sujeta a una evaluación académica que pueda estimar la frecuencia con la que se lleva a cabo y que realice recomendaciones sobre su funcionamiento con el objeto de que sean formalizadas a través de un auto acordado de la Corte Suprema.⁴⁹ Su persistencia del modo actual arriesga erigirse en una práctica sin escrutinio y desvirtuadora del derecho a ser oído. Comparto con Fuentes y García (2015) que la práctica actual de estas entrevistas se encuentra sin control alguno.

Por otra parte, es preciso advertir que para dejar atrás la opacidad y la irreflexión es necesario estar atentos a superar una fraseología que, arropada en el vocabulario de la Convención, en la realidad oculta una práctica denegatoria de derechos. El ejemplo paradigmático es el fallo de la jueza Palamara Iribarne del Centro de Medidas Cautelares cuya resolución⁵⁰ ocupa un modelo tipo empleado en esa unidad jurisdiccional que contiene varios considerandos en que se cita al mismo Comité de Derechos del Niño en su Observación General 12, para luego justamente denegar el derecho a ser oído, lo que deviene en el reproche de la Corte de Apelaciones de Santiago.⁵¹

4.3. Incumplimiento del deber de acumular proceso del artículo 18, inciso 3, de la Ley 19.620

La institución de la adopción —tradicionalmente concebida entre nosotros como parte del capítulo filiación— es, en estricto rigor, una medida de protección, la medida más extrema y, por ende, su utilización debe efectuarse con carácter de ultima ratio conforme lo establecen con meridiana claridad los artículos 18 y 20 de la Convención. De ahí que su regulación contenga una serie de requisitos, tanto para las partes como para la actuación del tribunal. La Ley 19.620 en su artículo 18 inciso 3 establece,⁵² con evidente tenor imperativo, el deber de acumular. La ratio *legis* es evi-

48. Durante la escritura de este trabajo el Poder Judicial ha desarrollado dos iniciativas en línea con estas preocupaciones: La implementación de salas Gesell a lo largo del país y la segunda versión de un Diplomado sobre entrevista especializada a niños.

49. Me adelanto a recomendar que solo se pueda proceder a esta entrevista o audiencia después de un informe favorable de consejero técnico.

50. F.X.R.A. (2015). Jueza Marcela Palamara I., Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago, 28 de octubre de 2015, Rit P 5937-2015.

51. F.X.R.A. (2015). Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de diciembre de 2015, rol 2918- 2015.

52. «El tribunal ante el cual se hubiere incoado alguno de los procedimientos a que se refiere el pre-

tar decisiones contradictorias y, a la vez, reunir las decisiones respecto de un niño en una sola causa en un mismo tribunal. En esto es consecuencia del principio de subsidiariedad de la adopción, por el cual solo puede recurrirse a esta extrema medida cuando hemos agotado todos los esfuerzos para trabajar con la familia de origen o la familia extendida. Solo entonces la adopción surge como una posibilidad, de ahí que la adopción requiere ser considerada en coherencia con las medidas de protección adoptadas a su respecto. Ese es el sentido del deber que recae sobre los tribunales en el citado artículo 18. Hay casos en que al no cumplirse con el mandato del artículo 18 un tribunal ordena, a la familia de origen, asistir a un programa terapéutico en el Instituto Chileno de Terapia Familiar donde desarrollan significativos avances y, al mismo tiempo, el tribunal que lleva la susceptibilidad de adopción ordena el alejamiento de la familia del niño, suspendiendo, incluso, las visitas al hogar. Tenemos así que la infundada negativa de un juzgado de familia a acumular los procesos pone a los tribunales en un plano de agentes iatrogénicos, es decir, de agentes que dentro de un proceso de intervención o de ayuda terminan con sus acciones empeorando la enfermedad original. ¿Cómo se explica que mientras un actor judicial da una serie de órdenes en una determinada dirección (el fortalecimiento familiar con un organismo experto) otro órgano judicial vaya en la senda opuesta (la adopción)? Esa negativa a acumular es frecuente en los procesos de susceptibilidad de adopción y exige ser corregida a la brevedad por los tribunales superiores.

5. Decisión y derivación

En esta etapa se encuentra el núcleo del procedimiento, cuya función es ciertamente decidir si existe una grave vulneración de derechos y, luego, cuál o cuáles serán las medidas de protección idóneas para reparar el daño.

5.1. *El elenco posible de medidas se encuentra en el artículo 30 de la Ley de Menores*

Alguna jueza del Centro de Medidas Cautelares⁵³ ha pretendido que se trata de un listado taxativo, lo que es evidentemente incorrecto:

sente artículo será competente para conocer de las medidas de protección que se soliciten respecto del mismo menor. En su caso, si hubiese procesos de protección incoados relativos al menor, el juez ordenará acumularlos al de susceptibilidad o adopción, sin perjuicio de tener a la vista los antecedentes de los procesos terminados en relación al mismo.»

53. «Noveno: Que el artículo 30 de la Ley 16.618 indica cuáles son las medidas de protección que el juez puede aplicar en procedimiento de vulneración de derechos, contemplando ya sea la disposición de concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado [...] y disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial». Sentencia de Jueza Paula Iturria en causa P 6345-2015, 6 de octubre de 2017.

Artículo 30. En los casos previstos en el artículo 8, números 7 y 8 de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

La redacción del encabezado del artículo es elocuente cuando dispone «las medidas que sean necesarias» y en especial cuando el segundo inciso comienza con una frase que busca especificar y particularizar estas medidas, pero sin que en ninguna parte se indique ninguna de las expresiones que la técnica legal usa para listados taxativos («tales son», «solo podrá», etcétera). Es más, el listado es muy breve y tiene apenas dos números. El primero contiene las medidas que se suelen denominar «programas ambulatorios» y el segundo las medidas residenciales o de internación.

5.2. Comunicación al niño

Es un elemento insoslayable que en el procedimiento proteccional la decisión, la sentencia, debe comunicársele al niño. Lamentablemente esto no sucede siempre. Hay tribunales que adelgazan el deber y lo limitan a la notificación al curador *ad litem*, o a los padres. No obstante, tanto por normas generales del procedimiento como por cumplimiento del derecho a ser oído, debe comunicarse en una forma adecuada a edad y etapa de desarrollo al niño.

Como los curadores *ad litem* no reclaman esta grave infracción al derecho a ser oído es posible pesquisarla a través de visitas de autoridades a centros y residencias. Así, por ejemplo, el fiscal Juan Agustín Mélendez, a cuyo cargo quedó la investigación por los presuntos abusos sexuales y maltratos contenidos en el Informe Jeldres, declaró en la Comisión Investigadora (2017: 167) lo siguiente:

Este es un niño que entrevisté personalmente y que me señaló que nunca fue agredido ni sexual ni físicamente, pero al terminar la entrevista, por la metodología que tenemos en la fiscalía, uno intenta lograr algún grado de confianza y de acercamiento con los niños, y le pregunté si quería agregar algo más. Me señaló que sí, que quería saber el destino de sus hermanos que vivían con él en la residencia, pues no sabía dónde se habían ido producto de que hace días no sabía de ellos. Al parecer habían sido dados en adopción, por lo tanto, se ofició al Tribunal de Familia pidiendo una audiencia en nombre de ese niño.

6. Control de la ejecución de la medida de protección decretada

A diferencia de lo que ocurre en otras materias, lo central de este procedimiento, sus objetivos, solo se alcanzarán si esta última etapa se desarrolla correctamente.

La función de esta etapa es controlar que, efectivamente, la medida dictada contri-

buya al proceso reparatorio del niño o niña y para resguardar este crucial desenlace —al que como ya hemos visto subyacen importantes objetivos de política pública— el legislador le ha entregado intensas y abundantes facultades al órgano jurisdiccional en consonancia con el deber de control que recae sobre el jurisdicente, sin embargo, lo anterior no suele ser comprendido adecuadamente.

La tradicional idea judicial de que el cúmplase constituye el fin del trabajo jurisdiccional se ve desafiada por el énfasis colocado por el legislador en la etapa de cumplimiento, pero hay además una buena razón, extrajurídica, para la protagónica relevancia que esta sede desempeña y es que respecto de los complejos casos que está llamado a resolver el procedimiento proteccional —familias multiproblemáticas, desadaptación social, maltrato infantil, abuso sexual infantil, etcétera— no es fácil para cualquier sistema proteccional dar con el camino de intervención adecuado a la primera oportunidad. Existen lo que la profesora Munro (1996) denomina «errores inevitables» del sistema proteccional refiriéndose a uno mucho más sofisticado que el nuestro, el inglés. En la intervención con familias multiproblemáticas no es, entonces, necesariamente, un «problema» del caso el fracaso, sino una constante en función de numerosas variables difíciles de afectar positivamente en cortos lapsos de tiempo y en contextos sociales muy difíciles. Esto es aun más agudo en modelos de intervención como el sistémico relacional donde «no se busca una causa que explique el surgimiento de un problema. No hay una concepción causa-efecto de los problemas, sino que una concepción circular de los mismos.»⁵⁴

El diagnóstico va a generar una hipótesis de intervención y sobre ésta se dirigirá el proceso de intervención, pero este diagnóstico no es una fase que se cierra inexorablemente, sino que permanece abierta a la información que se va recogiendo, de ahí que se hable del carácter procesal de la intervención. No es infrecuente, luego, que en el curso de esta relación de acompañamiento profesional se cambie el curso y parezca necesario alterar la medida originalmente impuesta. Esa ductibilidad es compatible con el carácter de cosa juzgada formal de la sentencia que resuelve el requerimiento y, entonces, sin necesidad de un nuevo requerimiento, sino a partir del control que el tribunal debe desarrollar puede ser necesario modificar la sentencia antes resuelta como el artículo 8o faculta.

6.1. *Discutida idoneidad del modelo adversarial en sede cumplimiento*

Como todos saben, el modelo adversarial o dispositivo se construye a partir de la convicción de que en el debate entre dos partes en igualdad de condiciones, bajo

54. «Los comportamientos son vistos como procesos de afectación mutua, en que la conducta de una de las partes del sistema determina el comportamiento de otras de las partes del sistema, y viceversa.» Véase Nichols (2009:136).

el arbitrio de un tercero imparcial, se producirá una verdad de calidad superior a la que arrojaba el modelo inquisitivo y, a mayor abundamiento, con respeto de garantías de debido proceso. Sobre esa verdad el tercero podrá tomar una decisión.⁵⁵ Este modelo, que en sí debe reconocerse como superior al inquisitorio en el procedimiento proteccional, en la fase de cumplimiento, genera serias dudas acerca de su aporte sustantivo a una toma de decisiones que incorpore las perspectivas de distintos actores del sistema relacional en que se encuentra el niño y su familia. No es cierto que haya dos partes —mucho menos en el estado actual de precariedad del sistema de representación jurídica del niño— que aportarán información en un debate. Lo que en verdad existe es un conjunto de actores familiares (familia extensa, amigos, vecinos) y comunitarios (escuela, Consultorio de Salud Mental, ONG locales, Oficinas de Protección y Derechos, programas de SENAME, centros residenciales, club deportivo, pastor o sacerdote, etcétera) con interés en eventualmente cooperar, con información que aportar y que requieren ser considerados, no ya como meros entregadores de informes escritos, sino como actores interesados donde incluso algunos de ellos pueden tener su propia representación en igualdad de condiciones unos con otros. Por consiguiente, se hace imperioso reconocer que muy rara vez una mayor verdad o un plus de información se producirá a partir del debate entre partes.

Para comenzar, es preciso ampliar el entendimiento acerca de quiénes son todos los actores o intervinientes en esta fase. Cuando un programa solicita una determinada medida, o cuando un programa envía a aprobación un plan de intervención, ¿no está siendo parte interesada? ¿No tiene, acaso, un interés activo y legítimo en la resolución de esa cuestión? La pregunta debiese ir orientada hacia cómo montar un sistema que le proporcione información de calidad al juez. A falta de una mejor imagen, creemos que el modelo de junta clínica permite una aproximación a otro modo de resolver y producir información. Así, sería una junta entre distintos actores igualmente sentados en torno a una mesa, la que es presidida por quien tomará, en definitiva, la decisión.

En general se considera que quien tiene un interés legítimo puede ser parte y desde esa perspectiva es que sostenemos que, en la fase de control o cumplimiento, las partes son más numerosas que las que hoy son así consideradas. Es preciso, por cierto, despejar resabios paternalistas que despojen al niño y su familia de un lugar en este escenario como se indicará *infra* sobre la necesidad del defensor del niño. Sin embargo, no sobraría reconocer la multiplicidad de eventuales actores a los que habría que escuchar al tomar una decisión que evalúe el grado de cumplimiento de una medida de protección en el sistema de familia. En sede de ejecución penal juve-

55. Para un mayor detalle sobre el modelo en lo que respecta al proceso penal, véase Duce y Riego (2007: 36 y ss.).

nil, es decir, ya terminado el proceso penal propiamente tal, Duce (2010) acepta una formulación de esta idea:

Me parece que existen buenas razones para sostener que la idea de modelo adversarial que prima durante el desarrollo del juicio, es decir, en donde los jueces deben tener una conducta generalmente pasiva, no debiera tener aplicación con tanta intensidad en este momento.⁵⁶

Claramente, al momento de controlar la ejecución de las medidas de protección el modelo de junta clínica se hace totalmente necesario.

6.2 Manifestaciones positivas del deber de control

En segundo lugar, el deber de control se expresa normativamente en distintas facultades o deberes que paso a revisar brevemente. El conjunto de estas facultades expresa inequívocamente la voluntad del legislador de que el tribunal de familia ejerza un rol orientado a las consecuencias sustantivas del proceso de protección —sus declarados fines tuitivos— y no a un mero escrutinio de formalidades. Se trata, para decirlo de otro modo, del deber jurisdiccional de eludir la ilusión de la protección (Estrada, 2015a) en que parece estar sumido el sistema proteccional y, en cambio, ejercer el elenco de potestades legales que vamos a revisar con el propósito de que se produzca realmente la protección comprometida. Se expresa aquí lo que hemos denominado el principio de orientación a las consecuencias (Estrada, 2015b: 174)

a) El artículo 76 establece la obligación del director del establecimiento (en caso de tratarse de una internación), o del responsable del programa donde es derivado el niño, de informar al tribunal acerca del cumplimiento de las medidas adoptadas. Del tenor del artículo parece que se refiere a un informe escrito, pero en virtud de las amplias facultades del tribunal, nada obsta a que el tribunal cite a los directores o profesionales del caso a informar oralmente en audiencia, lo que le permitirá efectuar preguntas que el informe en papel no puede responder.

Se establece un plazo mínimo para la periodicidad de los informes de tres meses y uno máximo de seis meses. Convendría una regla como la del artículo 12 español que considera la edad del niño para imponer el plazo para la revisión de la medida.

56. Y añade luego: «No me parece esté suficientemente asentado ni menos consensuado cuánto el sistema debiera reproducir la dinámica adversarial del sistema de adultos o debiera más bien estructurarse de una lógica distinta de colaboración entre los distintos intervinientes. Esta cierta ambigüedad se paga con prácticas que son muy heterogéneas y en algunos casos producen consecuencias negativas para los jóvenes. Se trata de un tema en donde más que poner el acento solamente en la práctica jurisprudencial, nuestra sociedad debiera tener una propuesta de diseño institucional un tanto más sofisticada.» Duce (2010: 327 y 338).

5. Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses.⁵⁷

b) El inciso segundo del artículo 76 preceptúa que «en la ponderación de dichos informes, el juez se asesorará por uno o más miembros del consejo técnico.»

De la lectura de la norma se colige un segundo deber del tribunal, el cual es apreciar o ponderar el informe. No cumple, entonces, con el artículo 76 la resolución que simplemente provee «a sus autos.» Se le exige al tribunal un trabajo de valoración del desarrollo de la medida, para lo cual se le indica, usando un verbo de claro tenor imperativo —«se asesorará»— que debe requerir la colaboración del consejo técnico.

c) El artículo 77 regula el deber de actuación del tribunal ante el incumplimiento de la medida, lo que se corresponde con el principio de orientación a las consecuencias en materia de familia. Nuevamente el tenor imperativo es evidente al señalar que «el tribunal determinará la sustitución de la medida u ordenará los apremios pertinentes para su cumplimiento forzado.»

En este punto es útil recordar el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *K.A. v. Finlandia*, del 2003, donde se condena al Estado por violar el artículo 8 de la Convención Europea indicando que, aunque la separación del niño de sus padres fue legal

el restringido contacto entre los padres biológicos y sus hijos y el fracaso de las autoridades del sistema de bienestar social en revisar esa restricción de modo suficientemente real y frecuente, lejos de facilitar una posible reunificación, contribuyeron a impedirla.⁵⁸

Es interesante la agudeza del Tribunal Europeo al adjetivar el tipo de revisión como «suficientemente real y frecuente» con lo que pretende establecer con claridad que revisiones meramente formales incumplen este deber que recae sobre el juzgador en nuestro sistema de protección.

d) Una cuarta expresión del deber de control de las medidas lo expresa el artículo 78, que establece la obligación de visita de los establecimientos residenciales. Tan importante estima el legislador esta tarea de control que considera «el incumplimiento de esta obligación como una falta disciplinaria grave para todos los efectos legales.» Posteriormente, el artículo dispone con cierto detalle el funcionamiento de esta actividad. La Corte Suprema ha robustecido esta función en el Acta 37-2014,⁵⁹ y señala que:

57. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, versión actualizada, artículo 12, numeral 5.

58. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2003). *K.A. v. Finlandia*, párrafo 142.

59. Acta 37-2014, Auto Acordado que Regula el Seguimiento de Medidas de Internación y Visitas a

se hace necesario reforzar las actuaciones que despliega en la actualidad la jurisdicción de familia en cuanto a medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente aquellas que implican la internación en centros residenciales, bajo un enfoque integrador encaminado al más pleno desarrollo de las acciones institucionales que permite el marco de competencias asignadas por el legislador.

Lamentablemente, el Poder Judicial no ha implementado una política de transparencia y acceso a estos informes de visitas.

e) El inciso final del artículo 78 dispone que:

sin perjuicio de las obligaciones señaladas en los incisos anteriores, los jueces de familia podrán siempre visitar los centros, programas y proyectos de carácter ambulatorio existentes en su territorio jurisdiccional, y corroborar que se cumplan medidas de protección.

Este artículo no impone un deber —como los anteriores— sino que consagra una facultad del Tribunal de Familia, en el marco de la función de control, de poder visitar todos los programas en que se cumplan medidas de protección.

f) En el contexto de la audiencia de juez y de niño, el artículo 79 establece el derecho de todo niño respecto del cual «se encuentre vigente una medida de protección judicial» a que el juez lo reciba personalmente cuando lo solicite por sí mismo o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente. Aunque está construido en clave de derecho del niño, al permitirle al tribunal contacto directo con el niño se favorece un involucramiento en el proceso de cumplimiento de la medida. No es otro el mecanismo que ha hecho de los tribunales de tratamiento de drogas, por ejemplo, una innovación tan apreciada por el sistema de justicia al punto que la Corte Suprema la ha declarado como política pública del aparato judicial. En el ámbito proteccionista, esta norma —de escasísimo uso— abre un espacio jurisdiccional e institucional para un tribunal de familia que realice una aplicación del texto positivo en clave de una protección sustantiva.

g) En cuanto a la facultad de modificar medidas el artículo 80 establece que:

en cualquier momento en que las circunstancias lo justifiquen, el juez podrá suspender, modificar o dejar sin efecto la medida adoptada, de oficio, a solicitud del niño, niña o adolescente, de uno o de ambos padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado o del director del establecimiento o responsable del programa en que se cumple la medida.

Estatuye así el legislador una amplia facultad de control del tribunal con vistas a poder modificar cuando «las circunstancias lo justifiquen», las medidas decretadas.

los Centros Residenciales por los Tribunales de Familia en Coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia, 14 de marzo de 2014.

Esta potestad va en la línea con el deber de revisar periódicamente las medidas, que surge desde el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia.

En el desarrollo de la medida existen tiempos distintos, algunos más intensos, algunos más pausados. La complejidad de la dinámica del caso es la que debe marcar también los tiempos de revisión de las medidas.

En el caso de la medida de internación el tribunal debe estar especialmente atento, dado su rol de garante de derechos, a los efectos iatrogénicos que la institucionalización tiene, más allá de los esfuerzos que los centros puedan hacer. Dicho de otro modo, que en un centro residencial no haya abusos ni maltratos y que el personal sea idóneo y realice adecuadamente sus tareas no asegura que no haya daño en esa internación. Particular cuidado es necesario en los cambios de centros con el objetivo de salvaguardar el derecho a la identidad que se expresa en estas situaciones en poder conservar objetos afectivamente significativos, en mantener relación a distancia con quienes ha construido un vínculo en el anterior centro, algo fácilmente posible hoy pero que lamentablemente se olvida y agrava la pérdida del sentido vincular y daña el proceso de construcción de identidad (Morales, 2014).

h) En otra arista del asunto, la expresión más intensa del deber de control y las facultades aparejadas que éste conlleva se encuentran en la Ley Orgánica de Sename⁶⁰ que dispone en su artículo 16 que:

cuando el funcionamiento de un colaborador acreditado o el de sus establecimientos adoleciere de graves anomalías y, en especial, en aquellos casos en que existieren situaciones de vulneración a los derechos de los niños, niñas o adolescentes sujetos de su atención, el juez de menores del domicilio de la institución o del lugar donde funcione el establecimiento del colaborador, en caso de tratarse de uno solo de sus establecimientos, respectivamente, de oficio o a petición del Director Nacional del SENAME o, dentro del territorio de su competencia, del Director Regional respectivo, dispondrá la administración provisional de toda la institución o la de uno o más de sus establecimientos.

De la lectura sistemática de las normas citadas anteriormente fluye con claridad una potestad intensa entregada a la judicatura de familia que la faculta para el cierre de programas y residencias. De hecho, en el contexto de la crisis producida por la revelación de un estudio que constataba denuncias de maltrato y abuso al interior de hogares pertenecientes a la institución Aldeas S.O.S., y que devino en una comisión parlamentaria investigadora,⁶¹ nadie mencionó siquiera la posibilidad de ejercer estas facultades pese a que los presupuestos se cumplían ampliamente.

60. DL 2.465, de 1979, modificado el 2005 por la Ley 20.032 de Subvenciones de Sename.

61. Para mayor información véase <https://bit.ly/2ISXXta>.

y Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (2014).

El ámbito de potestad del tribunal —quizá sea necesario subrayarlo— excede el circuito de instituciones colaboradoras acreditadas por Sename. Estas organizaciones son las que mayoritariamente realizan la atención residencial y ambulatoria de niños, pero existe un grupo de éstas (60 instituciones a 2016) que no son parte de este conjunto regulado y supervisado por Sename. Estas últimas son denominadas «instituciones coadyuvantes» y no son controladas por la administración, por lo que el control judicial es particularmente necesario respecto de éstas que no son supervisadas por nadie más.

Conclusiones

El derecho, y en específico el derecho procesal, tiene mucho que aportar a la protección de derechos de niños gravemente vulnerados en sus derechos. Los fines tuitivos y benevolentes del sistema no deben ser óbice para omitir una aproximación dogmática a este universo de casos, con las adecuaciones que sean de rigor.

Como observa Restá (2007: 27):

Los poderes procesales existen dentro de un marco institucional, que es aquel de los tribunales y de las cortes, los que, se sabe, no están contruidos según la dimensión de los niños. Tiempo y arquitectura del proceso están contruidos sobre otras dimensiones de la vida y no sobre las del niño.

De ahí el desafío de ajustar las reglas procesales al sujeto que éstas pretenden proteger.

Este trabajo ha propuesto un *iter* procesal poblado de categorías que procuran acercar el proceso de intervención psicosocial con el proceso jurídico, del momento que varias disciplinas deben interactuar en pro de la protección de derechos de niños.

Dos son los principales acentos que surgen del texto. El primero, la conceptualización de este proceso como uno no solo proteccional, sino también restrictivo de derechos, en especial respecto de la más intensa de las medidas utilizadas en nuestro sistema, la internación, la que, según parámetros del derecho internacional constituye privación de libertad. El segundo que, por consiguiente, al tratarse de restricción o privación de derechos fundamentales deben aplicarse los resguardos que el derecho pone cada vez que nos encontramos en asuntos de esta precisa índole

El segundo acento está puesto en la idea —bastante ajena a la mirada judicial tradicional— de que el procedimiento proteccional es la fase de cumplimiento y que ello se expresa en una serie de normas jurídicas que atribuyen deberes y facultades al órgano jurisdiccional tan intensos como permitirle el cierre de programas y centros o su administración provisional.

Por cierto, el procedimiento proteccional debe insertarse y ser comprendido en el horizonte de un sistema de protección a la infancia que, incorporando lo jurídico, lo

exceda acogiendo las diversas dimensiones del desarrollo de un niño y la heterogeneidad de deberes estatales en juego (Juretic y otros, 2015).

Tomarse los derechos de los niños en serio, exige, como se ha revisado largamente, concebir el ejercicio de las facultades protectoras no tanto como un despliegue de benevolencia de la autoridad, sino como un conjunto de potestades estatales sometidas ni más ni menos que las restantes potestades estatales al elenco de límites y exigencias que surgen desde el enfoque de derechos y que el derecho procesal bien conoce.

Referencias

- ALVARADO, Adolfo (2011). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Santiago: Thomson Reuters.
- ALZOLA, Javiera, María Elena ARZOLA, Carol BOWN, Blanquita HONORATO, Francisca IRUARRIZAGA, Francisca GONZÁLEZ, FRANCISCO ESTRADA, Juan Pablo VENEGAS, Miguel BEJIDE, Paulina HENOCH, Sergio MORALES (2018). *La infancia vulnerada*. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- ARRUABARRENA, María Ignacia (2009). «Procedimiento y criterios para la evaluación y la intervención con familias y menores en el ámbito de la protección infantil». *Papeles del Psicólogo*, (30) 1: 13-23. Disponible en <https://bit.ly/2lBNc49>.
- BELOFF, Mary Ana (2004). «Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular». En *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Puerto.
- . (2007). «Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición jurídica y derechos humanos del niño». *Justicia y Derechos del Niño*, 9: 49-123. Disponible en <https://uni.cf/2tKugUq>.
- BENAVENTE, Pilar (2011). «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores: Actuación de la administración e intereses en juego». En Julio Díaz-Maroto y Villarejo y Alma María Rodríguez (coordinadores), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15: 15-62.
- BRITO, Haroldo (2018). *Cuenta Pública Presidencia Corte Suprema 2018*. Santiago: Poder Judicial de Chile. Disponible en <https://bit.ly/2DS1vbB>.
- CANTWELL, Nigel y Anna HOLZSCHEITER (2008). «Article 20: Children Deprived of Their Family Environment». En Alen, Vande Lanotte, Eugene Verhellen, Berghmans, Mieke Verheyde y Ang (editores), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- CASAS, Lidia, Mauricio DUCE, Felipe MARÍN, Cristián RIEGO, Macarena VARGAS (2006). *El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia. Resultados de una investigación exploratoria*. Disponible en <https://bit.ly/2MrrVWi>.
- CORTÉS, Julio (2001). «La ley de menores y sus problemas de constitucionalidad.» En *Infancia y derechos humanos. Discurso, realidad y perspectivas* (pp. 93-111). Santia-

- go: Corporación Opción.
- CORTEZ-MONROY, Fabiola, Leonardo ONETO, Isabel SAAVEDRA y María Olga SOLAR (2008). «Argumentación y toma de decisiones en Trabajo Social: Desafíos para la formación profesional». *Revista de Trabajo Social*, 76: 53-64.
- COSTA SARAIVA, Joao Batista (2007). «El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia». *Justicia y Derechos del Niño*, 9: 233- 241.
- COUSO, Jaime (1999). «Diagnóstico de la situación personal, familiar y social del niño y joven: marco jurídico que lo hace necesario y límites que le impone». En *De la tutela a la justicia* (pp. 35-65). Santiago: Corporación Opción.
- . (2006). «El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído». *Revista de Derechos del Niño*, (3) 4: 145-166.
- DONZELOT, Jacques (1998). *La policía de las familias*. Valencia: Editorial Pre-Textos.
- DUCE, Mauricio (2007). «La prueba pericial en los procesos orales». En Alejandro Romero (coordinador), *Estudios de derecho en homenaje a Raúl Tavolari Oliveros* (pp. 383-428). España: Lexis Nexis.
- . (2010). «El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno». *Revista Política Criminal*, (5) 10: 280-340. Disponible en <https://bit.ly/2N1VdvA>.
- DUCE, Mauricio y Cristián RIEGO (2007). *Proceso penal*. Santiago: Jurídica de Chile.
- DUMITRIU-SEGNANA, Eugenia (2006). «Case Law of the European Court of Human Rights related to child rights, role of the families and alternative care». Conferencia Internacional sobre Derechos del Niño, Bucarest, Rumania, 2 y 3 de febrero de 2006. Disponible en <http://www.childrights.ro/downloads/conference/Eugenia%20Dumitriu-Segnana.pdf>.
- ESTRADA, FRANCISCO (2015a). «La ilusión de la protección». *Revista de Familias y Terapias*, 39: 21- 39. Disponible en <https://bit.ly/2J7wHr1>
- . (2015b). «Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas». *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, 8, 155-184. DOI: 10.5354/0719-5516.2016.41513.
- . (2018). «Nudos críticos de la oferta programática de SENAME». En Javiera Alzola, María Elena Arzola, Carol Bown, Blanquita Honorato, Francisca Iruarrizaga, Francisca González, Francisco Estrada, Juan Pablo Venegas, Miguel Bejide, Paulina Henoch y Sergio Morales, *La infancia vulnerada* (pp. 130-155). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- FANTUZZO, John W. y Wanda MOHR (1999). «Prevalence and Effects of Child Exposure to Domestic Violence». *The Future of Children*, 9 (3). Disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/031a/299ad504b35fa0eb702c2d38a46e89acd77d.pdf>.
- FARÍAS, Ana María (2002). «Uso del internado en el sistema de protección simple en Chile». En Mario Ferrari, Jaime Couso, Miguel Cillero y Nigel Cantwell (coor-

- dinadores), *Internación de Niños: ¿El Comienzo del Fin? Crisis de los Internados y Transformación de las Políticas de Infancia en España, Italia y el Cono Sur* (pp. 85-108). Italia: Inocenti.
- FERNÁNDEZ, Hernán (s/f): «Aspectos legales en la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes». Inédito, gentileza del autor.
- FUENTES, Claudio (2015). «Los dilemas del juez de familia». *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3): 935- 965. Disponible en <https://bit.ly/2KqXoIS>.
- FUENTES, Claudio, Felipe MARÍN y Erick RÍOS (2010). «Funcionamiento de los Tribunales de Santiago». En *Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Reformas a la Justicia en América Latina. Experiencias de Innovación*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- FUENTES, Claudio y Ramón García (2015). «Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia.» *Revista de Derecho de Familia*, 3 (7): 55-82.
- GAJARDO, Samuel (1929). *Los derechos del niño y la tiranía del medio ambiente (Divulgación de la Ley 4.447)*. Santiago: Imprenta Nascimento. Disponible en <https://bit.ly/2tIO4Yw>.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (2004). «Legislaciones infanto juveniles en América Latina: modelos y tendencias». En *De los derechos y de la justicia* (pp. 1-55). Buenos Aires: Del Puerto.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary BELOFF (1998). *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Colombia: Temis Depalma.
- HERRERA, Marisa y Marisol BURGÚÉS (2010). «Las medidas de protección de derechos en el Sistema de Protección de la Provincia de Buenos Aires. Cuestiones procedimentales». En *Temas claves en materia de en la Provincia de Buenos Aires. Protección y Promoción de Derechos de niños, niñas y adolescentes* (pp. 138- 162). Argentina. Disponible en <https://bit.ly/2KhD2Eo>.
- JARA, Eduardo (2011). *Derecho procesal de familia*. Santiago: Jurídica de Chile.
- LÁZARO, Isabel, Marta GISBERT, Clara MARTÍNEZ GARCÍA, Daniel SENOVILLA, Alberto SERRANO, Sara SIEIRIA, Ana SOLER, Ignacio MAYORAL y Christian FOUSARD (2005). *Estudio de derecho comparado sobre los sistemas de protección de menores de Alemania, España, Francia, Inglaterra e Italia*. Madrid.
- JELDRES, Mónica y Carolina BASCUÑÁN (2012). Informe sobre el proyecto de Levantamiento y unificación de información de niños en sistemas residenciales. Santiago: UNICEF y Poder Judicial de Chile.
- . (2013): Boletín N° 2. El sistema residencial en Chile. Análisis de caso: Aldeas Infantil SOS. Proyecto de Levantamiento y unificación de información de niños en sistemas residenciales. Santiago: UNICEF y Poder Judicial de Chile.
- JURETIC, Jerko, Francisca DUSSAILLANT, Gabriela SAIEG, María Pía MARTIN, FRANCISCO ESTRADA, Javier FUENZALIDA y Carlos CASTRO (2015). *Definiciones conceptua-*

- les para un sistema integral de protección a la infancia*. Santiago: Unicef. Disponible en <https://bit.ly/2rLgouD>.
- LOVERA, Domingo (2015). *Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: Necesidad de un sistema de garantías reforzadas*. Santiago: Unicef. Disponible en <https://bit.ly/2MZfzRD>.
- MALDONADO, Pedro (2016). «Los derechos de los niños como límites a la discrecionalidad del Estado». *Revista de Estudios Judiciales*, 2 y 3: 159- 176.
- MARÍN, Juan Carlos (2006). «Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales». *Revista de Estudios de la Justicia*, 8: 13-37. DOI: 10.5354/0718-4735.2011.15100
- MARTÍNEZ GARCÍA, Clara (2016). «Principales modificaciones en las instituciones jurídicas del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia.» En María Isabel Álvarez, María Asensio, Dolores Carrillo, María José Castaño, Sara Díez, Marta Gisbert, Blanca Gómez, Federico de Montalvo, Concepción Molina, José María Ruiz de Huidobro, *Principales modificaciones legislativas en el marco de protección de la infancia y la adolescencia en España* (pp. 25-36). Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz.
- MILLÁN, Patricio y Luis VILLAVICENCIO (2002). «La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección». *Revista de Derechos del Niño*, 1: 43-91. Disponible en <https://bit.ly/2Kdh5GK>.
- MORALES, Camilo (2014). «Presentación de caso. Una experiencia de acompañamiento terapéutico.» En Matías Marchant, *Vínculo y memoria. Acompañamiento terapéutico con niños internados* (pp. 197-227) Santiago: Editorial Cuarto Propio.
- MUNRO, Eileen (1996). «Avoidable and Unavoidable Mistakes in Child Protection Work». *British Journal of Social Work*, (26) 6: 793-808. Disponible en <https://bit.ly/2KwWGeW>.
- . (2007). *Child protection*. Londres: Sage Publications.
- . (2011). *The Munro Review of Child Protection: Final Report. A child-centred system*. Londres: Crown. Disponible en <https://bit.ly/1mJRdAL>.
- NICHOLLS, Eduardo (2009). *Intervenciones familiares en adicciones*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en <https://bit.ly/2tBZa27>.
- NÚÑEZ, Germán (2010). «La judicatura de familia ¿Tutela efectiva de los Derechos de los Menores?: Las medidas de protección en el Derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho de Familia*, 3: 245-278.
- NÚÑEZ, René y Mauricio CORTÉS (2012). *Derecho Procesal de Familia. La primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- PALUMMO, Javier, Luis PEDERNEIRA, Diego SILVA, Javier SALSAMENDI, Carlos E. URIARTE (2006). «Informe sobre el Código de la niñez y la adolescencia de la República Oriental del Uruguay Ley 17.823, 7 de septiembre de 2004». *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 6: 209-268.

- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo (2007). «Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes». *Justicia y Derechos del Niño* 9: 251- 277.
- RAVETLLAT, Isaac (2014). «La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana.» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2. Disponible en <https://bit.ly/2tKfRYy>.
- RESTA, Eligio (2007). «La ley de la infancia.» En Roberto Bergalli e Iñaki Rivera (coordinadores), *Jóvenes y adultos. El difícil vínculo social* (pp. 17-27). Barcelona: Anthropos.
- SILVA, José Pedro, Gloria BAEZA, Paulina GONZÁLEZ (2007). «Estudio exploratorio sobre el funcionamiento de la oralidad en los tribunales de familia de la Región Metropolitana». En Andrea Cabezón (coordinadora), *Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina* (pp. 131-180). Santiago: Centro de Justicia de las Américas.
- ULLOA, Fresia (1996). «Violencia familiar y su impacto sobre el niño». *Revista Chilena de Pediatría*, 67 (4): 183-187. Disponible en <https://bit.ly/2N4tjPN>.
- UNIVERSIDAD DE CHILE, Facultad de Derecho (1983). *Curso internacional de especialización para jueces de menores y de familia*. Santiago: Jurídica de Chile.
- VARGAS, Macarena, Paula CORREA, Paula BARROS (2010). *Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de familia*. Informe final de estudio, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales y UNICEF Chile. Disponible en <http://mobile.udp.cl/funciones/descargaArchivos.asp?seccion=documentos&id=61>.
- VARGAS, Macarena y Paula CORREA (2011). «La voz de los niños en la justicia de familia de Chile». *Ius et Praxis*, 17 (1): 177-204. Disponible en <https://bit.ly/2N7rJMO>.
- WOLFE, David, Claire CROOKS, Vivien LEE, Alexandra McINTYRE-SMITH, Peter G. JAFFE (2003). «The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique Clinical». *Clinical Child and Family Psychology Review*, 6 (3): 171-187. Disponible en <https://bit.ly/2txEUPi>.

Agradecimientos

El presente trabajo es parte de un proyecto de trabajo e investigación sobre los derechos del niño en el sistema proteccional desarrollado con el apoyo de la Fundación San Carlos del Maipo. El autor agradece los comentarios a una versión preliminar de los magistrados de familia Mónica Jeldres, Pamela Lobos, Sergio Henríquez G. y del profesor José Pedro Silva, aunque, por cierto, la responsabilidad por el contenido, sus errores y omisiones es enteramente mía.

Sobre el autor

Francisco Estrada es licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Además, es Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia por la Universidad Diego Portales. Por otra parte, es el ex director Nacional del Servicio Nacional de Menores. Correspondencia por este artículo a franciscoestrada@gmail.com.