

DOCTRINA

Internar para proteger: Modalidades, presupuestos, mecanismos de control y otras regulaciones

Intern to protect: Modalities, requirements, control mechanisms and other regulations

Francisco Estrada 

Universidad Autónoma de Chile

RESUMEN Este artículo examina el instituto de la internación con fines proteccionales con el objetivo de perfilar los límites de la actuación estatal y las exigencias que recaen sobre las instituciones involucradas en esta trascendental resolución. Para ello encuadramos las modalidades de la internación en la normativa chilena y analizamos los principios, elementos justificatorios y presupuestos que subyacen a su aplicación. El examen de estos últimos genera proposiciones para el juez que toma la decisión de internación y para la evaluación de esta por litigantes o superiores jerárquicos. Luego se revisan los mecanismos de control de este instituto y se enuncian algunas regulaciones relacionadas con esta específica medida de protección. Así esperamos conformar un marco de examen de la internación proteccional que, junto con permitir su escrutinio, contribuya a su mejor aplicación.

PALABRAS CLAVE Niños institucionalizados, niños internados, derechos del niño, protección de niño.

ABSTRACT This paper examines the institute of internment for protective purposes, the case of children placed in care institutions, in order to outline the limits of state action and the demands that fall on the institutions involved in this momentous resolution. For this, we frame the different modalities that internment exhibits in Chilean legal regulations, we analyze the principles, justifying elements and requirements that underlie its application. The examination of the requirements produces proposals for the judge who must make the decision and for the evaluation of the institutionalization decision by litigants or hierarchical superiors. Then the various control mechanisms of this institute are reviewed and some regulations related to this specific protection measure are enunciated. In this way, we hope to offer a framework for examining protective internment that, together with allowing its scrutiny, contributes to its better application.

KEYWORDS Institutionalized children, children's rights, child protection.

Introducción

*Although the masters make the rules
For the wise men and the fools
I got nothing, Ma, to live up to
It's Alright, Ma (I'm Only Bleeding)*
BOB DYLAN

Internar para proteger. Podría ser la leyenda del escudo del Servicio Nacional de Menores, si lo tuviera, o la enseña en el pórtico de los tribunales de familia del país. Ese axioma condensa la tensión producida por una alta expectativa y una dura realidad.

La escasa literatura jurídica que ha examinado las medidas de protección que adoptan los tribunales chilenos¹ no ha sometido la internación proteccional al escrutinio a pesar de que es una decisión que produce un impacto tan profundo en la vida de niños y niñas y en cuyo seno hemos conocido en años recientes una serie de situaciones de abusos y maltratos.² La internación fue, en el modelo de la situación irregular, la medida de protección por excelencia tanto en Chile³ como en Latinoamérica.⁴ Aun hoy su extensión en el mundo es difícil de apreciar, como ha quedado acreditado en el reciente estudio encargado por el Secretario General de ONU (Nowak, 2019: 501), que estima en 5,4 millones los niños internados en instituciones. Como agudamente comenta Trivedi (2019: 541):

Aunque sacar a un niño del cuidado de su familia de origen se basa en la premisa de que el cuidado alternativo es «mejor» que dejarlo en su casa, los nuevos entornos no son la panacea. De hecho, el cuidado alternativo puede infligir dolor adicional (además de los daños creados por la remoción y la separación en sí), produciendo así peores resultados a largo plazo que si el niño se hubiera quedado en su casa.

Pero los graves problemas del sistema residencial proteccional no son exclusivos de la realidad chilena de los últimos años. En 1993, un estudio pionero en Baltimore (Zuravin, Benedict y Somerfield) encontró que las tasas comprobadas de abuso sexual en hogares de crianza son más de cuatro veces mayores que las de la población general. Indias, Arruabarrena y De Paúl (2019) afirman, a partir de una reciente revisión de estudios, que emerge con fuerza la idea de que la atención residencial puede

1. Facultad de Derecho Universidad de Chile e Iin (1983), Bavestrello (2003), Jara (2011), Núñez y Cortés (2012), Estrada (2015a, 2018), Greeven y Valenzuela (2019).

2. Farías (2002), Jeldres & Bascuñán (2012), Comisión Especial Investigadora (2017), Ceballos y otros (2018) y Comité de Derechos del Niño (2018).

3. Farías (2002) y Rojas (2010).

4. García Méndez (2004), Beloff (2004, 2007).

no ser una medida suficientemente eficiente y protectora.⁵ Clemensa y otros (2019) encontraron una preocupante prevalencia de maltrato por cuidadores en Alemania. Se ha observado que los adolescentes en acogimiento residencial corren el riesgo de ser victimizados por cuidadores o por pares mientras están dentro de los centros del sistema de protección.⁶ Csáky (2009: 7) advierte que la simple angustia generada por la separación familiar y la carencia de una interacción adulta constante y positiva dentro de la institución proteccional pueden contribuir a serias limitaciones psicosociales, como baja autoestima e independencia, dificultades para desarrollar relaciones o participación en conductas antisociales. Pinheiro (2006: 178) nos recuerda que «desde su inicio, las instituciones para acoger a los niños y niñas fueron creadas esencialmente como depósitos para los no deseados». Su estudio ofrece un desolador panorama acerca de la violencia al interior de las instituciones de cuidado en todo el mundo.

Es en este preocupante entorno que se despliega este esfuerzo reflexivo que procura examinar el instituto de la internación con fines proteccionales. El propósito es contribuir a configurar un perfil de los límites de la actuación estatal y las exigencias que recaen sobre las instituciones involucradas en esta trascendental resolución. Con este objetivo, y dentro de un proyecto más amplio que analiza diversas cuestiones sobre la internación,⁷ trataremos de delimitar las diferentes modalidades que esta exhibe en la normativa chilena, analizaremos los principios, elementos justificatorios y presupuestos que subyacen a su aplicación, revisaremos los diversos mecanismos de control de este instituto y enunciaremos algunas regulaciones relacionadas con esta específica medida de protección.

Modalidades

La regulación legal de la internación se encuentra dispersa en diversos estatutos: en la Ley 16.618, Ley de Menores (LM), en la Ley 19.968 de Tribunales de Familia (LTF), en la Ley 20.032 de subvenciones de Sename (LSS) y en la nueva Ley 21.302 que crea el Servicio de Protección Especializado (LSPE). Esta fragmentación, de antigua data,⁸ exacerba la comprensión de las diversas modalidades en que puede estar internado un niño en el sistema proteccional chileno. En este sentido, cinco son las modalida-

5. En el mismo sentido, Knorth, Harder, Zandberg y Kendrick (2008).

6. Attar-Schwartz y Houry-Kassabri, 2015; Ellonen y Pösö, 2011; Euser, Alink, Tharner, van Ijzendoorn y Bakermans- Kranenburg, 2014.

7. Otros trabajos en curso de publicarse examinan el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia con relación a la internación y la naturaleza jurídica de este instituto. No obstante esta aclaración, este trabajo constituye un examen autónomo acerca de los específicos puntos que se han expuesto.

8. Ya Cifuentes y otros (1991: 127) la anotaban como el principal problema legal.

des en que puede estar privado de libertad, para efectos proteccionales, un menor o adolescente en nuestro ordenamiento. Vamos a examinarlas una a una, a partir de los diversos cuerpos normativos pero también, en algún caso, desde las prácticas de los actores del sistema: jueces, residencias y policía.

La discusión sobre la calidad de privación de libertad de la internación excede este trabajo.⁹ Baste para los efectos de este análisis considerar lo establecido en la Regla 11b de las Reglas para la protección de menores privados de libertad:

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.

Como apunta Maier (2000: 16), rechazar la naturaleza privativa de libertad de la medida de internación y el consecuente resguardo de garantías constitucionales «porque no es una pena, resulta ser, a esta altura de la evolución del derecho, insostenible».

Cantwell y Holzscheiter (2008: 57-58), en su exhaustivo análisis del artículo 20 de la Convención sobre Derechos del Niño, comparten esta perspectiva y añaden que las Reglas también se aplican a los privados de libertad en establecimientos de salud y de bienestar.¹⁰ Cappelaere (2005) es de la misma opinión, al igual que entre nosotros, Cillero (1996).

Así entonces, las dos modalidades más relevantes, permanentes y reguladas son en primer lugar, en cuanto medida cautelar del artículo 71 letra c) de la LTF y en segundo lugar en cuanto medida de protección definitiva del artículo 30 numeral 2 de la LM. Y en el primer caso, como medida cautelar, hay una modalidad especialísima, la de internación antes de la primera audiencia.

Las siguientes dos modalidades a examinar son muy importantes, aunque muy transitorias en su temporalidad, opacas en su impacto y muy delicadas por los eventuales abusos a que pueden dar lugar. Así es como encontramos, en tercer lugar, el traslado hacia la comisaría o unidad policial y en cuarto lugar la retención en la comisaría, antes de ser liberado o conducido a un centro residencial (artículo 16 *bis* LM).

La quinta y última carece de fundamento legal expreso y encuentra su origen en una modalidad de medida cautelar innovativa generada por la práctica de la judicatura de familia denominada orden de búsqueda y recogimiento, al alero de una interpretación extensiva del artículo 71 inciso cuarto de la LTF.

Cabe hacer notar que ninguna estadística oficial ni del Sename ni del Poder Ju-

9. Su abordaje es materia de otro estudio.

10. Conviene recordar que Cantwell participó en su redacción como vocero de la coalición de ONG (Cantwell, 2007).

dicial informa sobre estas diferentes modalidades. Los datos más aproximados están en el Informe de visitas a residencias construido por la Unidad Acta 37 (2021) que desglosa los ingresos en causa P (233 niños y niñas) o en causa X (4.981 niños, niñas o adultos). Las primeras serían las causas con procedimiento en curso; las segundas corresponden a aquellas en etapa de cumplimiento, es decir, ya con sentencia.

Vamos a continuación a analizar cada una de estas modalidades.

La internación como cautelar del artículo 71

Esta disposición indica, en su letra 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 ante el juez del niño, niña o adolescente, deberá asegurarse que esta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima.

Esta modalidad está pensada para responder a necesidades urgentes de protección frente a un riesgo muy grave o ante un daño mayor ya producido. Las amplias potestades cautelares del juez de familia han sido estudiadas en la literatura (Marín, 2006; Hunter, 2007). En materia proteccional, las medidas cautelares enfrentan un escenario en que muchas veces, con información escasa y de baja calidad, el tribunal debe tomar decisiones que impactarán significativamente la vida de un niño y de su familia. La evidencia muestra que tenemos más capacidad para prevenir o resolver problemas de maltrato cuando se encuentran en una etapa temprana que cuando se ha producido un abuso o negligencia grave.¹¹ Con esta finalidad la Ley 19.968 enumera nueve medidas posibles de adoptar por el juez de familia. En la letra c) se contempla la internación.

El enunciado normativo de la letra c) comprende, en rigor, tres medidas distintas. La segunda resulta un anacronismo pues ya no existen los Centros de Observación y Diagnóstico (COD) que terminaron con la derogación del artículo 51 de la LM por el artículo 63 letra f) de la Ley 20.084. Quedan dos: el ingreso a un programa de familia de acogida o el internamiento en una residencia. Adicionalmente, la letra h) contempla otros tipos de internaciones proteccionales especializadas en establecimientos de salud: La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, etcétera.

El artículo 71, reaccionando a lo que había sido la desafortunada historia de la internación proteccional pone algunos límites a esta medida. El primero de ellos es el plazo establecido en el inciso final del artículo 71: «En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días».

11. MacMillan Wathen, Barlow, Fergusson, Leventhal y Taussig (2009) y Munro (2011).

Pese al carácter tajante, la práctica judicial lo concibe como un plazo que es posible renovar si en el proceso aún no ha sido posible alcanzar sentencia. La ausencia, hasta fecha muy reciente, de un sistema de defensa jurídica posiblemente explica que esta práctica se haya instalado sin ser objeto de impugnaciones ante tribunales superiores.

Otro lamentable problema lo constituyen resoluciones judiciales que no fijan plazo a la internación o que fijan uno que excede el plazo legal. Así ocurre, a modo de ejemplo, con la resolución de la jueza de familia de Linares que «dispuso el ingreso del adolescente a la residencia, por el plazo de 12 meses, como medida cautelar del artículo 71 letra h) de la Ley 19.968», según se informa en el recurso de protección acogido por la Corte de Apelaciones de Rancagua¹² y confirmado por la Excm. Corte Suprema en fecha reciente¹³, en uno de los escasos casos en que el máximo tribunal se ha pronunciado respecto de la internación proteccional. Todos los tribunales involucrados pasaron por alto el antedicho plazo expreso de noventa días.

Además, el artículo dispone que en ningún caso podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos. El legislador consideró necesaria esta prohibición en reacción al histórico y masivo ingreso de niños por razones proteccionales a las antiguas secciones de menores en cárceles de adultos.¹⁴

Prosigue el artículo 71 indicando que la «resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma». Es decir, hay una explícita exigencia de fundamentación escrita y un cierto estándar justificatorio. Ambos aspectos los revisaremos luego.

El inciso quinto del artículo 71 contempla la que consideramos una modalidad especialísima de esta cautelar:

Quando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.

Esta modalidad se vincula con la (3) y se relaciona con la facultad que la LM, en su artículo 15 letra a), entrega a una unidad policial especializada, que hoy no existe en términos operativos en ninguna parte del país, la «Policía de Menores», de «recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia o protección». Nótese que esta disposición, que persiste en el empleo de una categoría desahuciada en el resto del derecho de niñez (menores en situación irregular), no fue derogada

12. Corte de Apelaciones de Rancagua, 29 de octubre de 2019, rol 7115-2019.

13. Corte Suprema, 6 de diciembre de 2019, rol 33.900-2019.

14. En Bernal y Estrada (2002) hay estadísticas sobre estos ingresos.

ni modificada por ninguna de las leyes de la nutrida agenda legislativa iniciada en el gobierno anterior y fue proseguida por la actual administración.

Así, el artículo 16 *bis* de la LM se indica:

En aquellos casos en que aparezcan gravemente vulnerados o amenazados los derechos de un menor de edad, Carabineros de Chile deberá conducirlo al hogar de sus padres o cuidadores, en su caso, y entregarlo a ellos, informándoles de los hechos que motivaron la actuación policial.

Si, para cautelar la integridad física o psíquica del menor, fuere indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieren bajo su cuidado, Carabineros de Chile lo conducirá a un Centro de Tránsito y Distribución e informará de los hechos en primera audiencia al juez de menores respectivo.

La primera cuestión para comentar es que en la actual institucionalidad de atención a la niñez, con la entrada en vigor de la Ley 21.302, no existe jurídicamente ya ese Centro de Tránsito y Distribución. Conforme el actual artículo 24 de la ley que crea el nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada (con posterioridad a su entrada en vigor el 1 de octubre de 2021) lo que existe son «centros de acogida institucional» o «acogimiento residencial». Otra cosa es que todos los Centros Residenciales Especializados de Administración Directa (CREAD) actualmente existentes van a terminar en el corto o mediano plazo. De lo anterior se colige que no existiendo centros donde Carabineros puede conducir a menores, debiera entenderse que cesa esa facultad policial.

Una segunda cuestión que observar radica en la operatoria del sistema antes del 1 de octubre de 2021. En los horarios fuera de funcionamiento del tribunal (es decir, después de las 14:00 y hasta las 8:00 del día siguiente) existe un turno telefónico y es a este juez a quien Carabineros llama pidiendo instrucciones de actuación.

Carecemos de información, como país, acerca del flujo de este tipo de situaciones. Sobre la base de datos acerca del número de niños y niñas que son retenidos fuera de horario de audiencia podría pensarse en un turno judicial en la tarde si la cuantía fuere significativa. Llama la atención que este tipo de decisiones que se adoptaron con la implementación de la Ley 20.084 no se han producido en los más de quince años de vigencia de la LTF.

Como medida definitiva del artículo 30 de la LM

Las medidas de protección definitiva están reguladas en el artículo 30 de la LM que dispone en su inciso primero una potestad amplia («las medidas que sean necesarias»)¹⁵ para luego enunciar dos grupos de medidas.

15. De donde se colige con claridad que el listado no es taxativo.

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. En particular, el juez podrá 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Al respecto es conveniente recordar que Sename ha administrado históricamente de forma directa los CREAD que la LM denomina Centro de Tránsito y Distribución (en los artículos 16 y 30 número 2) y que la Ley 21.302 engloba —sin nombrarlos— en la denominación de acogimiento residencial (artículo 24). Estos centros han sido objeto de intenso escrutinio público por abusos, maltratos (Jeldres & Bascuñán, 2012), la muerte de la niña Lissette Villa,¹⁶ muertes no informadas (Comisión Especial Investigadora 2017) y una condena por el Comité de Derechos del Niño (2018). Sename ha anunciado un plan de cierre progresivo¹⁷ y la apertura de una oferta residencial novedosa,¹⁸ con residencias (una docena en los días en que se escriben estas líneas) para una cantidad reducida: docena de niñas, niños y adolescentes, con un alto estándar en infraestructura y servicios y una adecuada dotación de personal. Todos estos centros son lo que antiguamente la nomenclatura de la LM llamaba Casas de Menores y que tenían dos modalidades: los Centros de Observación y Diagnóstico y los Centros de Tránsito y Distribución (CTD). Hogar sustituto o establecimiento residencial son términos sinónimos para referirse a alguno de los centros administrados por organismos privados, colaboradores o coadyuvantes, aquellos que no son parte del sistema de Sename.¹⁹ En la Ley del Servicio Nacional de Protección Especializada de niños, niñas y adolescentes se incorpora a los centros de coadyuvantes a la supervisión y fiscalización al exigirle a todos funcionar como colaboradores acreditados (artículo 35) y, como antes ya hemos dicho, se altera la nomenclatura al hablar de «acogimiento residencial» (artículo 14).

Es necesario anotar que todos los centros y residencias poseen un perfil del sujeto

16. Sobre el caso ver Lathrop (2017). El 19 de noviembre de 2021 se dictó veredicto condenatorio por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Ver nota de prensa del poder Judicial <https://bit.ly/3exgrkb>.

17. A septiembre de 2021 se han cerrado tres (Playa Ancha, Galvarino y Nuevo Amanecer) y está en curso el próximo cierre de Pudahuel. Sobre el cierre del primer CREAD ver nota en web de Sename, de 13 de marzo de 2019 <https://bit.ly/3H5sX6r>.

18. Ver nota en web de Sename, de 4 de febrero de 2020 en <https://bit.ly/3mk4BOn>.

19. Según el último informe de visitas a residencias del Poder Judicial, existen en el país a septiembre de 2019: 15 centros de administración directa de SENAME, 203 residencias de organismos colaboradores acreditados y 36 residencias de organismos coadyuvantes (Departamento de Desarrollo Institucional 2019, p. 32). La Ley 21.032, en su artículo 35, termina con la calidad de coadyuvantes y exige que todos los organismos se acrediten, independiente de que puedan rechazar recibir financiamiento estatal.

de atención específico, que aparece en el decreto de creación de los CREAD o en el convenio en el caso de las residencias. Estas —al igual que los programas— se encuentran reguladas por la Ley 20.032 que discurre sobre la lógica de licitaciones para la adjudicación de proyectos y, luego, de convenios entre Sename y el colaborador acreditado. Los convenios llevan incorporadas las bases técnicas y financieras de cada licitación además de otras especificaciones y, al igual que el contrato, conforme indica el artículo 1.545 del Código Civil, es la ley para los contratantes y en cuanto ley de las partes obliga también a los demás actores del sistema.

La Corte Suprema, en los pocos casos de materia proteccional que ha conocido desde la entrada en vigor de la Ley 19.968, ha ido delineando algunas cuestiones de relevancia. En primer lugar, el máximo tribunal del país ha ratificado el carácter de *ultima ratio* de la internación:

Que como puede apreciarse la decisión de los sentenciadores contenida en el fallo que se impugna, no se sustenta en ninguna de las hipótesis que la ley contempla y bajo cuyo amparo se justifica y legitima la aplicación de una medida de la naturaleza de la dispuesta, esto es, aquélla que ordena la internación de una niña menor de edad en un centro de protección, provocando la separación de su familia. En efecto, los jueces del grado, no obstante, disponer una medida tan gravosa y radical como es la de que se trata, no justifican su aplicación del modo que lo prescribe la ley, es decir, bajo la premisa de no existir otra posibilidad de brindar el amparo necesario a la menor que no sea esta privación de su hogar de origen, no satisfaciéndose, así la exigencia de fundamentación adicional, a toda resolución judicial, que ha establecido el legislador, en la materia.²⁰

En un fallo del 2017, en que una residencia recurrió por considerar que el niño que se les ordenaba recibir no se ajustaba al perfil de su centro, la Corte sostuvo:

Que, siguiendo con lo razonado, el hecho de calificar de arbitraria e ilegal la determinación de la recurrida no constituye una discriminación del adolescente por su discapacidad, sino más bien responde al efectivo cumplimiento de una clasificación realizada por el artículo 28 letra b) del Reglamento de la Ley 20.032 cuya finalidad no puede ser otra, que establecer una efectiva e idónea institucionalidad para otorgar la protección a los niños, niñas y adolescentes gravemente vulnerados.²¹

Luego, en un caso parecido, la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua que construyó fundadamente el rol de garante del Estado invirtiendo el tradicional razonamiento que entrega Sename en casos similares.

Que en este contexto, no cabe duda de que la carga impuesta al recurrente afecta

20. Corte Suprema, 9 de septiembre de 2010, rol 5323-2010

21. Corte Suprema, 27 de julio de 2017, rol núm 35.114-2017.

su derecho de propiedad, gravamen que no se explica cómo puede ser derivado por quien tiene la obligación de soportarlo como es el Estado, a través de sus organismos, principalmente el Sename y secundariamente los Servicios de Salud, quienes no han asumido su responsabilidad. Sobre el punto, en el año 2000, se estableció un convenio marco entre Ministerio de Justicia, el Sename y el Ministerio de Salud, el que señala que «debe existir mutua cooperación para el expedito acceso de los niños, niñas y adolescente a todas aquellas prestaciones de salud que sean necesarias para su desarrollo integral», destacando el «rápido ingreso, la atención expedita y oportuna a los niños, niñas y adolescentes que concurran a los niveles de atención primaria, secundaria, de especialidades y exámenes, y de hospitalización, evitándoles esperas, considerando que su condición no lo hace aconsejable».²²

En fecha cercana, la Corte insistió en los deberes de buen servicio que pesan sobre Sename y otros organismos públicos y que exigen se coordinen de modo eficaz:

Que, de lo anterior, se advierte que si bien, los organismos recurridos se encuentran contestes en cuanto a que A.B.G.V. debe recibir para mejorar su adicción a las drogas una atención integral multidisciplinaria e interinstitucional, atendida su condición de alta vulnerabilidad y que aquello importa que el Estado debe otorgarle las condiciones necesarias para que obtenga un bienestar biopsicosocial, así como la efectividad del ejercicio de sus derechos, según su etapa de desarrollo, en los hechos aquello, no se ha concretado, puesto que todas las instituciones, no obstante precisar los elementos que debe tener esta intervención, entre otros, que pueda estar acogida en un lugar en el que la medida de protección sea efectiva, minimizando la posibilidad de abandono y riesgos, cuente con un cuidador(a) de manera permanente o pueda estar en casa C en Cread Capullo, considerando que en esta casa las niñas estarían más contenidas, ninguno de ellos incluida la curadora *ad litem*, han realizado actos de coordinación reales y efectivos en virtud de los cuales se ponga de relieve el interés superior de A.B.G.V. de manera de contribuir a mejorar su situación y no entorpecerla.

Que lo expuesto nos lleva a reflexionar sobre la necesidad que los órganos del Estado coordinen su funcionamiento para lograr los objetivos propuestos a través de las políticas públicas y en una disminución significativa de la pérdida de recursos humanos y técnicos con el fin última de conseguir el bien común social.²³

Una figura específica de esta modalidad, de frecuente ocurrencia pero bastante invisibilizada, la constituye la internación decidida durante el cumplimiento de otra medida proteccional ambulatoria. En efecto, Sename informó hace un tiempo que el 97,8% de los adolescentes de los CREAD registra ingresos previos en programas

22. Corte Suprema, 6 de diciembre de 2019, rol 33.900-2019; Corte de Apelaciones de Rancagua 29 de octubre de 2019, rol núm.7115-2019.

23. Corte Suprema, 27 de julio de 2017, rol 35.114-2017.

de protección de la red Sename.²⁴ Esto implica que mientras se está desarrollando un proceso de intervención surgen antecedentes que hacen necesaria la internación. Esto es enteramente ajustado a la normativa proteccional en virtud de la flexibilidad que deben tener las medidas y que se expresa en las facultades jurisdiccionales de los artículos 77 y 80 de la Ley 19,968 para modificar, cesar o suspender las medidas. El art. 80 emplea el verbo “podrá” para expresar que es una decisión enteramente facultativa del tribunal el citar a audiencia para decidir estas cuestiones. Lo cierto es que esa lectura exclusivamente literal desatiende que estamos ante restricciones a derechos fundamentales (Núñez, 2010) y al deber de escrutinio que esto conlleva. Además de esto, el resguardo al derecho a ser oído y a la defensa técnica resultan incompatibles con decisiones fuera de audiencia sin escuchar a nadie, ni a niños ni a abogados. La decisión de internar siempre debe ser adoptada en audiencia, con mayor razón si un proceso previo de intervención ha fracasado.

Como traslado hacia comisaría o unidad policial

La tercera modalidad en que un niño, niña o adolescente puede verse privado de su libertad por razones proteccionales es de carácter esencialmente transitorio y se refiere al traslado del niño hacia la unidad policial en virtud de un procedimiento policial en dos supuestos.

a) El primero está descrito en el artículo 16 *bis* inciso segundo de la LM: «Si, para cautelar la integridad física o psíquica del menor, fuere indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieren bajo su cuidado, Carabineros de Chile lo conducirá a un Centro de Tránsito y Distribución». Es decir, estamos ante una hipótesis de un grave peligro para la integridad física o psíquica de un niño o niña, producto de un abuso o maltrato grave o una grave negligencia. Recordemos lo que ya dijimos acerca de que el único tipo de establecimiento donde puede ubicarse a un menor en esta hipótesis es un Centro de Tránsito y Distribución.

b) La segunda hipótesis está en el artículo 58 de la ley 20.084:

Si se sorprendiere a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad públicas y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos.

Una vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que este procure su adecuada protección.

Nuestro sistema penal renuncia así al ejercicio del *jus* punitivo respecto de sujetos menores de catorce años. Luego, si uno de ellos se involucra en un hecho que reviste

24. Sename (2019), p. 13.

caracteres de delito, este artículo dispone una secuencia de acciones a seguir: restablecimiento del orden, protección de las víctimas, poner a disposición del juzgado de familia —de donde se deriva esta modalidad de privación de libertad que estamos revisando— y, si el delito es «de menor entidad», su entrega directa a padres o adultos responsables.

Es necesario ser muy precisos en el análisis de esta disposición. Lo primero a anotar es que debemos estar ante una situación de flagrancia, es decir, en una de las situaciones específicamente descritas en el artículo 130 del Código Procesal Penal y en derredor de las cuales la jurisprudencia ha ido precisando sus elementos en discusión (Rodríguez, 2020).

En segundo lugar, hay que relevar que el artículo no contempla una facultad de retención del menor de catorce años en comisarías, como sí lo hacía el artículo 16 en la versión original de la ley 16.618. Lo que debe hacer la policía («las autoridades respectivas», dice la ley) es poner al niño a disposición del Tribunal de Familia. En horario fuera de audiencia esto debe traducirse en llamar al juez de turno para recibir sus instrucciones. Solo si el juez autoriza la conducción del niño a la comisaría este traslado podría producirse. La práctica policial suele operar primero llevando a constatar lesiones y luego a la unidad policial para desde ahí llamar al juez de turno. Las comisarías, naturalmente, no poseen espacios idóneos para menores de catorce años. Aún más, la ley es explícita en orden a que, si estamos ante infracciones de menor entidad, Carabineros puede entregar directamente los niños a sus padres o adultos responsables. Es decir, que en esta hipótesis tampoco es necesario el traslado a comisaría. Los desórdenes públicos son un caso claro de infracción de menor entidad dado su atenuado monto penal (presidio menor en su grado mínimo conforme el artículo 269 del Código Penal) y, sin embargo, Carabineros no sigue la secuencia de acciones indicada en la ley. Esto no obedece a acciones aisladas, sino a la lectura institucional expresada en su reciente Manual de procedimiento con niños y niñas donde interpretan la normativa de modo que construyen una facultad —de la que carecen, como ya hemos visto— para «conducir» a la unidad policial y luego de esto comunicarse con el juez de familia. Además, indican que el niño es trasladado en calidad de «conducido», lo que más bien parece un subterfugio para eludir los controles inherentes a una privación de libertad. Una forma de corroborar o refutar esto es pesquisar si Carabineros informa, o no, este número en alguno de sus reportes. No conozco ningún reporte que dé cuenta de este dato.

Sobra decir que la exigencia general de llevar a los niños a constatar lesiones resulta contraproducente y dañosa, particularmente cuando en horas de la madrugada muchas unidades de salud están colapsadas de personas y deben esperar largo tiempo para ser atendidos. Esta medida solo debiera adoptarse cuando es realmente necesaria para asegurar el bienestar del niño en ese caso concreto, no en abstracto con fines de resguardos institucionales o de los funcionarios involucrados. En la constatación

de lesiones debe primar el interés del niño, no el de los adultos funcionarios policiales. Debemos enfatizar que la ley mandata explícitamente el carácter prioritario del retorno con los padres.

La normativa internacional es enfática en torno a la separación de niños y adultos en traslados. También la Ley 20.984 respecto de adolescentes infractores (artículo 48), sin embargo, los niños, niñas y adolescentes del sistema proteccional carecen de un estatuto igual de explícito.

Privación de libertad como transición en comisaría, antes de ser liberado o conducido a un Centro de Tránsito y Distribución (artículo 16 *bis* Ley de Menores) o llevado al Tribunal de Familia

En rigor, el artículo 16 *bis* no autoriza la retención o espera en comisarías de niños vulnerados en sus derechos. Lo que regula su inciso segundo, como hemos visto, es una hipótesis administrativa específica: cuando «para cautelar la integridad física o psíquica del menor, fuere indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tuvieren bajo su cuidado», entonces hay que trasladarlo hacia un Centro de Tránsito y Distribución. Ese tránsito constituye privación de libertad, debe ser registrado como tal, informado estadísticamente, controlado institucionalmente y regulado.

El Manual de Carabineros no regula esta hipótesis. Aún más, reforzando la asimetría respecto de adolescentes infractores, en el punto I.2 del Manual se recuerda —repetiendo lo establecido en el artículo 48 de la Ley 20.084— el principio de separación respecto de adultos, pero en ningún lugar se aplica dicho principio a la niñez vulnerada en tránsito, lo que es exigible, en una interpretación extensiva, conforme al principio de interés superior en cuanto principio hermenéutico.

El Manual también menciona que los adolescentes privados de libertad tendrán derecho a mantener contacto con su familia, pero nada dice nuevamente de niñas, niños y adolescentes que están por vulneración de derechos y a quienes no les reconoce su derecho a contactarse con abogado.

Privación de libertad como consecuencia de una «orden de búsqueda y recogimiento», extendida por un juez de familia al alero del artículo 71 inciso cuarto de la LTF

Esta figura es una creación de la práctica judicial que ha interpretado extensivamente el sentido del inciso cuarto del artículo 71 que dice: «Para el cumplimiento de las medidas decretadas, el juez podrá requerir el auxilio de Carabineros de Chile».

El auxilio de Carabineros es la actuación de un órgano público policial que, por tanto, debe ser interpretada restrictivamente. Es un auxilio para alguna medida que

solo pueda ser cumplida con la intervención policial. Aunque resulte una obviedad, Carabineros carece absolutamente de formación y procedimientos en materias de trabajo social por lo que no es posible imaginar que puedan desarrollar estas labores con la lógica proteccional. Esa constituye una expectativa imposible de satisfacer. El órgano jurisdiccional debe requerir esta colaboración con el mismo carácter de *ultima ratio* con que se encuadra toda privación de libertad y, en especial, ponderando los riesgos del contacto de niños y niñas con la policía.

La judicatura de familia recurre a dictar este tipo de órdenes, que carecen de regulación de ningún tipo, ante situaciones muy disímiles: ante la inasistencia de niño a audiencias y ante el abandono que el menor hace del centro residencial. Sobre esto se ha generado incluso una investigación parlamentaria a propósito del número de niños con este tipo de órdenes.²⁵ Carabineros informó (2020) a esa comisión que solo hasta julio de 2019 se habían recibido 6.567 encargos y producido 5.707 hallazgos con 860 menores no habidos. Es fácil observar que esta tarea no tiene nada de policial sino que es más bien propia del trabajo social. Como no se la conceptualiza como privación de libertad, ni siquiera aparece en el Manual de procedimientos policiales con niños, niñas y adolescentes ni se le registra con una denominación específica.

Análisis de principios, elementos justificatorios y presupuestos

Desde el marco normativo examinado se puede construir dogmáticamente principios, elementos justificatorios y presupuestos de la internación proteccional.

Principios

Existen un conjunto de principios y derechos que regulan, en especial desde el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, la intervención estatal con fines de protección y que conforman el entorno normativo desde el cual es posible efectuar un análisis de los presupuestos que la facultan.²⁶ Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013) ha enunciado los siguientes principios: excepcionalidad y temporalidad, legalidad y legitimidad, necesidad e idoneidad, diligencia excepcional, especialidad y profesionalización, diferenciación respecto de las intervenciones sancionadoras, y garantías procesales. Aunque están pensados princi-

25. Comisión Especial Investigadora de los actos del Gobierno en lo relativo a la generación y aplicación de protocolos, políticas o acciones o acciones de búsqueda de menores de edad extraviados o desaparecidos en el país, a partir del año 2010. Disponible en <https://bit.ly/3H6AT7L>.

26. Lama (2019) enuncia como principios: a) excepcionalidad y temporalidad; b) legalidad y legitimidad; c) necesidad e idoneidad; d) diligencia excepcional; e) especialidad y profesionalización; f) diferenciación respecto de las intervenciones sancionadoras; y g) garantías del procedimiento y la protección judicial. Como se verá, compartimos los contenidos de fondo aunque los agrupamos y conceptualizamos de modo diverso.

palmente para privaciones de libertad de carácter penal, pueden adaptarse al sistema proteccional cambiando lo que haya que cambiar.

Por su parte, Estrada (2015a) propone el siguiente conjunto de principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección: interés superior del niño, desformalización, juez con facultades amplias, interdisciplina, orientación a las consecuencias, diligencia excepcional, intermediación y separación de familia de origen como última *ratio*. Todos ellos tienen directa aplicación en la decisión de internación, pero se anotará el rol que pueden desempeñar tres de ellos en el proceso de internación.

En primer lugar, sobre el alcance del principio de diligencia excepcional, creemos que resulta elocuente la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Saleck Bardi con España* (2011) que sostiene que «para ser adecuadas, las medidas dirigidas a reunir al progenitor y a su hijo deben ser adoptadas rápidamente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él». La protección contiene también una exigencia de tiempos razonables.

Por su parte, en *Fornerón e hija con Argentina*, la Corte Interamericana tuvo oportunidad de razonar en torno al tiempo:

Esta Corte también ha sostenido que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

En segundo lugar, parece particularmente relevante entender el principio de orientación a las consecuencias que, en este campo, exige evitar incurrir en la ilusión de la protección (Estrada, 2015b) y, por el contrario, por mandato legal impone al jurisdicente atender a la ponderación dinámica de los escenarios que con mayor probabilidad ocurrirán a raíz de su resolución, sobre la base de la información que se posee acerca del funcionamiento de programas y residencias del sistema proteccional. «Un tribunal que adopta decisiones que sabe no protegerán ha renunciado a este principio» (Estrada, 2015a). Esta exigencia está en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en *Scozzari y Giunta con Italia* reprochó la negligencia en derivar a un hogar donde sus directores habían sido previamente condenados por abuso sexual infantil. Una judicatura orientada a las consecuencias implica además el ejercicio de las diversas facultades legales contenidas en los artículos 76 a 80 de la Ley 19.968 que le permiten controlar y velar que la protección realmente se produzca.²⁷ Entre nosotros, deberían tenerse similares precauciones con

27. Un análisis de estas facultades en Estrada (2018: 40-44).

residencias con administración provisional ya que en este caso se cuenta con una resolución judicial (hasta septiembre de 2021) o de autoridad administrativa (desde octubre de 2021, conforme a la Ley 21.302) que acreditó graves situaciones de vulneraciones de derechos en ese centro. El mismo cuidado parece necesario respecto de residencias donde existen casos investigados por el fiscal Emilfork, aunque lamentablemente Fiscalía de Chile nunca ha hecho públicos los datos de las investigaciones aludidas en Ceballos y otros (2018).

En tercer lugar, el carácter de *ultima ratio* de la separación de los padres o cuidadores se ve reforzado con la nueva regulación del artículo 24 de la ley 21.302 que dispone en su inciso tercero que «el cuidado alternativo es una medida de protección excepcional, esencialmente transitoria y periódicamente revisable, de competencia exclusiva de la autoridad judicial, preferentemente desarrolladas en acogimiento de tipo familiar y, en *ultima ratio*, en centros de acogida institucional en el caso en el que el primero no sea recomendable en virtud del interés superior del niño, niña o adolescente».

Luego, el inciso siguiente contiene una regla de exclusión del acogimiento institucional de niñas y niños de 0 a 3 años.

El inciso quinto del artículo 24 escalona las gradas que debe recorrer la decisión jurisdiccional de una manera didáctica para estructurar el proceso de fundamentación de la decisión de internación:

Solo cuando se hayan agotado todas las acciones tendientes al fortalecimiento familiar, o la búsqueda de medidas alternativas de cuidado, o cuando sea la única medida que satisfaga, proteja o restituya los derechos vulnerados del niño, niña o adolescente, en virtud de su interés superior, el tribunal de familia competente podrá derivar su internación en centros residenciales especializados, bajo decisión debidamente fundada dentro de un debido proceso, previa citación de los miembros de su familia extensa y habiendo oído a quienes concurran a la audiencia respectiva.

La exigencia de debida fundamentación debe ser entendida como reacción del legislador al problema de falta de fundamentación o de razonamientos arbitrarios que el Comité de Derechos del Niño (Comité 2018, párr. 27b) le reprochó a la judicatura de familia, «la frecuente ausencia de motivación suficiente de las sentencias, impide conocer los elementos considerados, la ponderación entre los mismos, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinación del interés superior del niño como consideración primordial de la decisión adoptada». Incluso el Comité agregó que «existe consenso en que la pobreza es una causa de internación» (Comité 2018, párr. 23).

El inciso quinto enuncia la exigencia de un debido proceso, cuyo contenido en sede proteccional ante esa fórmula amplia deberá ser precisado por la jurisprudencia, en línea con lo planteado por Maier (2000). Conforme proponen García y Contreras

(2013), es necesario un ejercicio de adaptación de las reglas del debido proceso a la materia del procedimiento que se pretende regular. Consideramos como elementos mínimos la notificación de todos los intervinientes de un modo efectivo que supere el artículo 23, ser informados previamente de lo que se debatirá en audiencia, ofrecer prueba propia, discutir la contraria —lo que exige una regla de apertura de información más razonable que la del artículo 46²⁸—, impugnar resoluciones que resulten gravosas y, por supuesto, y como un mínimo que hoy es frecuente se omita, que todos los intervinientes cuenten con defensa jurídica apropiada. No todo curador es un efectivo representante de los derechos de niños y niñas. Si ese curador no se entrevista previamente con sus representados, si no ofrece prueba propia, si no impugna ninguna decisión, debiera ser removido por abandono material de defensa. Esto es particularmente complejo si se considera que muchas decisiones de internación son adoptadas sin que en ese crucial momento ni el niño ni sus padres cuenten con representante jurídico.

Es necesario avanzar en terminar con toda curadoría que incumpla los deberes mínimos que garantizan una defensa que resguarda derecho de niñas y niños (Estrada, 2019) y es esperable que el proyecto de ley de garantías logre configurar el derecho de todo niño y niña a representación jurídica.²⁹ Esa norma es justamente una de las que fue objeto del veto presidencial³⁰ aun en discusión en el Parlamento.

Derechos

Un primer derecho a considerar es la convivencia familiar: La Convención sobre Derechos del Niño construye en su artículo 9 —en relación con los artículos 12, 18, 19 y 20— una comprensión bastante explícita de la convivencia familiar como un derecho de niños, niñas y adolescentes y entiende a la separación de sus padres o adultos

28. Que un perito cumpla con subir el informe con la anticipación allí fijada no permite a las partes poder acceder a dicho documento porque eso depende de tramites internos, opacos y arbitrarios de funcionarios del tribunal, todo lo cual puede permitir el acceso de abogados a ese material justo el día del juicio, lo que no satisface sustantivamente las reglas de *disclosure*.

29. Artículo 50 inciso segundo: «El Estado proveerá la existencia de una oferta de programas con el objetivo de garantizar progresivamente el derecho a defensa jurídica letrada, especializada y autónoma a los niños, niñas y adolescentes que enfrenten un proceso para la posible aplicación de una o más medidas de protección de sus derechos, desde las primeras actuaciones del procedimiento administrativo o judicial.»

30. El veto intenta fundamentar así esta objeción: «persisten modificaciones que, al incluir la representación jurídica y judicial desde los inicios de cada procedimiento, tanto administrativo como judicial, en lugar de promover que este nuevo sistema funcione de manera eficiente y eficaz, lo vuelven engorroso y burocrático e impiden que la protección y garantías que conforman este nuevo régimen asistan a tiempo a los niños, niñas y adolescentes a los que están dirigidos». Oficio 138-369, del Presidente de la República al Congreso Nacional, 21 de julio de 2021.

responsables como una medida excepcional y de último recurso, fundada solo en el interés superior del niño.³¹

En esto, las Directrices de modalidades de cuidado alternativas de niños son pertinentes:

Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella. (Directriz número 3)

La Opinión Consultiva 17/02 de la Corte Interamericana confirma la misma idea y la relaciona con diversas disposiciones del derecho internacional:

71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La doctrina está conteste³² en que la separación de niños de su familia «constituye bajo ciertas condiciones una violación al artículo 17 de la Corte Americana de Derechos Humanos (CADH), por lo tanto, cuando estas sean legales «solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales» (Rizik, 2014: 44).

Illanes (2021, p. 326) remarca que la separación de los padres con fines proteccionales constituye «un mero instrumento destinado a restituir un derecho que ha sido vulnerado: el derecho del niño a vivir en familia».

El segundo derecho a tener en cuenta es a ser oído. Es indudable el rol central que en materia proteccional desempeña el resguardo del derecho de niñas y niños a ser oídos pero, como denunciaron Vargas y Correa (2011) y acreditó el Comité de Derechos del Niño (2018), la realidad de la internación está a mucha distancia: solo 32,1% de niños y niñas en residencias dice tener la oportunidad de hablar con el magistrado y 30,8% con algún abogado que los represente en sus causas. En cuanto a los centros, 4,1% indican que los niños y niñas no se encuentran autorizados para hablar directamente con el juez en caso de requerirlo, mientras que un 20,4% de los centros

31. Cillero, Valenzuela y otros (por aparecer).

32. Ver Cillero (2016), Estrada (2018), Lathrop (2018), Lama (2019) e Illanes (2021).

reportan que durante la última visita de los jueces de familia, los niños y niñas no hablaron con ellos e incluso un 7,5% no sabe si lo hicieron o no. Un 31,8% de los centros reporta no contar con protocolo de quejas y sugerencias o no saber de su existencia.

Por eso el Comité (2018) afirma duramente:

69. El Comité considera que Chile viola el artículo 12 de la Convención por:

a) No informar adecuadamente, en todos los casos, a los NNA, ni procurar su comprensión de la información, para que su opinión pueda ser respetada en el proceso que lleva a su ingreso en un centro;

b) No garantizar el acceso a hablar con el/la juez y un abogado;

c) La ausencia de protocolos claros y conocidos sobre la posibilidad de expresar quejas o denunciar vulneraciones de derechos, lo que limita seriamente el derecho y hace que los niños no se sienten cómodos para hablar con los profesionales del centro;

d) No garantizar a cada NNA la oportunidad de ser escuchado y expresar su opinión en las decisiones del centro que le afectan y poder contribuir en la gestión de sus espacios cotidianos.

Sobre este derecho, Couso (2006: 154) fue precursor de una idea que luego desarrollaría el Comité de Derechos del Niño (2009) acerca del carácter procesal del ejercicio de participación enfrente de quienes lo entienden de forma episódica, donde bastaría haber sostenido una entrevista confidencial para haber resguardado el derecho.

Este derecho no se satisface simplemente consultando la opinión del niño en una oportunidad a lo largo del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas que ya han sido previamente definidas, sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida).

Que niñas y niños sean sujetos activos de este derecho significa que ellas y ellos, y solo ellas y ellos, pueden decidir cuándo, dónde y cómo ejercerlo. La mirada adultocéntrica aún se cuela en el sistema cuando jueces de familia resuelven —a veces amparándose en un discurso de «no revictimizar»— no escuchar a los niños que lo han pedido o entender que basta que el curador lo escuche para sentirse exceptuados del deber.

Con acierto sostiene Maldonado (2016: 165) que «el juez carece de potestad para restringir este derecho si la ley nada ha señalado acerca de cuáles son las limitaciones a su ejercicio».

Finalmente, es evidente que si el niño o niña realiza una denuncia —por bullying en el colegio, por maltrato psicológico en el hogar— el juez tiene el deber de todo funcionario público de denunciar los delitos al sistema penal, debe además realizar

todas las acciones de protección a su alcance, que pueden comenzar por el cambio de residencia o por la revisión inmediata de la internación y debe informarle al niño o niña las acciones que ha tomado en respuesta a su petición o denuncia.

Elementos justificatorios

El artículo 74 de la Ley 19.968 debe leerse ahora junto al 24 inciso tercero de la ley 21.302 y construyen un marco que le impone al jurisdicente una serie de exigencias en términos de justificación de la decisión de internación: (3.1.) la *estricta necesidad* para la salvaguarda de derechos y (3.2.) la inexistencia otras medidas alternativas (carácter de *ultima ratio*).

Artículo 74. Medida de separación del niño, niña o adolescente de sus padres. Solo cuando sea estrictamente necesario para salvaguardar los derechos del niño, niña o adolescente y siempre que no exista otra más adecuada, se podrá adoptar una medida que implique separarlo de uno o de ambos padres o de las personas que lo tengan bajo su cuidado. En este caso, el juez preferirá a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquel tenga una relación de confianza y, solo en defecto de los anteriores, lo confiará a un establecimiento de protección. La resolución que disponga la medida deberá ser fundada.

Del tenor literal de este artículo nos parece que la interpretación judicial debe ser estricta, es decir, que no caben ni las analogías ni las interpretaciones extensivas, y que el artículo pone altas exigencias de fundamentación a la decisión jurisdiccional.

De hecho, la estricta necesidad exige que se acredite explícitamente por el juez que no es posible aplicar otra medida que permita alcanzar efectos protectores similares y que resulte menos gravosa o restrictiva. Es decir, que supone una progresividad en la intensificación de las distintas medidas. Ese orden nos parecía suficientemente claro en su escalonamiento en la LTF (Estrada 2018), pero la Ley 21.302 ha venido a asentar muy explícitamente esta jerarquía en su artículo 24 inciso tercero. Además, la exigencia de estricta necesidad requiere la ponderación de costos y beneficios, principalmente desde la perspectiva del niño (Couso, 2006).

Este requisito justificatorio es expresivo de una racionalidad que se funda en el antiguo principio jurídico de evitar el daño, es decir, que el impacto dañoso que la internación siempre conlleva en términos psicosociales y la intensa afectación de derechos fundamentales sea lo más atenuada posible.

La otra exigencia es la inexistencia de otras medidas alternativas (carácter de *ultima ratio*). Este elemento, complementario al anterior y muy cercano conceptualmente, significa que debe acreditarse que la oferta disponible de recursos familiares, comunitarios o institucionales no es capaz de asumir la complejidad del caso. No basta un examen en abstracto sino uno en concreto, que se haga cargo de las exigencias del artículo 24 incisos tercero y quinto.

A su turno, el artículo 30 de la LM indica que sólo procede (c) «para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad» y si resulta indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado.

Nos parece que esta exigencia constituye también un deber de apreciación en concreto. Es decir, que el juez debe ponderar el daño para la integridad física o síquica, en relación entre la situación de daño o riesgo en la familia del niño versus la situación de daño o riesgo en el específico centro residencial al que enviará. No caben apreciaciones en abstracto sobre los beneficios de la oferta residencial sin hacerse cargo de la realidad, muchas veces lamentable, de esta. Este duro juicio se funda en varios documentos académicos y oficiales, no en apreciaciones subjetivas del autor (Farías, 2002; Muñoz, 2005; Jeldres y Bascuñán, 2012; Marchant, 2014; Comisión Especial Investigadora, 2017; Alzola y otros, 2018; Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018; Comité, 2018 y Ceballos y otros, 2018).

La fundamentación judicial, con base precisa en estos elementos justificatorios, debe estar presente no solo en el momento decisorio respecto de la internación (ya como cautelar, ya como medida definitiva) sino también y sobre todo, en el momento de la revisión. Esto conlleva atender a la dinámica de la justificación. Puede que el ingreso a una residencia sea un acontecimiento que resulte más dañoso que todo lo que previamente se quería evitar. Es necesario ajustar las medidas a la evolución de los informes y producir las modificaciones que sean necesarias lo más pronto posible. Esto no debiera ser sino de excepcional ocurrencia, pero parece preciso considerarlo igualmente.

Presupuestos

Creemos que junto a los principios revisados y los elementos justificatorios es posible distinguir dos tipos de situaciones —que denominaremos presupuestos— que habilitan la decisión de internación: la grave vulneración de derechos (producida o por producirse) y la ponderación de la respuesta institucional a esta vulneración, y que cada uno admite algunas distinciones.

1) Grave vulneración: Es necesario comenzar remarcando la ausencia de una definición en la ley o en una línea jurisprudencial³³ acerca de la expresión «vulneración grave». Este serio problema de vaguedad es correctamente identificado por Domínguez Hidalgo (2018) y por Lathrop (2018).

33. De los escasos pronunciamientos judiciales al respecto podemos destacar el siguiente: «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.» Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago, 8 de febrero de 2016, RIT P 5937-2015.

La grave vulneración puede producirse de dos maneras: daño y riesgo. Estamos ante una situación de daño cuando ya se ha producido la afectación significativa de alguna condición en su ámbito de desarrollo físico, psicológico o afectivo. Por ejemplo, un niño que fue brutalmente golpeado por sus padres. Estamos ante una situación de riesgo cuando existe la inminencia de una situación de daño serio, pero este aún no se ha producido. La distinción nos parece útil porque en el primer caso no se necesita una estimación de riesgo sino del impacto del daño ya producido. No se puede tratar de igual forma al padre que ya ha dejado solo a su hijo que a quien aún no lo hace.

La evaluación del riesgo hace patente la inexistencia en nuestro sistema de instrumentos para la ponderación estructurada de este, que limiten la subjetividad de los evaluadores e introduzcan focos para orientar la intervención como el español Balora (Arruabarrena & Hurtado, 2018).³⁴

En ambas hipótesis es necesario que el tribunal mantenga preocupación por la calidad de la información, en especial, por la fuente (¿quién lo supo?, ¿cómo lo supo?) de modo de escrutar la formación y experiencia del informante. Además, en la apreciación de la calidad de información es imprescindible distinguir entre observación de hechos y el análisis y opinión de informante. La judicatura de familia debe asumir un rol de recepción crítica de la información proveniente de organismos colaboradores del Servicio de Protección Especializada. No se trata sino del ejercicio reflexivo propio del Poder Judicial de cualquier país.

Un ejemplo en derecho comparado de este estándar lo encontramos en el Estado de Nueva York donde se exige probar «(1) la gravedad del problema (cuáles serían las posibles consecuencias si ocurriera el daño amenazado), y (2) la inminencia del riesgo (qué tan probable es que el daño podría ocurrir). Ver, por ejemplo, NY FAM. CT, ACT § 1027 (b); Colo. REV. ESTAD. § 19-3-401 (2014) (que exigen razones de peso para la remoción).»³⁵

2) La ponderación de respuesta a la grave vulneración es el segundo presupuesto de la internación y debe seguir la secuencia estatuida en el artículo 24 de la Ley 21.302: posibilidad de cuidado con familia de origen, con familia extendida, con adulto de red próxima, con familia de acogida. Aquí el problema más acuciante es la carencia de información oportuna y pertinente.

En segundo lugar, es preciso que la ponderación reconozca el límite que le plantea el inciso cuarto del artículo 24: «Los niños y niñas entre cero y tres años de edad serán siempre acogidos en modalidad familiar».

Un tercer elemento a considerar en esta ponderación es la propuesta de un estándar de esta respuesta estatal: se deben haber hecho esfuerzos razonables para evitar la separación.

34. Disponible en <https://bit.ly/3Je63vG>.

35. Shapiro (2015), p. 38.

Es el Estado quien debe justificar que se cumple con el estándar propuesto, que hace operativa la exigencia de *ultima ratio* de toda internación.

Respecto de este momento es conveniente reiterar la importancia del ejercicio de ponderación judicial, para el cual puede ser de utilidad el empleo del conocido test de proporcionalidad. Para esto, debe recordarse que un acto o ley puede reputarse proporcional, y por ende válido, si copulativamente se cumplen tres condiciones: primero, que la intervención de la autoridad sea adecuada para alcanzar el fin que se propone; segundo, que sea necesaria y no tenga una alternativa menos gravosa para el interesado, y tercero, que no sea un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención».³⁶

Esa exigencia de ponderación se encuentra también en derecho comparado, por ejemplo en el *landmark case* de la Corte de Nueva York, *de Nicholson con Scoppetta*:³⁷

El tribunal debe hacer más que identificar la existencia de un riesgo de daño grave [...]. Él debe sopesar, en el conjunto de hechos que tiene ante sí, si el riesgo inminente para el niño se puede mitigar con esfuerzos razonables para evitar la remoción. Debe balancear ese riesgo contra la eliminación de daños que puede traer, y debe determinar de hecho cuál es el curso de acción que más le conviene al niño (traducción es nuestra).

Nuestra Corte Suprema ha sostenido, luego de citar los artículos 30 de la Ley de Menores y 74 de la Ley de Tribunales de Familia en un caso muy interesante, lo siguiente:

Que como puede apreciarse la decisión de los sentenciadores contenida en el fallo que se impugna, no se sustenta en ninguna de las hipótesis que la ley contempla y bajo cuyo amparo se justifica y legitima la aplicación de una medida de la naturaleza de la dispuesta, esto es, aquella que ordena la internación de una niña menor de edad en un centro de protección, provocando la separación de su familia. En efecto, los jueces del grado, no obstante, disponer una medida tan gravosa y radical como es la de que se trata, no justifican su aplicación del modo que lo prescribe la ley, es decir, bajo la premisa de no existir otra posibilidad de brindar el amparo necesario a la menor que no sea esta privación de su hogar de origen, no satisfaciéndose así la exigencia de fundamentación adicional, a toda resolución judicial, que ha establecido el legislador, en la materia.³⁸

Por su parte, Cantwell y Holzscheiter plantean que el examen de «idoneidad» debe velar porque la institución se ajusta, de manera positiva, a las necesidades del niño en cuestión, en un momento dado, con el futuro de ese niño en mente.

36. Tribunal Constitucional, 3 de marzo de 2016, rol 2743-2014, considerando decimoctavo.

37. *Nicholson v. Scoppetta*, 3 N.Y.3d at 378, 820 N.E.2d at 852, 787 N.Y.S.2d at 208 (2004). Disponible en <https://bit.ly/3edrjU7>.

38. Corte Suprema, 9 de septiembre de 2010, rol 5.323-2010

Este aspecto de la idoneidad, por lo tanto, no solo depende de la validez del proceso de toma de decisiones con respecto a la ubicación [la internación] de un niño determinado, incluido un sistema eficaz de «control de entrada (*gatekeeper*)» y la disponibilidad de una gama completa de opciones de ubicación en la práctica, sino que también está vinculado a la obligación de garantizar la «revisión periódica» de cualquier ubicación con fines de cuidado y protección (artículo 25). Igualmente, pone en juego la correcta aplicación del derecho del niño a que su interés superior sea el fundamento de todas las decisiones (artículo 3) y que se tengan en cuenta sus opiniones al respecto (artículo 12).³⁹

El examen de la idoneidad de la respuesta proteccional exige que la medida que específicamente se aplique (por ejemplo, el ingreso al Cread Pudahuel) sea apta para alcanzar el fin proteccional buscado. Este examen se extiende, una vez iniciada la medida, a la construcción del plan de intervención, como advierte Trivendi (2019).

A menudo, la propia agencia de protección infantil ni siquiera sabe a dónde irá el niño o niña cuando se ordene la separación de los padres. Esto puede llevar a que niños y niñas sean colocados en centros provisionales u hogares de crianza temporal mientras se identifica una ubicación permanente. E incluso cuando se ubica un hogar, se piensa poco en cuál sería el mejor lugar para el niño o niña.

Es decir, puede ser legítimo y justificado que el niño sea internado. Otra cosa diferente es dónde lo será. Esto es particularmente complejo en la realidad nacional donde, incluso en Santiago y aún más en regiones, se suele contar con escasos cupos en residencias y la idea de poder elegir una que se ajuste a las necesidades del niño parece una utopía. Lo que termina ocurriendo es que es el niño quien debe ajustarse a la residencia. Hoy esa derivación pasa a ser responsabilidad del Director regional del Servicio de Protección Especializada (artículo 19 de ley 21.302), pero —como ya hemos aludido previamente— persisten las facultades de control de la medida de la judicatura.

Una forma de darle operatividad a este ejercicio de modo de revisar la concurrencia de estos tres presupuestos se encuentra en Estrada (2018: 25) y consiste en una pauta de preguntas:

- ¿Existe algún miembro de la familia de origen o extendida que pueda cuidar al niño?
- ¿Cómo consta esa información y a quién?
- ¿Existe alguien en las redes de la comunidad territorial o en redes más amplias que pueda hacerse cargo del niño?
- ¿Qué acciones precisas van a desarrollarse durante la internación?

39. Cantwell y Holzscheiter (2008), pp. 58-59.

- ¿Cómo se va a reparar la grave vulneración de derechos que afecta al niño?

Otro ejemplo práctico de lo anterior está en el Manual madrileño de protección donde se indica que la separación solo deberá proponerse cuando se constate la imposibilidad de asegurar la protección y el bienestar del menor en el domicilio familiar a causa de la presencia de una o varias de las siguientes circunstancias:

- La peligrosidad de las condiciones en que vive o de la desprotección que está sufriendo.
- Su elevada vulnerabilidad.
- La ausencia o no disponibilidad de sus padres o responsables legales.
- La ausencia total o extrema limitación en la capacidad de los padres o responsables legales para hacerse cargo adecuadamente del cuidado del menor.
- La falta de conciencia en los padres o responsables legales de sus deficiencias en el cuidado del menor.
- La falta de colaboración de los padres o responsables legales en la intervención de los SSM.
- La falta de fiabilidad del compromiso de los padres o responsables legales respecto al cuidado del menor.
- La propia manifestación de los padres o responsables legales de poder perder el control o hacer un daño severo al menor.
- La inexistencia de personas o factores de control en el entorno familiar que puedan proteger al menor (Ayuntamiento de Madrid, 2008, p. 169).

3) Luego, encontramos el sistema residencial donde el ingreso debe estar precisamente orientado a objetivos específicos y determinados que deben ser claros y posibles de alcanzar. Específicos, por cuanto debe precisarse el objetivo que debe alcanzar el plan de intervención que a su vez debe corresponder a la intervención en la específica vulneración de derecho que fue acreditada. Determinados, pues deben ser posibles de alcanzar. Una medida de protección no es una herramienta de perfeccionismo moral. Es un proceso de acompañamiento o de intervención que debe contener hitos que permitan hacer visible la marcha del proceso.

En suma, la evaluación de la idoneidad tiene así dos dimensiones. Una, respecto de la oferta residencial, la que se encuentra fijada a través de las orientaciones técnicas de Sename y en los respectivos convenios de funcionamiento de las distintas residencias. Y una segunda, respecto de las específicas vulneraciones identificadas en el caso.

Lama (2019) enfatiza que el examen de idoneidad y necesidad deben quedar

«oportunamente justificados y documentados en la decisión que se adopte. Así, esta decisión debe fundamentarse en las respectivas evaluaciones técnicas».

Un interesante e innovador ejercicio de este proceso de evaluación de idoneidad se encuentra en el fallo ya comentado de la Corte de Apelaciones de Rancagua (confirmado por la Corte Suprema)⁴⁰ a propósito del recurso de protección que impugnó la orden de ingreso de un niño con serios problemas de salud mental en una residencia de Sename.

11. Que por otro lado, los diagnósticos médico-psiquiátricos del joven apuntan a que éste requiere de una internación en un centro especializado de salud mental, ya que presenta un cuadro psiquiátrico complejo y alta vulnerabilidad psicosocial, y que si bien ha registrados múltiples atenciones psiquiátricas ambulatorias, ellas no han tenido el efecto estabilizador deseado, y por lo tanto requiere de una internación en un espacio residencial de alta protección y con cuidados especiales, que satisfagan las necesidades de contención, seguridad y apoyo terapéutico integral, al mismo tiempo que favorezcan el desarrollo de sus habilidades cognitivo relacionales y sociales, y una mayor independencia y autonomía, todas cualidades que no posee la residencia del Pequeño Cotolengo.⁴¹

4) Finalmente encontramos dentro de los presupuestos el interés superior del niño (ISN). Es necesario recordar que la Convención en su artículo 9 entiende al ISN como el único criterio justificatorio de una decisión de separación de los padres (Cillero, 2016: 111), por lo que todo el proceso argumentativo debe permitir al jurisdicente explicar en qué precisa manera la decisión se ajusta al interés superior del niño del caso concreto, lo que el Comité (2013, párr. 48) denomina la fase de evaluación del ISN, previa a su determinación. Este opera, así, como un elemento que personaliza la decisión aportando el conjunto de características del caso que se adecuan a elementos justificatorios y presupuestos.

También el ISN desempeña una función de control de la decisión al exigir un cierto tipo de argumentación. No cualquier decisión resulta legítima a la luz de las exigencias normativas de la internación. Una internación puede ser fácticamente correcta pero profundamente ilegítima al carecer de una adecuada sustentación.

Para ir en apoyo de este proceso de determinación del ISN, las listas de criterios a examinar son una ayuda como la ha reconocido el Comité (2013, párr. 50 y 51) y por lo mismo el legislador nacional⁴² ha ido introduciendo esta técnica en diversos lugares.⁴³ El proyecto de ley de garantías y protección contiene en su artículo 7 inciso quinto un

40. Corte Suprema, 6 de diciembre 2019, rol 33.900-2019.

41. Corte de Apelaciones de Rancagua, 29 de octubre de 2019, rol núm.7115-2019. Protección.

42. Ravetlat y Pinochet (2015).

43. Es posible encontrar listados de criterios en los artículos 225-2 y 229 del Código Civil y en el artículo 24 de la Ley 20.084.

listado no taxativo de nueve criterios que deben ser considerados en todos los casos y, por ende, también serán aplicables a las decisiones de internación.⁴⁴

Mecanismos de control y revisión

Aunque no se encuentran reguladas sistemáticamente, es posible sistematizar un conjunto de normas que estructuran mecanismos de control y revisión de las medidas de protección.

La primera de ellas es el deber de fundamentación, que constituye el primer control y radica en el deber de fundamentación de las decisiones de internación y de mantención de esa decisión. Respecto de la internación cautelar, el artículo 71 expresamente lo exige en su inciso tercero al disponer: «La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma». Para el caso de la internación como medida definitiva, ya vimos como el artículo 74 contiene las exigencias y finaliza estableciendo que «la resolución que disponga la medida deberá ser fundada.» El artículo 75 refuerza todo lo anterior.

La revisión jurisprudencial que hace Lama (2019) encuentra diversos casos en que por años la decisión de internación carece de fundamentación.

Por todo lo anterior es extremadamente grave la ausencia de sentencias en el sistema proteccional. Esto se produce en virtud de la exención de dictar sentencia contenida en el artículo 62 del Acta 71-2016 de la Corte Suprema.⁴⁵ Lo único con que se cuenta en los expedientes virtuales es el acta de la audiencia en que solo consta la parte resolutive. Y a veces apenas un escueto fragmento de esa parte confeccionado por el encargado de acta.

Que solo exista el acta resulta inmensamente problemático para todo el sistema proteccional ya que es ese documento el que va a orientar el trabajo de intervención de programas y residencias por años. Acceder a los audios es un esfuerzo fuera del alcance de profesionales de los programas. Además, el acta también determina el campo de revisión de medidas que el tribunal realiza cada cierto tiempo. Sin sentencia, sin una construcción del problema psicosocial que desarrolle los presupuestos jurídicos que antes hemos revisado, lo único que queda es la pura facticidad de los operadores del sistema.

44. Un trabajo en curso busca ofrecer lineamientos con esta metodología para jueces de familia chilenos, la Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo residencial de Cillero y otros (2021).

45. Caben dudas jurídicas sobre la legalidad de esa acta, del momento que el contenido de una sentencia está determinado por el legislador y no existe norma legal que faculte a eximir de la sentencia a la judicatura.

La segunda norma es el deber de escuchar al niño. El derecho del niño a ser escuchado tiene como deber correlativo el que recae sobre el tribunal, quien carece de discreción para negarse a ese derecho. El ejercicio de este derecho por el niño resulta un mecanismo de control porque le permite expresar sus preocupaciones ante esta decisión.

Como tercera norma encontramos el recurso de amparo. Como consecuencia de que la internación constituya privación de libertad, la acción constitucional de amparo es un mecanismo idóneo para impugnar algunas cuestiones vinculadas a la internación y que se ajusten a las exigencias del artículo 21 de la Constitución. Hay precedentes cercanos en esta materia⁴⁶ y también en una época anterior.⁴⁷

En cuarto lugar está el recurso de apelación. Por supuesto, este medio de impugnación debiera ser una herramienta empleada por litigantes. El problema práctico es que en muchos tribunales del país la designación de curador, como ya dijimos, es posterior a la decisión de internación con lo que ese acto queda exento de control por este mecanismo. Nuevamente el carácter de privación de libertad debería jugar un papel y exigir a los tribunales superiores del país otorgarle la celeridad a la vista del recurso que esta situación conlleva, tal cual ocurre con la privación de libertad de los casos de la ley 20.084 de responsabilidad penal adolescente.

Como quinta norma está la audiencia de revisión con presencia de niño. Las medidas de protección son esencialmente temporales, su existencia se acota a la persistencia de la vulneración y hasta su reparación. La revisión de la medida de internación siempre debe ser en audiencia. Pretender que basta la revisión de un informe de algunas páginas significa no comprender la afectación de derechos fundamentales en juego en la internación. Los sistemas orales de justicia están contruidos sobre la idea básica y central de que es en el escenario de oralidad e intermediación que se le puede proporcionar información de calidad al jurisdicente para la toma de decisiones. Esto es especialmente cierto en materia proteccional donde puede haber numerosas preguntas que ni el mejor documento escrito va a poder contestar jamás. Además, resolver sin audiencia implica, en la práctica, impedir el ejercicio del derecho del niño a ser oído, ya directamente o a través de su representante.

Como ha remarcado la destacada profesora Gómez de la Torre (2018: 131), «el juez en la sentencia debe señalar cuál es la opinión del menor, fundamentando si dicha opinión fue o no tomada en cuenta. Una resolución judicial contraria a la opinión del niño o niña o adolescente deberá señalar las razones por la que resulta perjudicial para sus derechos, circunstancias que deben acreditarse mediante prueba rendida

46. Corte Suprema, 18 de junio de 2018, rol 12.994-2018 y Corte Suprema, 7 de marzo de 2019, rol 5563-2019.

47. Corte de Apelaciones de Santiago rol 9818 – 2003, de 25 de abril del 2003, rol 13532 – 2003, de 17 de junio de 2003, rol 16.373-2003, de 25 de junio de 2003, entre otros.

en la causa. En caso de que no se escuche al niño, niña o adolescente la sentencia es anulable, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema».

La nulidad es una consecuencia procesal para una prórroga de internación efectuada sin audiencia. Pero además el niño es portador de información sobre el proceso de intervención. Y como propone Couso (2006), siendo sobre quien recae el peso de la medida, su opinión debe ser apreciada con un peso mayor.

La revisión cobra especial relevancia a partir de diversas informaciones (Lathrop 2014) sobre la indeterminación del plazo de las medidas de protección.

En el sexto lugar existe la audiencia con presencia de curador como requisito de validez. Como dijimos más arriba, muchas veces la decisión de internación se adopta en audiencia sin presencia de curador. Esta es una abierta violación al derecho a la defensa y, en consecuencia, al principio constitucional del debido proceso.

En séptima instancia está el deber de visitar residencias. Las visitas establecidas en el artículo 78 de la LTF también son, evidentemente, mecanismos de control de la internación, en este caso, de las condiciones en que se desarrolla.

Y por último encontramos como última norma el control de informes. Rol de los Centros de control y cumplimiento de las medidas de protección. El Poder Judicial ha establecido una unidad especial a cargo del control y cumplimiento de las medidas de protección que desarrolla un rol muy relevante de la gestión judicial del cumplimiento de las medidas y que ha recibido mayores encargos en el Acta 1251-2018 de la Excma. Corte Suprema.

Conclusiones

Tal como plantea Minow (1987) respecto del sistema estadounidense, «la decepción con el tratamiento legal de los niños ha sido un tema recurrente en los círculos legales y políticos durante casi 100 años en este país.» La misma desilusión hemos comenzado a vivir desde hace algunos años en nuestro país.

Sin embargo, la internación proteccional merece la atención de la dogmática jurídica no solo por los derechos fundamentales involucrados (Núñez, 2010), sino sobre todo por el riesgo de daño que puede producir en niños que justamente debían ser protegidos y reparados.

Esto no significa que los tribunales abandonan su rol sino que justamente, en función de su labor de garante de derechos, deben ejercer todas las atribuciones que la ley les entrega para el resguardo de aquellos que deben proteger.

Para ello, es posible configurar incluso en el actual y farragoso marco normativo, una arquitectura de límites que estructure el proceso de toma de decisión y permita su evaluación. Con ese objetivo este trabajo ha procurado, en primer lugar, visibilizar cinco diferentes modalidades en que se produce la internación en nuestro sistema de protección. Algunas son más evidentes y conocidas, otras más opacas y de incierto

estatus legal. Luego, hemos enunciado y configurado un conjunto de principios, derechos, elementos justificatorios y presupuestos de la intervención. Estos constructos debieran poder servir a un juez que debe tomar la decisión de internar para controlar su legalidad y también permitir su evaluación por los litigantes o los superiores jerárquicos del jurisdicente. A continuación, este estudio delineó los mecanismos de control de la decisión de internación, para, finalmente, enunciar algunas regulaciones aún problemáticas en el funcionamiento práctico del sistema.

Internar para proteger no puede ser una descripción del sistema actual sino un constructo a dejar atrás, a la luz de un proceso proteccional ajustado a ejercicios de ponderación y justificación como el que se ha propuesto en estas líneas.

Referencias

- ALZOLA, Javiera, María Elena Arzola, Carol Bown, Francisca De Iruarrizaga, Francisco Estrada, Francisca González, Paulina Henoch, Blanquita Honorato, Sergio Morales y Juan Pablo Venegas (2018). *La infancia vulnerada*. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo y Fundación Miguel Kast
- ARRUABARRENA, Ignacia y Miguel Ángel Hurtado (2018). «Instrumento BALORA para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo y desamparo infantil: Elaboración, implantación, fundamentos conceptuales y contenido». *Revista de servicios sociales*, (66): 5-19. Disponible en <https://bit.ly/3yLjtjwa>.
- ATTAR-SCHWARTZ, Shalhevet y Mona Khoury-Kassabri (2015). «Indirect and verbal victimization by peers among at-risk youth in residential care». *Child Abuse & Neglect*, 42: 84-98. DOI: [10.1016/j.chiabu.2014.12.007](https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2014.12.007).
- AYUNTAMIENTO DE MADRID (2008). *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la protección de menores*. Disponible en <https://bit.ly/3oFoy7c>.
- BAVESTRELLO, Irma (2003). *Derecho de menores*. Santiago: Lexis-Nexis.
- BERNALES, Martín y Francisco Estrada (2002). «Niños y adolescentes. Policías y centros privativos de libertad». En Francisco Cox (editor), *Tortura, derechos humanos y justicia criminal en Chile (Resultado de una investigación exploratoria)* (pp. 115-157). Santiago: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y CEJIL Chile. Disponible en <https://bit.ly/3cwbsbo>.
- BELOFF, Mary (2004). «Protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular». En Mary Beloff, *Los derechos del niño en el sistema interamericano* (pp. 1-46). Buenos Aires: Del Puerto. Disponible en <http://bit.ly/38E2yoN>.
- . (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 <http://bit.ly/2NWxxoG>.
- CANTWELL, Nigel (2007). «Words that speak volumes». *18 Candles. The Convention*

- on the Rights of the Child reaches majority*. Institut international des droits de l'enfant. Disponible en <https://bit.ly/3FGoQNV>.
- CANTWELL, Nigel y Anne Holzscheiter (2008). «Article 20: Children deprived of their family environment». En Allan Alen y otros (editores), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publisher.
- CAPPELAERE, Geert (2005). *Children deprived of liberty: rights and realities*. Amsterdam: Éditions Jeunesse et droit.
- CARABINEROS DE CHILE (2020). *Informe comportamiento del fenómeno de presuntas desgracias de menores de edad periodo 2010-2019*. Disponible en <https://bit.ly/2Ym9oYg>.
- CEBALLOS, Francisco, Carolina Sotelo y Gonzalo Hevia (2018). *Informe Análisis del funcionamiento residencial en centros dependientes del Servicio Nacional de Menores*. Policía de Investigaciones de Chile. Disponible en <https://bit.ly/32Q7FLC>.
- CIFUENTES, Mercedes, Rosa Camhi, Miguel Cillero, Pedro Canales, Rosana Latuf y Gonzalo Simon (1991). *Niños chilenos nos necesitan: Menores en situación irregular*. Santiago: Fundación Miguel Kast.
- CILLERO, Miguel (1996): «Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos». En Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), *Sistema jurídico y derechos humanos*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- . (2016). «La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo». En Clara Martínez (coordinadora), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (pp 85-121). Pamplona: Aranzadi.
- CILLERO, Miguel, Ester Valenzuela, Francisco Estrada y Nicolás Soto (por aparecer). *Manual para curadores ad litem que representen jurídicamente a niños y niñas*. Santiago: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y CIDENI.
- CILLERO, Miguel, Ester Valenzuela, Soledad Larraín, Fabiola Lathrop, Francisco Estrada y Anuar Quesille (por aparecer). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en casos de medidas de protección especialmente vinculadas al cuidado alternativo residencial*. Santiago: CIDENI, UNICEF y Poder Judicial.
- CLEMENSA, Vera, Ulrike Hoffmann, Elisa Königa, Cedric Sachser, Elmar Brählerb y Jörg Fegerta (2019). «Child maltreatment by nursing staff and caregivers in German institutions: A population-representative analysis». *Child Abuse & Neglect*, 95. DOI: [10.1016/j.chiabu.2019.104046](https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2019.104046).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2013). *Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. Disponible en <https://bit.ly/3mtBqYU>.

- COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA CÁMARA DE DIPUTADOS (2017). *Informe comisión especial investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la comisión investigadora del Sename en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental*. Cámara de Diputados. Disponible en <https://bit.ly/3uQ4yx6>.
- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO (2009). *Observación general 12. El derecho del niño a ser escuchado*. CRC/C/GC/12. Ginebra: Comité de Derechos del Niño. Disponible en <https://bit.ly/3Je4sWI>.
- . (2018). *Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*. Ginebra: Comité de Derechos del Niño. Disponible en <https://bit.ly/3ackeBf>.
- COUSO, Jaime (2006). «El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído». *Revista derechos del niño*, 3 y 4: 145-166. Disponible en <https://bit.ly/3azoA2m>.
- CSÁKY, Corinna (2009). *Keeping children out of harmful institutions: Why we should be investing in family-based care*. Save the Children. Disponible en <https://bit.ly/3uGUQwR>.
- DEPARTAMENTO DE DESARROLLO INSTITUCIONAL (2019). *Informe nacional de visitas a hogares y residencias de protección de red Sename y privados*. Santiago: Corporación Administrativa del Poder Judicial. Disponible en <https://bit.ly/3gEdNbT>.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2018). «Hacia un concepto de vulneración de derechos». En Domínguez Hidalgo, Carmen (coordinadora), *Estudios de Derecho de Familia III*, (pp. 411-434). Santiago: Thomson Reuters.
- DUMITRIU-SEGNANA, Eugenia (2006). «Case Law of the European Court of Human Rights related to child rights, role of the families and alternative care». Informe presentado en la Conferencia Internacional sobre Derechos del Niño, Bucarest, Rumania, 2 y 3 de febrero de 2006. Disponible en <http://bit.ly/38lqJ44>.
- ELLONEN, Noora y Tarja Pösö (2011). «Violence experiences in care: Some methodological remarks based on the Finnish child victim survey». *Child Abuse Review*, 20: 197-212. DOI: [10.1002/car.1181](https://doi.org/10.1002/car.1181).
- ESTRADA, Francisco (2015a). «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](https://doi.org/10.5354/0719-5516.2016.41513).
- . (2015b). «La ilusión de la protección». *Revista de Familias y Terapias*, 39: 21-39. Disponible en <https://bit.ly/2J7wHr1>.
- . (2018). «Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas». *Revista Estudios de la Justicia*, 28: 1-50. DOI: [10.5354/0718-4735.2018.50370](https://doi.org/10.5354/0718-4735.2018.50370).
- . (2019). *Una propuesta para la defensa jurídica de niños internados: El modelo INFAJUS*. Santiago: Infajus. Disponible en <https://bit.ly/32WYJQn>.

- . (2021). Ley 21.302 Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica. Introducción y edición de Francisco Estrada V. Santiago, Infajus. Disponible en <https://bit.ly/3yVuAkz>.
- . (en revisión). «La internación proteccional de niños en el derecho internacional de los derechos humanos».
- EUSER, Saskia, Lenneke R.A. Alink, Anne Tharner, Marinus H. van IJzendoorn, Marian J. Bakermans-Kranenburg (2014). «Out of home placement to promote safety?: The prevalence of physical abuse in residential and foster care». *Children and Youth Services Review*, 37: 64-70. DOI: [10.1016/j.childyouth.2013.12.002](https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2013.12.002).
- FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE E INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, OEA (1983). *Curso internacional de especialización para jueces de menores y de familia*, Santiago: Jurídica de Chile.
- FARÍAS, Ana María (2002). «Uso del internado en el sistema de protección simple en Chile». En Mario Ferrari y otros (coordinadores), *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). Florencia: publicaciones Inocenti, UNICEF. Disponible en <https://bit.ly/3uJYhTx>.
- GARCÍA, Gonzalo y Pablo Contreras (2013). «El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». *Estudios constitucionales*, 11 (2): 229-282. DOI: [10.4067/S0718-52002013000200007](https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007).
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (2004). «Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias». *Infancia: De los derechos y de la justicia* (pp. 1-55). 2º edición. Buenos Aires: Editores del Puerto. Disponible en <https://bit.ly/30AwVhu>.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (2018). «Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos». *Revista de Derecho*, (18): 117-137. DOI: [10.22235/rd.v18i2.1703](https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703).
- GREEVEN, Nel y Verónica Valenzuela (2019). *Manual para la intervención con niños, niñas y adolescentes en riesgo o vulnerados en sus derechos humanos*. Santiago: Academia Judicial. Disponible en <https://bit.ly/3lc3UXp>.
- HUNTER, Iván (2007). «Poderes del juez civil: Algunas consideraciones a propósito del juez de familia». *Revista de Derecho*, 20 (1): 205-220. Disponible en <https://bit.ly/3EFbPDc>.
- ILLANES, Alejandra (2021). «Derecho del niño a vivir en familia: obligaciones para el Estado y responsabilidad por falta de servicio en el cuidado de niños, niñas y adolescentes bajo protección estatal». En A. Illanes y A. Vidal (directores), *Estudios de derecho de familia V* (pp-309-337). Tirant Lo Blanch Chile. Indias, Silvia, Ignacia Arruabarrena y Joaquín De Paúl (2019). «Child maltreatment, sexual and peer victimization experiences among adolescents in residential care». *Children and Youth Services Review*, 100: 267-273. DOI: [10.1016/j.childyouth.2019.03.014](https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2019.03.014).
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2018). Informe Misión de Observación Sename 2017. Disponible en <https://bit.ly/3iAHFsn>.

- JARA, Eduardo (2011). *Derecho procesal de familia*. Santiago: Jurídica de Chile.
- JELDRES, Mónica y Bascuñán, C. (2012). *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. Disponible en <https://bit.ly/3u3CyoX>.
- KNORTH, Erik J., Annemiek Harder, Tjalling Zandberg y Andrew J. Kendrick (2008). «Under one roof: A review and selective meta-analysis on the outcomes of residential child and youth care». *Children and Youth Services Review*, 30 (2): 123-140. DOI: [10.1016/j.childyouth.2007.09.001](https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2007.09.001).
- LAMA, Belén (2019). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en familia*. Thomson Reuters.
- LATHROP, Fabiola (2014). «La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 22: 197-229. Disponible en <https://bit.ly/3eznxxi>.
- . (2017). «Crisis institucional en Chile: acogimiento residencial como vulneración del derecho del niño, niña y adolescente a la vida familiar». *Anuario de Derecho Público*. Disponible en <https://bit.ly/3mMdyQR>.
- . (2018). «El derecho a la vida familiar del niño privado de cuidados parentales en Chile.» En Carmen Domínguez Hidalgo (coordinadora), *Estudios de Derecho de Familia III* (pp.397-410). Thomson Reuters.MacMillan, Harriet L., C. Nadine Wathen, Jane Barlow, David M. Fergusson, John M. Leventhal y Heather N. Tausig (2009). «Interventions to prevent child maltreatment and associated impairment». *The Lancet*, 373: 250-266. Disponible en <https://bit.ly/2YsiVvx>.
- MAIER, Julio (2000). «Los niños como titulares del derecho al debido proceso». *Justicia y derechos del niño*, (2): 9-17. Disponible en <http://bit.ly/3dCyeab>.
- 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. Disponible en <https://bit.ly/3uKoyOz>.
- MALDONADO, Pedro (2016). «Los derechos de los niños como límites a la discrecionalidad del Estado». *Revista de Estudios Judiciales*, (2-3): 159-176. Disponible en <http://bit.ly/38oZu9o>.
- MARCHANT, Matías y otros (2014). «Niños internados en Chile». *Acompañamiento terapéutico con niños internados*. Santiago: Cuarto Propio.
- MINOW, Martha (1987). «The public duties of families and children». En Francis X. Hartmann (editor), *From children to citizens. Volume II. The role of the juvenile court*, (pp. 3-21). Springer-VerlagMunro, Eileen (2011). *The Munro Review of Child Protection: Final Report. A child-centred system*. Londres: Departamento de Educación. Disponible en <https://bit.ly/3AdAtbF>.
- MUÑOZ, Carolina (2005). *Desinternación en Chile: Algunas lecciones aprendidas*. Unicef, Chile. Disponible en <https://bit.ly/2WGOz7K>.

- NOWAK, Manfred (2019). The global study of children deprived of liberty: Report of the independent expert leading the United Nations global study on children deprived of liberty (Secretary General of Nations United). Disponible en <https://bit.ly/3uIpzjtj>.
- 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. Disponible en <http://bit.ly/3byo6Oy>.
- NÚÑEZ, René y Mauricio Cortés (2012). *Derecho Procesal de Familia: La primera reforma procesal civil en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- PINHEIRO, Paulo (2006). Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas. Estudio del experto independiente encargado por el Secretario General de la ONU. Disponible en <https://bit.ly/3qopLLq>.
- RAVETLLAT, Isaac y Ruperto Pinochet (2015). «El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3): 903-934.
- RIZIK, Laura (2014). «Los derechos del niño y la protección a la familia. *El caso Fornerón e hija con Argentina* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, 6: 35-48. Disponible en <https://bit.ly/3lbsqYx>.
- RODRÍGUEZ, Manuel (2020). Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad. *Política criminal*, 15 (29): 452-482. Disponible en <https://bit.ly/3uG5ooA>.
- ROJAS, Jorge (2010). *Historia de la infancia en el Chile republicano, 1810-2010*. Santiago: Junta Nacional de Jardines Infantiles.
- SENAME (2019). Residencia familiar de administración directa para adolescentes. Departamento de Protección de derechos, Sename. Disponible en <https://bit.ly/3pqzKSA>.
- SHAPIRO, Linda (2015). «Challenging the removal of children». En Martin Guggenheim and Vivek S. Sankaran, (editores), *Representing parents in child welfare cases. Advice and guidance for family defenders* (pp. 38-43). Chicago: American Bar Association.
- TRIVEDI, Shanta (2019). «The harm of child removal». *New York University Review of Law & Social Change*, 43: 523-580. Disponible en <https://bit.ly/3aaX12q>.
- UNIDAD DE SEGUIMIENTO ACTA 37 (2021). Informe nacional Oficio Circular 16-2021 Medidas de protección vigentes por territorio jurisdiccional y situación actual de las curadurías al litem de los NNA. Julio 2021. Gentileza de la coordinadora.
- 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. [10.4067/S0718-00122011000100008](https://doi.org/10.4067/S0718-00122011000100008).
- ZURAVIN, Susan J., Mary Benedict y Mark Somerfield (1993). «Child maltreatment in family foster care». *American Journal of Orthopsychiatry*, 63(4): 589-596. DOI: [10.1037/h0079480](https://doi.org/10.1037/h0079480).

Reconocimiento

El artículo es parte de una investigación titulada «La internación proteccional».

Sobre el autor

FRANCISCO ESTRADA es abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Ex director nacional del Servicio Nacional de Menores. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Chile. Su correo electrónico es francisco.estrada1@cloud.uautonoma.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-0487-3178>.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)