

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2019



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2019**

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2019
VV.AA.

Primera edición: noviembre de 2019
ISBN 978-956-314-453-6

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-2) 2676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Francisca Vargas Rivas
Diseño: Mg Estudio

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Atribución – NoComercial – CompartirIgual: Los artículos de este libro pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2019**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO – UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



DERECHOS HUMANOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. INFANCIA PRIMERO: LO PROMETIDO ES DEUDA¹

- 1 Capítulo elaborado por Ester Valenzuela Directora Ejecutiva del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI) y Paula Correa Directora Ejecutiva de Fundación Todas las voces, ambas académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales con la colaboración de los ayudantes de investigación Jorge Fernández abogado y ayudante de Derecho Penal y Daniela Inostroza alumna de la Universidad Diego Portales.

SÍNTESIS

Este capítulo del *Informe* revisa aquellos temas que han tenido impacto y han suscitado mayor preocupación a nivel país, respecto a la situación de los niños, niñas y adolescentes. Se abordarán los proyectos de ley actualmente en discusión, sobre la temática, tales como el del Servicio de protección a la niñez, el referido al Servicio de reinserción Social Juvenil, así como la reforma integral al sistema de adopción en Chile. Asimismo, se revisará de forma especial el derecho a ser oído y a la defensa especializada del NNA.

PALABRAS CLAVES: derechos de niños, niñas y adolescentes; derecho a ser oído, imprescriptibilidad sistema de garantía, identidad de género, proyectos de ley, adopción, jóvenes infractores, reinserción social, SENAME.

INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende dar cuenta de los principales hechos ocurridos en el ámbito de los derechos de infancia, entre agosto de 2018 y agosto de 2019, con el propósito de ofrecer una revisión de los avances y retrocesos, incluyendo leyes aprobadas e implementadas durante este periodo, con mayor connotación pública, y algunos de los proyectos de ley actualmente en discusión. Incluimos este año, un análisis de la respuesta que el Estado de Chile dio al Informe emitido, en mayo de 2018, por el Comité de Derechos del Niño, luego de que se activara el protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), relativo a un procedimiento de comunicaciones (en conformidad a su artículo 13 sobre procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas). En su respuesta, Chile se compromete a ejecutar una serie de medidas encaminadas a solucionar varios de los problemas y vulneraciones denunciadas por el Comité. Adicionalmente, este capítulo abordará un tema esencial para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), esto es, el derecho a ser oído y el derecho a contar con una defensa especializada, considerando que se trata de dos grandes deudas que el Estado de Chile tiene con la infancia de este país.

Por lo tanto, el capítulo se ha dividido en tres partes. La primera, comprende un análisis de algunos de los proyectos de ley discutidos este último año y que, en nuestra opinión, son los de mayor relevancia en el actual contexto nacional. En este punto, también analizamos aquellas iniciativas legislativas que vieron la luz en este periodo y que se convirtieron en leyes de la República. En la segunda parte, abordamos el derecho a la participación, uno de los principios estructurantes de la CDN, vinculado a la representación judicial. En la tercera parte, analizamos la respuesta del Estado de Chile al Comité de Derechos del Niño, en el contexto de la denuncia ya mencionada.

LEYES Y PROYECTOS DE LEY: AVANCES, RETROCESOS Y ESPERAS

Durante el periodo, entre agosto de 2018 y agosto de 2019, vieron la luz dos leyes muy relevantes desde la perspectiva de los derechos humanos de los NNA: la Ley de Identidad de Género y la Ley de Imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de edad.

1. Ley de Identidad de Género: a la espera de su entrada en vigencia

Pese a contar con una Ley de Identidad de Género aprobada hace un año, esta no ha entrado aún en vigencia y es probable que debamos esperar algunos meses para que eso suceda. El cambio que se debe producir no es meramente normativo, pues se requiere que los organismos vinculados se adapten institucionalmente a este nuevo paradigma sobre identidad de género.

El gobierno, recién a fines de junio de 2019, ingresó a la Contraloría General de la República dos reglamentos para la implementación y entrada en vigencia de la ley de Identidad de Género, cuestión que se producirá una vez que hayan transcurrido 120 días desde que este organismo tome razón de ambos reglamentos. El 29 de agosto, la Contraloría aprobó los dos reglamentos, por consiguiente, la ley entrará en vigencia a fines de diciembre, asumiendo como desafío importante la capacitación de todos los servicios del Estado para su adecuada implementación. Para la comunidad trans resulta preocupante que el alcance de esta ley solo se limite a la posibilidad de cambiar el nombre y el sexo registral de forma administrativa, un proceso que en la actualidad ya se puede llevar a cabo través de la vía judicial. Como señala Constanza Valdés, activista trans y licenciada en Derecho de la Universidad Diego Portales, este es “un proyecto de ley bastante minimalista. La discusión que se dio, nunca buscó y pretendió hacerse cargo de materias relacionadas, como, por ejemplo, con el tema del trabajo, la educación o en otros ámbitos como la vivienda. En ese sentido, la discusión durante gran parte de la tramitación estuvo fuertemente marcada solamente por el reconocimiento de la identidad de género”. Valdés agrega que la ley corresponde, “en términos prácticos, básicamente al cambio de cédula de identidad y actualización de los datos en todos los registros públicos y privados. En ese sentido es una ley que establece un piso mínimo para la comunidad trans”.¹ Otra de las grandes críticas a esta ley es que no existió voluntad política para hacerse cargo de los temas de salud, es decir, el acceso gratuito a la cobertura de tratamientos médicos que impliquen los procesos de transición, tales como cirugías y tratamientos hormonales.

1 Radio U. de Chile: Columna de opinión de Agustín Alvarado: “El piso mínimo que establece la Ley de Identidad de Género”. 30 de agosto de 2019.

Otros desafío que traerá la implementación de la ley es la actualización de los sistemas (salud, educación, etc) que aún no están resueltos: Al realizar una persona (incluidos menores de edad) la rectificación por cambio de género en el Registro Civil, este organismo cambia el nombre y sexo registral en la cédula de identidad y en todos los servicios asociados a clave única, sin embargo, hay otros órganos y entidades que no realizan dicho cambio, como las AFP, las ISAPRE y los servicios privados.² Por lo tanto, esos organismos deben actualizar sus sistemas.

Otro conflicto, que al no quedar zanjado por esta normativa tendrá que ser resuelto en el camino, se refiere a qué pasará con la inscripción de hijos de mujeres trans lesbianas que no se sometieron a intervenciones quirúrgicas y que podrán engendrar hijos con sus parejas. En este caso, es probable que el Registro Civil proceda a inscribir a esos niños como hijos de dos madres, y lo mismo puede ocurrir respecto de hombres trans gay. Frente a esta incertidumbre, el Estado deberá estar a la altura y considerar el interés superior de ese niño, su derecho a la identidad (artículos 3 y 8 de la CDN)³ y a reconocer e inscribir efectivamente a quienes son sus padres o madres.

El respeto del derecho a la identidad de los NNA transgénero involucra también el respeto de su vida privada y de su autonomía (artículo 7 y 11 de la Convención Americana).⁴ Como se señaló en el *Informe 2018*, la exclusión de los menores de 14 años de la posibilidad de acceder a la rectificación de su sexo y nombre registral “les negó su derecho a la identidad, al desarrollo, a la no discriminación, el derecho a ser oídos, como sujetos de derechos, a la vida privada y a la autonomía”.⁵ Este grupo en particular de NNA, si bien ha sido incorporado en la nueva legislación, continúa en la imposibilidad de acceder al reconocimiento total de su identidad de género.

2. Ley 21.160 que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad

El jueves 18 de julio de 2019, se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.160 sobre imprescriptibilidad de la acción penal de los delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad. Esta figura no es inédita

2 Emol: “Identidad de género: Registro Civil ha realizado 535 cambios de sexo desde que comenzó la discusión de la ley”. 29 de junio de 2019.

3 Artículos 3 y 8 de la CDN y Observación General 14 sobre Interés Superior del Niño en www.unicef.cl.

4 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, solicitada por la República de Costa Rica, identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24 de noviembre de 2017, párr. 150.

5 Ester Valenzuela y Macarena Arismendi, “Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes: ¿la infancia primero?”, en Tomás Vial (ed.). *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2018, pp. 169-210.

en el derecho comparado, ya que países como Suiza o, más recientemente, Ecuador la estipulan dentro de su Carta Fundamental. Estados Unidos, en tanto, contempla dentro de su regulación a nivel federal la no prescriptibilidad de ciertos delitos, como el secuestro o los abusos sexuales, cuando afecten a menores de edad.⁶

La prescripción de la acción penal es una decisión político criminal dirigida a consolidar materialmente situaciones jurídicas, fundada en que, a medida que transcurre el tiempo, la necesidad de imponer una pena, en base a fines preventivos generales y especiales, se desvanece.⁷ A lo anterior, algunos autores suman argumentos de seguridad jurídica⁸ y procesales probatorios.

En cambio, la construcción argumentativa de la imprescriptibilidad se ha desarrollado a partir de la lucha contra la impunidad en el derecho penal internacional,⁹ en contextos donde las vulneraciones son cometidas por el mismo Estado o sus agentes. En ellos, la facultad de iniciar una persecución penal ofrece a la víctima una reafirmación jurídica de su dignidad como ser humano y la búsqueda de verdad jurídica.¹⁰ El espacio para la víctima, dentro del sistema de justicia penal, parece no estar orientado a erigir un derecho al castigo sobre su victimario, en términos retributivos, sino a abrir espacios de restauración o reparación del daño ocasionado.¹¹

La nueva regulación de la Ley 21.160 recoge esta preocupación por la dignidad de la víctima, por medio de lo que ha denominado

6 18 U.S.C. 3299. "Notwithstanding any other law, an indictment may be found or an information instituted at any time without limitation for any offense under section 1201 involving a minor victim, and for any felony under chapter 109A, 110 (except for section [1] 2257 and 2257A), or 117, or section 1591".

7 En este sentido, Enrique Cury, *Derecho Penal, Parte General*, Santiago, Ediciones UC, 2011, p. 798. En palabras de Cury, "después de veinte años de cometido un robo, un homicidio o una violación, ya no sólo es inútil sino inconveniente perseverar en la idea de castigar a sus autores si el hecho es descubierto recién o si, habiéndoselo conocido, no se había podido encontrar a quienes lo ejecutaron. En el intervalo, la paz de la convivencia a que el hecho afectó se habrá restablecido, y existen buenos motivos para suponer que quienes intervinieron en él se han reinsertado en el grupo social, al cual sería absurdo perturbar sustrayéndolos".

8 Sin embargo, tiene razón Gómez cuando afirma que lo que genera inseguridad jurídica no es la imprescriptibilidad en sí misma, sino un sistema en donde algunos delitos prescriben y otros no. Víctor Gómez, "Imprescriptibilidad y terrorismo: Quo Vademus?", *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 4, 2013.

9 Manuel Cerrada, "La imprescriptibilidad de los delitos. Orígenes, fundamentos y regulación en el derecho comparado y en el Derecho español", *Cuadernos de Política Criminal*, 120, III, 2016.

10 Jesús María Silva, "¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", *Derecho Penal y Criminología*, 29, 2008, pp. 86-87.

11 *Ibid.*, p. 171.

“derecho al tiempo”,¹² esto es, aquella posibilidad de perseguir los delitos en el momento en que se den las condiciones para hacerlo, sin que dicha condición esté sujeta a plazos u otras consideraciones adicionales. Se exige, asimismo, que legisladores y jueces se coloquen en el lugar de la víctima y respeten su proceso interno de reconstrucción de la memoria.¹³ Como parte de la fundamentación de la no prescripción es necesario asumir un enfoque de derechos de infancia y perspectiva de género en el acceso a la justicia.

Los elementos que parecen ser determinantes para la adopción de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores de edad, dicen relación con el contexto político y social que antecede y desarrolla su discusión, el marco normativo internacional de los Derechos del Niño y la Niña, y las graves consecuencias que genera la victimización en los menores de edad.

En Chile, de acuerdo a cifras de la Subsecretaría de Prevención del Delito, de un total de 7.604 víctimas de delitos sexuales registradas en el año 2018, el 63% (4.822) corresponde a menores de edad. Del total de víctimas menores de edad, el 85% (4120) corresponde a niñas y adolescentes.¹⁴ A su vez, contextos que debieran brindar protección se convierten, por el contrario, en lugares de realización común de las vejaciones, donde es más posible la impunidad. Basta recordar que, de acuerdo al Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, el 62% de los abusos sexuales se producen al interior de los hogares.¹⁵ Tampoco podemos obviar los casos de abuso sexual y violación dentro de las iglesias o centros educacionales vinculados a ellas, o aquellos al interior del Sename –denunciados por el Comité de Derechos del Niño, a partir del Informe en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la CDN, realizado el año pasado–, donde la mayoría de las víctimas son niñas.¹⁶

Por otro lado, la CDN, ratificada por el Estado de Chile en 1990, obliga a los Estados parte a adoptar todas las “medidas apropiadas”,

12 Hamilton y otros, *Derecho al tiempo. Fundamentos y propuesta para la imprescriptibilidad de la acción penal respecto a delitos de agresión sexual contra niños, niñas y adolescentes*, 2018. Disponible en: https://abusosexualimprescriptible.cl/wp-content/uploads/2018/04/Propuesta_ASI_Imprescriptible_-_Abril-2018_con-resumen_2.pdf

13 Carlos Cabezas, “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXII N° 1, 2019.

14 Subsecretaría de Prevención del Delito, *Estadísticas delictuales según sexo y edad de la víctima*, 2018. Disponible en: <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/>

15 Paulo Pinheiro, *Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*, 2010, p. 10.

16 Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, p. 15. Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Informe_del_Comit%C3%A9_de_la_Ni%C3%B1ez_de_ONU.pdf

dentro de las que se encuentran aquellas de carácter legislativo, para proteger a los NNA contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual (artículo 19). Adicionalmente, los Estados Partes se comprometen a proteger a los NNA contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (artículo 34).¹⁷ En tanto, el Comité de los Derechos del Niño, por medio de la Observación General N° 13, considera dentro del abuso sexual toda actividad sexual impuesta, por un adulto, a un niño que está bajo protección del derecho penal. El Comité afirma que es una forma de violencia que necesita ser prohibida de manera absoluta en todos los contextos, y que se deben establecer sanciones efectivas y apropiadas para los culpables.¹⁸ El mismo Comité de Derechos del Niño recomendó al Estado de Chile, en septiembre de 2015, la promulgación de leyes para penalizar los delitos sexuales, incluida la explotación sexual, junto con definirla como imprescriptible.¹⁹

Siendo la violencia sexual un fenómeno que afecta principalmente a mujeres y niñas, la interseccionalidad de su protección dentro del marco internacional de los Derechos Humanos es fundamental. En la región, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) ha sido invocada por la Corte IDH para sancionar esta forma de violencia, señalando que “la violación sexual, en particular, constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso trascienden a la persona de la víctima”.²⁰ De igual forma, ha afirmado que la ineficacia judicial de las cortes nacionales puede constituir en sí misma una “forma de discriminación basada en el género”.

Por último, las consecuencias de ser víctima de un delito sexual para

17 Otro de los argumentos mencionados dentro del debate, con el objeto de promover la imprescriptibilidad de los delitos sexuales, fue asimilar la violencia sexual a la tortura, a partir de las observaciones finales realizadas por el Comité de los Derechos del Niño –informes periódicos cuarto y quinto– donde se recomienda consagrar normativamente la no prescriptibilidad de la tortura, formulado por el Comité contra la Tortura en el 2009, párrafo 10. En tanto que, de acuerdo al informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea General de la ONU, la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir tortura y malos tratos. Carlos Cabezas, “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXXII N° 1, 2019.

18 Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (2011), pp. 4 y 11.

19 Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, (2015), p. 11 Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1127/CRC%202015.pdf?sequence=1>

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rosenda Cantú y otra contra México*, Sentencia del 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (2010), p. 109. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) versus México*. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (2009).

los menores de edad pueden ser devastadoras. A las marcas físicas que puede conllevar una agresión sexual, deben agregarse las graves consecuencias psicológicas, que dicen relación con problemas emocionales, cognitivos, relacionales, funcionales y conductuales, que marcan el desarrollo de su personalidad. A esta victimización, suele añadirse la asimetría e impunidad que genera la relación de poder entre victimario y víctima de la violencia sexual.

El alto grado de victimización psicológica sufrido por menores de edad, los lleva a ocultar lo sucedido hasta el momento en que se sienten en condiciones de realizar la denuncia, situación especialmente difícil en aquellos casos en donde el agresor es una persona conocida o parte del círculo familiar de la víctima.²¹ De ahí, las razones en la historia de la ley para abordar la discusión legislativa no centrándose en la gravedad del delito —lo que llevaría a promover la imprescriptibilidad también frente a casos de homicidio, por ejemplo—, sino, más bien, desde una posición empática y respetuosa del proceso interno de develación que desarrolla la víctima que, a objeto de otorgarle un acceso eficaz a la justicia, remueve los impedimentos de carácter legal vinculados al tiempo en que se debe ejercer la persecución penal.²²

Retroactividad: una compleja decisión

Para el Derecho penal, la irretroactividad de la ley penal desfavorable constituye un principio rector que no solo forma parte de la Constitución (art. 19 n° 3), sino también de tratados internacionales de derechos Humanos ratificados por Chile, como la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9).

La propuesta de retroactividad surgió desde la Cámara de Diputados.²³ De acuerdo a su punto de vista, la prohibición hace referencia a normas que definen el delito y su respectiva pena (sustantivas), pero no rige respecto de aquellas que tienen un carácter procesal. Al ser la prescripción simplemente un obstáculo para la persecución del delito,

21 En este sentido, la indicación sustitutiva al proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores de edad. 3 de mayo de 2018, p. 2.

22 El nuevo artículo 369 quinquies dispone la conversión de la acción penal pública en una de previa instancia particular, una vez adquirida la mayoría de edad y en los casos en que no se ha ejercido la acción penal, que rige durante el periodo en que la víctima es menor de edad, en una de previa instancia particular, por lo que el Ministerio Público ya no podrá iniciar de oficio la persecución de estos delitos, a menos que el ofendido denuncie previamente los hechos ante los órganos competentes.

23 En especial, la intervención del diputado Rene Saffirio y Matías Walker en la Comisión Mixta (Boletín N° 6956-07) encargada de proponer la forma y modo de resolver las diferencias surgidas con ocasión de la tramitación del proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. Disponible en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/mixta/comision-mixta/2019-06-19/195519.html>

establecer su retroactividad no afectaría lo dispuesto en la Constitución.²⁴ Sin embargo, esta postura importaba seguir una línea contraria a la establecida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), para la cual “la garantía de no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca, por el igual, tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afectan cuestiones de derecho sustantivo”.²⁵ Aún más, el Tribunal Constitucional, en un sentido similar a la CIDH, incluía expresamente a la prescripción dentro de la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable, señalando que no solo debe regir para la definición del delito y la pena –en aplicación estricta del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, sino también para todos aquellos elementos de la legislación penal que pueden resultar determinantes de la responsabilidad criminal, entre ellos, las reglas sobre prescripción.²⁶ Por lo tanto, el camino para la inaplicabilidad parecía cimentado.

Estas consideraciones fueron expuestas desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la comisión mixta, y adquirieron un peso relevante, desde una perspectiva jurídica, como barrera para la consideración de la irretroactividad de la imprescriptibilidad.²⁷

La prohibición de legislar penalmente con efectos retroactivos desfavorables es una manifestación del principio de legalidad que debe, además, considerarse como una garantía propia de un Estado de derecho y

24 Sin embargo, de acuerdo a parte de nuestra literatura, la naturaleza jurídica de la institución de la prescripción es de índole sustantiva y no procesal. Por lo tanto, desgastada la acción por el tiempo, lo que decae es el disvalor del delito, afectando no la acción persecutoria sino al delito en sí mismo. En este sentido, Enrique Cury, *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones UC, Santiago, 2011, p. 800.

25 Íd. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso N° 11.888 (Informe N° 83/00/Perú de 19.10.2000 sobre el caso Alan García).

26 Tribunal Constitucional con fecha 16 de agosto de 2018, por medio del Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Emilio Enrique Schnetzler Vivanco respecto de los artículos 220, N° 1 y N° 7, de la Ley N° 18.175 (antigua Ley de Quiebras), y duodécimo transitorio de la Ley N° 20.720, en el proceso penal RUC N° 1410034270-8, RIT N° 4824-2014, seguido ante el Juzgado de Garantía de Osorno, que en su considerando octavo señala: “En primer lugar, habida cuenta de que su finalidad última es proteger la seguridad jurídica, parece claro que debe predicarse de todos los grados de retroactividad, incluida la de grado mínimo, es decir, los efectos futuros de hecho ya acaecidos. En segundo lugar, y por idénticas consideraciones de orden teleológico, la irretroactividad de la ley penal desfavorable ha de regir no sólo para la definición del delito y de la pena propiamente dichos, sino también para todos aquellos otros elementos de la legislación penal que puedan resultar determinantes de la responsabilidad criminal (reglas sobre prescripción, utilización de antecedentes penales, cumplimiento de condena, etc.)”. La frase es una cita del texto del jurista español Luis Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, 2008, p. 469.

27 Exposición del ministro de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín, en la Comisión Mixta Boletín N° 6956-07) encargada de proponer la forma y modo de resolver las diferencias surgidas con ocasión de la tramitación del proyecto de ley que declara imprescriptibles los delitos sexuales contra menores. Disponible en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/mixta/comision-mixta/2019-06-19/195519.html>

se constituye en un límite al legislador.²⁸ Asimismo, descansa en la idea de seguridad jurídica, en tanto “todo individuo debe saber de antemano cuáles son las posibles consecuencias de sus actos, y la Constitución debe asegurar la confianza del ciudadano frente a imprevisibles o arbitrarios cambios legislativos susceptibles de ser aplicados retroactivamente o con absoluto desprecio del pensamiento inherente a la garantía de generalidad de las leyes”.²⁹ De ahí que, establecida la prescripción para un determinado delito, la regulación del plazo se instituye como una garantía para su autor, no resultando admisible la extensión retroactiva de los plazos.

Figura inédita

En el ámbito civil, la Ley 21.160 contempla la renovación de la acción de carácter civil respecto de los delitos sexuales incorporados al catálogo de imprescriptibilidad. De esta forma, se incluye una acción civil reparatoria, solo a favor del ofendido por el delito –no extensiva a los demás sujetos comprendidos por el concepto de víctima del artículo 108 del Código Procesal Penal– que podrá ser deducida por una sola vez, en contra del imputado o responsable del hecho ajeno. La relevancia de la acción es que entrega acceso a la búsqueda de reparación a pesar de haber transcurrido el plazo de prescripción establecido en el Código Civil. La renovación de la acción civil no requiere, salvo para la acción dirigida en contra del responsable por el hecho ajeno, de una sentencia condenatoria.

Cuando el adolescente es el infractor

La Ley 21.160 deja fuera del ámbito de aplicación de la imprescriptibilidad aquellas conductas que tienen como sujeto infractor al adolescente (artículo 5).³⁰ Por lo tanto, respecto de los infractores entre 14 y 17 años, los plazos de prescripción se contabilizarán de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (Ley 20.084), esto es, en un plazo de cinco años para los crímenes, dos años para los simples delitos y seis meses para las faltas.

Dos criterios parecen haber influido en la mantención de los plazos de prescripción para los adolescentes infractores. El primero dice

28 El principio de irretroactividad, en conjunto con la prohibición de analogía *in malam partem*, configuran lo que Ferrajoli denomina como “certeza del derecho penal mínimo”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 381.

29 Luis Felipe Ruiz Antón, *El Principio de la irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia*, Primeras Jornadas de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, 1989, p. 152.

30 El artículo 5º de la Ley 21.160 surge a partir de una indicación realizada por los señores señora Rincón y señores Allamand, Harboe, Pérez y Quintana, de acuerdo al Boletín de indicaciones, de fecha 14 de marzo de 2019.

relación con cierta incompatibilidad entre mantener en el tiempo una acción penal contra un adolescente y el derecho a que la causa sea dirimida sin demora, dispuesto en el artículo 40.2 letra b) iii) de la CDN.³¹ Esta perspectiva se sustenta en que “cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico, y que el niño resulte estigmatizado”.³² A su vez, la Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, recomienda a los Estados fijar y respetar los plazos entre la comisión del delito, la fase de investigación, la presentación de cargos contra el menor y la dictación de la sentencia definitiva.³³ El segundo criterio se basa en que las sanciones establecidas en la Ley 20.084 poseen un carácter socioeducativo que las distingue de las penas aplicadas a los adultos. La imposición de una pena pedagógica motivada específicamente por la etapa de desarrollo del NNA al momento de realizar los hechos, pero ya largamente superada con el paso del tiempo, parece perder sentido en cuanto a sus fines.

3. Ley 21.057. Implementación del marco legislativo que regula las entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales

La Ley 21.057, publicada en el Diario Oficial el 20 de enero de 2018, intenta hacerse cargo de la denominada “victimización secundaria”, regulando la participación de NNA en el proceso penal y evitando vulneraciones a su integridad psicológica, a sus derechos a la salud, a la intimidad y a ser oído. En especial, las modificaciones parecen responder a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la CDN, referido a la consideración primordial que instituciones públicas, como los tribunales de justicia y los órganos que ejercen la persecución penal pública, deben adoptar en relación a medidas que conciernen a menores de edad, procurando que ellas se dirijan a resguardar el interés superior del NNA.³⁴

Puesta en marcha

La legislación encargó la regulación de la forma, condiciones, requisitos y estándares necesarios para la implementación del sistema de entrevistas investigativas videograbadas, a la dictación de un reglamento

31 El artículo 40.2 letra b) iii) de la CDN establece que debe transcurrir el menor tiempo posible entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva estatal. En este sentido, la posición del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el segundo informe de las comisiones de Constitución, legislación, justicia y reglamento y la especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, unidas, de fecha 22 de marzo de 2019.

32 Observación General N° 10 del Comité de los Derechos del Niño, párrafo 51.

33 *Ibíd.*, párrafo 52.

34 Mensaje presidencial. Historia de la Ley 21.057, pág. 5.

por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.³⁵ El reglamento, que debía dictarse en el plazo de cuatro meses contados desde la publicación de la ley, realizada en enero de 2018, fue publicado en el Diario Oficial recién el 2 de abril de 2019.³⁶

La fecha de publicación del reglamento adquiere relevancia dado que se establece una implementación gradual de las entrevistas videograbadas a partir de dicha publicación, que a nivel nacional se divide en tres etapas, cada una con diferentes plazos para su entrada en vigencia.³⁷ La primera etapa comprende las regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, del Maule, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo; y Magallanes y la Antártica Chilena. Para todas ellas, la regulación entrará en vigor transcurridos seis meses desde la publicación del reglamento en el Diario Oficial, esto es, en octubre del presente año. La segunda etapa, regirá recién a partir de octubre de 2020, proceso que comprenderá las regiones de Atacama, Coquimbo, Ñuble, Biobío, Araucanía y de los Ríos. La última etapa de implementación de las entrevistas está fijada para octubre de 2021. En esta tercera etapa se verán involucradas las regiones de Valparaíso, Libertador Bernardo O'Higgins, de Los Lagos y la Metropolitana de Santiago.

La evaluación acerca del impacto de la nueva Ley deberá seguir esperando

La información disponible desde el Poder Judicial da cuenta de avances en la formación de entrevistadores para las instituciones policiales y el Ministerio Público, la construcción de las salas en donde se realizarán las entrevistas investigativas y judiciales, y el desarrollo de la fase de

35 Específicamente, el artículo 29 de la Ley 21.057 señala: Reglamento. Un reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá: a) Las condiciones y requisitos que deberán cumplir los programas de los cursos de formación especializada en metodología y técnicas de entrevista y declaración judicial del niño, niña o adolescente; b) La forma, condiciones y requisitos para la implementación del programa de formación continua, seguimiento y evaluación de las personas que efectuarán las entrevistas investigativas videograbadas y declaraciones judiciales; c) La forma, condiciones y requisitos para el desarrollo de los procesos de acreditación de los entrevistadores y su vigencia; d) Las especificaciones técnicas de las salas en que se desarrollen la entrevista investigativa videograbada y declaración judicial de niños, niñas o adolescentes; e) Los estándares mínimos para la producción, almacenamiento, custodia y disposición de los registros de la entrevista investigativa videograbada y declaración judicial de niños, niñas y adolescentes; f) La forma, condiciones, plazos y requisitos para revalidar la acreditación de entrevistador; g) Cualquier otro aspecto necesario para la correcta implementación del sistema de entrevistas investigativas videograbadas y declaraciones judiciales de niños, niñas o adolescentes. Los criterios que establezca el reglamento deberán ser revisados y actualizados, a lo menos, cada tres años, a fin de adecuar las prácticas nacionales a la evolución de los protocolos y reglas internacionales vigentes.

36 Artículo 3 transitorio Ley 21.057.

37 Artículo 1 transitorio de la Ley 21.057.

acreditación de los entrevistadores.³⁸ El proceso debiera encontrarse en una etapa de desarrollo avanzado, en especial en aquellas regiones que componen la primera fase de ejecución, fijada para octubre del presente año. Al cierre de esta edición, el Poder Judicial había llevado a cabo una primera actividad en el tribunal Oral de Iquique, explicando el rol del intermediario y la protección dada al niño o niña a través de la sala especial dispuesta para su declaración en el tribunal. Estas actividades se continuarán ejecutando en las regiones de Arica, Maule, Aysén, Antofagasta y Magallanes.

Esta ley supone desafíos relevantes para el sistema penal, al modificar procedimientos y prácticas en diversas etapas, como en la denuncia, en la investigación y en el juzgamiento. Por esta razón será la aplicación práctica de dicha ley la que nos dará señales respecto del efectivo y eficiente cumplimiento de su objetivo principal: proteger la dignidad y evitar la revictimización del NNA que han sido víctima de delitos sexuales u otros igualmente graves.

4. Proyecto de Ley Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (Boletín Nº 11.174-07)

El proyecto de ley surge con el propósito de diferenciar dos ámbitos característicos en materia de infancia y adolescencia: el enfoque de protección y el modelo de responsabilidad penal adolescente; ambos actualmente desarrollados por el Servicio Nacional de Menores (en adelante, Sename). Por medio de la moción presidencial, el proyecto busca generar una política nacional de reinserción social juvenil, transfiriendo esta responsabilidad a un servicio público descentralizado, encargado de administrar las sanciones de la Ley 20.084, implementar políticas intersectoriales y desarrollar programas para modificar la conducta delictiva, favoreciendo la integración social de los jóvenes. Se creará, entonces, el Servicio Nacional de Reinserción Social y se introducirán reformas a la Ley 20.084, generando una mayor especialización judicial y la creación de un modelo de intervención.

A la fecha de cierre de este capítulo, el proyecto continúa con suma urgencia en su primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento del Senado, espacio en el que han participado, además del Ejecutivo, varios actores vinculados al tema. En sus comienzos, el debate en el Senado se enfocó en la situación precaria de los menores dentro de las instituciones del Estado, tanto en residencias del SENAME como en instalaciones de organismos colaboradores, condiciones que terminan convirtiéndose en un

38 <http://www.leydeentrevistasvideograbadas.cl/instructores-y-su-rol-en-la-implementacion-de-la-ley/>

obstáculo para la reinserción de los adolescentes.³⁹

La revisión del articulado relativo a la creación del Servicio de Reinserción Social terminó por sellar los problemas denunciados en el informe anterior respecto del diseño institucional, que sigue promoviendo la estructura tradicional institucional de los servicios del Estado, no modifica las lógicas de financiamiento, ni establece estándares mínimos para las bases de licitación o acreditación de programas.⁴⁰ Actualmente, el debate está enfocado en las modificaciones a la regulación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA). Concretamente, el proyecto de ley contempla varias reformas al catálogo de sanciones de la LRPA, entre las que destacan la modificación de la sanción de internación en régimen semicerrado, que pasa a ser reemplazada por una libertad vigilada con reclusión nocturna; en conjunto con la eliminación de la sanción accesoria del artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. Esta última disposición, que en la actualidad es una medida accesoria de carácter obligatorio y posible de ser aplicada por el juez en conjunto con el resto de sanciones, pasará ahora a formar parte del plan de intervención individual.

Salidas alternativas y mediación

Respecto de los adolescentes, la suspensión condicional del procedimiento actualmente vigente sigue el régimen general del Código Procesal Penal (artículo 238). No obstante, varias indicaciones emanadas del Ejecutivo parecen dirigidas a otorgarle a esta salida alternativa ciertos grados de especialización y diferenciación frente a la de los adultos, en sintonía con las obligaciones que emanan de la CDN (artículo 40.3).

El proyecto original permitía acceder a la suspensión solo respecto de faltas y simples delitos. En cambio, la indicación introducida dispone su procedencia “en cualquier caso”, a menos que, en su determinación en concreto, la pena resultante permita solo la aplicación de la sanción de internación en régimen cerrado.⁴¹ Por lo tanto, la suspensión condicional estará disponible para la mayoría de los casos, salvo que la determinación de la pena en concreto conlleve una privación de libertad mayor a cinco años, lo que acontecerá solo respecto de

39 Defensoría Penal Pública. Presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 19 de marzo de 2019. Una descripción similar es posible de encontrar en los informes de la Comisión Interinstitucional de Supervisión de Centros Privativos de Libertad (CISC), 2018.

40 Ester Valenzuela y Macarena Arizmendi, op. cit., p. 185.

41 En este sentido la presentación de la Defensoría Penal Pública. Presentación ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de fecha 18 de marzo de 2019.

adolescentes mayores de 16 años.⁴² Se espera que la utilización de esta salida alternativa se convierta en una herramienta flexible en manos de los fiscales, que podrán hacer uso amplio de este recurso, por sobre consideraciones de carácter preventivo asociadas a sanciones de corta o mediana duración.

Adicionalmente, el proyecto elimina como condiciones para la suspensión aquellas vinculadas al pago de una suma de dinero indemnizatoria, la asistencia periódica ante el Ministerio Público para acreditar el cumplimiento de las condiciones y las que fundamentalmente solicite el Ministerio Público. Dentro del ámbito de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la posibilidad de vincular la suspensión condicional del adolescente a la prohibición de acercamiento o al abandono del hogar común que comparte con la víctima, podrá establecerse solo en situaciones extremadamente calificadas, fundadas en antecedentes objetivos y específicos que deberán constar en la sentencia. Esto exige que exista una mayor sintonía de la normativa con lo dispuesto por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas 18.2 de Beijing).

En la actualidad, las condiciones decretadas por el tribunal pueden tener una duración de uno a tres años. Por ende, su reducción a un período de 6 a 12 meses, representa un avance. El tiempo actual es excesivamente largo si tenemos en consideración que se trata de una medida alternativa empleada sobre una criminalidad leve o mediana, que en caso de sanciones probables con contenido similar –como la libertad asistida– o de aspectos menos restrictivos, podrían durar mucho menos.⁴³ Con la modificación, la regulación de la suspensión condicional en la LRPA sirve como una alternativa menos gravosa para el adolescente.

Por otra parte, las modificaciones abren un espacio normativo al ámbito de la justicia restaurativa, creando un Párrafo 4º en el título II, denominado “De las salidas alternativas al procedimiento y de la mediación”, a objeto de acercar a la víctima y el victimario a un proceso de reparación. Esta experiencia, que en el derecho comparado viene realizándose hace décadas,⁴⁴ corresponde a una innovación acorde a lo dispuesto por la CDN, especialmente en su artículo 40.3, que insta a los Estados a promover medidas desjudicializadoras, encaminadas a la supresión del procedimiento penal o su remisión y orientación a

42 El artículo 18 de la LRPA establece que el límite máximo de las penas privativas de libertad de internación en régimen cerrado y semicerrado impuestas a los adolescentes será de cinco años, si el infractor tuviere menos de dieciséis años, y de diez años si tuviere entre dieciséis y diecisiete años.

43 Jaime Couso, “La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084”, *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil I*, Defensoría Penal Pública, 2008.

44 Frieder Dünkel, “El futuro de la justicia juvenil perspectivas europeas”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 10, 2008.

servicios de carácter comunitario.⁴⁵ Estas medidas, consonantes con los principios del marco normativo adolescente de intervención penal mínima y subsidiariedad, han sido destacadas por el Comité de los Derechos del Niño, por su contribución a la disminución de la estigmatización y aislamiento, la promoción de fines educativos y de responsabilización, la reducción de la privación de libertad y la efectiva reintegración social de los adolescentes.⁴⁶

La especialización en duda

El nuevo articulado del proyecto elimina los tres juzgados especializados contenidos en el proyecto original⁴⁷ y opta por dos niveles más bajos de especialización que no implican mayor diferencia respecto de lo que actualmente existe: salas con conocimiento específico en responsabilidad penal adolescente y la priorización en la asignación de jornadas, días o salas con dedicación exclusiva en la materia.⁴⁸

Por medio de dos opiniones consultivas, de abril de 2017 y abril de 2019, la Corte Suprema cuestionó la legitimidad de los tribunales especiales para adolescentes infractores en un Estado social y democrático de derecho. En su opinión, su creación compromete principios de independencia e imparcialidad, debilita el equilibrio entre los poderes del Estado, atomiza la actividad y amenaza el derecho a un juez natural, ya que el tribunal encargado de conocer y juzgar sería creado con posterioridad a la comisión del delito.⁴⁹

Sin embargo, es la misma CDN la que emplaza a los Estados Partes a establecer un sistema de justicia especializado (Art. 3 CDN) con el fin

45 También hace mención a este tipo de mecanismos la Regla mínima N° 11 de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985. En este mismo sentido, la Observación General Número 10 a la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de Naciones Unidas. 2007.

46 Observación General Número 10 a la Convención sobre los Derechos del Niño. Organización de Naciones Unidas. 2007.

47 El proyecto original contemplaba la creación de tres juzgados especializados. Uno con asiento en la comuna de Santiago, integrado por 6 jueces, con competencia sobre las comunas de Pudahuel, Huechuraba, Quilicura, Renca, Conchalí, Cerro Navia, Lo Prado, Independencia, Recoleta, Estación Central, Quinta Normal, Lo Barnechea, Vitacura, La Reina, Las Condes, Santiago Centro, Ñuñoa, Providencia, Maipú, Cerrillos, La Florida, Macul y Peñalolén. Otro con asiento en la comuna de San Bernardo, integrado por 3 jueces, con competencia sobre las comunas de Lo Espejo, Pedro Aguirre Cerda, San Miguel, La Cisterna, El Bosque, San Joaquín, La Granja, San Ramón, La Pintana, San Miguel y San Bernardo; y otro con asiento en la comuna de Concepción, integrado por un juez, con competencia sobre las comunas de Concepción, Penco, Talcahuano y Hualpén.

48 Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Oficio N° CL/39/2019, Valparaíso, 9 de abril de 2019. Solicitando opinión consultiva a la Iltma. Corte Suprema.

49 Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Oficio N°60-2019 Informe proyecto de ley N° 12-2019. Antecedente: Boletín N° 11.174-07, Santiago, 24 de abril de 2019.

de garantizar el ejercicio de todos los derechos del NNA. En este mismo sentido, el Comité en su Observación General N° 10, “recomienda que los Estados Parte establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes”. La comprensión del marco normativo penal adolescente como un derecho autónomo y diferenciado del de los adultos no solo requiere de defensores y fiscales especializados, sino también de jueces y funcionarios dentro de una institucionalidad propia. En el contexto comparado europeo, la mayoría de los países posee tribunales juveniles, cuyos sistemas cuentan con una estructura y “competencia amplia que les permite conocer delitos graves y fallar con lógicas educativas”.⁵⁰

La especialización, por ende, implicaría la creación de una institucionalidad representativa de un enfoque diferente a la que rige para los adultos. De acuerdo con la Corte Suprema, por el contrario, la simple configuración de salas especializadas y la mera aprobación, por parte de los jueces, de un programa de perfeccionamiento, serían suficientes para cumplir con la exigencias de especialización que demanda la CDN, omitiendo considerar el precario nivel de especialización actual de los jueces en materia de responsabilidad penal adolescente. La especialización, por tanto, sigue siendo un tema pendiente e indispensable de abordar conforme al artículo 40.3 de la CDN y a lo observado por el Comité de los Derechos del Niño.

5. Sistema de garantías de los derechos de la niñez (Boletín N° 10.315-18)

En octubre de 2015, se presentó el proyecto de ley del sistema de garantías de derecho de la niñez. Sin embargo, han transcurrido cuatro años, y este continúa en tramitación en el Congreso y sin mayores o significativos avances. Luego de numerosas indicaciones, el gobierno de Sebastián Piñera envió una nueva indicación (Mensaje N° 138-366/ del 1 de octubre de 2018) que sustituyó parte de su contenido normativo, incluyendo un cambio en su denominación, pasando a llamarse “Proyecto de Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñez”. Este cambio de nombre representa un giro ideológico vinculado a cómo concibe el Estado las obligaciones en materia de infancia ya que se dejaría de lado la concepción de un sistema integral de garantías. Al respecto, cabe señalar que las garantías implican mecanismos de exigibilidad que van mucho más allá de la Protección Integral. Sin embargo, hasta la fecha de cierre de este *Informe*, aún no ha sido discutidas ninguna de las indicaciones del Mensaje 138-366 de octubre del

50 Frieder Dünkler, “Imputability Age of Criminal and Jurisdiction of Juvenile Courts in Europe”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 22, 2015. El autor nombra como ejemplos, Austria, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Holanda, Polonia, Serbia, Eslovenia, Turquía y España.

2018, y actualmente se encuentran en segundo trámite constitucional con urgencia calificada de simple. Con fecha 10 de septiembre, la Comisión de Infancia del Senado en votación sobre la idea de legislar, en forma unánime aprobó en general el proyecto.

Tal como lo señalamos el año 2018, es urgente contar a nivel legal, con *garantías o protecciones jurídicas* para que los NNA puedan *ejercer* sus derechos efectivamente y lo hagan en condiciones de igualdad. Pero esencialmente para que sea un marco referencial para todos los otros proyectos de ley que regulan derechos de Infancia y Adolescencia.

En la actualidad este proyecto de ley se limita a reiterar lo mismo que plantea la CDN, sin embargo lo que se requiere es más que solo contar con una ley que sistematice y reitere los derechos planteados por la CDN, la cual representa el piso mínimo en esta materia, por consiguiente dicho proyecto en estos términos no constituye un aporte. Lo que realmente se requiere es contar con un marco legal de garantías para toda la normativa sobre infancia, con mecanismos de exigibilidad de las garantías reconocidas. Hasta ahora se ha avanzado en numerosos proyectos de ley que en forma fragmentada y sin un marco de garantías regulan los temas de infancia en Chile. Estos proyectos han resultado del todo insuficientes, ya que no han sido concebidos a la luz de una ley marco de garantía, que junto a la CDN, le confieran un marco interpretativo y de aplicación sistemática a todos esos cuerpos legales, con el objetivo de favorecer una protección *integrada y sistémica*, que aborde las normas jurídicas y las instituciones, así como los programas para realizar acciones específicas de promoción, prevención, protección y reparación.

Esta ley debiese contemplar un sistema administrativo de protección de derechos, ya que contar con un sistema íntegramente judicializado, como el existente, no ha entregado respuestas eficientes. Por ende, la desjudicialización de algunas de las materias contribuiría a una visión más integral, con apoyos más especializados en la protección y restitución de derechos. En este sentido representa un desafío importante observar experiencias comparadas y revisar qué elementos son factibles de considerar en la creación de un sistema administrativo de protección nacional que sea pertinente a nuestra realidad, de lo contrario, es decir imitar sistemas foráneos sin una reflexión profunda de nuestras capacidades, estructuras y cultura nacional, estará condenada al fracaso)

Es trascendental que exista un sistema integral de protección dotado de recursos financieros suficientes, progresivos y que esté protegido de eventuales recortes o afectaciones por parte del gobierno de turno. Esto supone contar con un sistema fortalecido de protección social que sea consistente con el sistema de protección integral. En este contexto, una ley de garantía se vuelve imprescindible y debiese contener un estatuto general que establezca la estructura fundamental de las garantías y protecciones del

ejercicio de los derechos. Asimismo, como lo señalamos, debiese servir de base para la elaboración e interpretación del conjunto de la legislación sectorial que desarrolla cada uno de los derechos, tales como el derecho a la educación, a la salud o a la convivencia familiar, entre otros.

Pese a que hasta la fecha de cierre de este informe aún no han sido discutidas las últimas indicaciones del gobierno (enviadas el 9 de octubre de 2018), no podemos dejar de pronunciarnos sobre la reformulación que se hizo en ellas del artículo 1 eliminando la palabra *garantía*, exclusión que luego repetirá en diferentes normas del título I. Esta eliminación resulta lamentable, ya que la protección integral no necesariamente considera garantizar el ejercicio efectivo de derechos de los NNA. La indicación elimina la definición de interés superior del niño y la satisfacción y disfrute de sus derechos, además de no establecer obligaciones financieras. El nuevo Artículo 1 se limita a señalar: “Créase el Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez, que estará integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños, de acuerdo con la Política Nacional de la Niñez y los recursos que disponga el país”.

Dicha indicación incorporó en la ley, casi en forma textual, el artículo 4 del CDN como un deber general de los “órganos del Estado (que), dentro del ámbito de sus competencias, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente ley. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los órganos del Estado adoptarán estas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan para estos efectos y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional, velando en todo caso por una aplicación eficaz, eficiente y equitativa de los recursos.” (Artículo 5). Como en la práctica esta norma ya existe en nuestro ordenamiento jurídico, no tiene sentido aprobar una legislación que deja las obligaciones en el mismo nivel en que se encuentran desde la ratificación de la CDN en 1990. Limitarse a repetir la obligación contenida en la CDN no constituye ninguna garantía nueva, entendiendo que las normas de la Convención debiesen constituir el piso mínimo, que luego deben desarrollarse en la legislación nacional.

La exclusión de la dimensión general de garantía y de mecanismos específicos que la concreten, especialmente en el ámbito presupuestario, lesiona gravemente el espíritu de la iniciativa original y debilita decisivamente el nivel de exigibilidad de las obligaciones del Estado. Esto en relación con el ya citado artículo 4 de la CDN, que exige a los Estados tomar medidas para dar efectividad a los derechos. La obligación de *garantizar los derechos* es una obligación general por parte del

Estado, que no puede ser cumplida con la creación de algunos mecanismos aislados de garantía.

Pese a ello, la indicación del gobierno contiene algunas garantías específicas, en particular en el ámbito de los mecanismos administrativos. Avanza al proponer la creación de Oficinas Locales de Infancia que realizarán acciones de promoción, prevención de vulneraciones y protección general de derechos (nuevo artículo 39), las cuales se encuentran dotadas de recursos económicos para su financiamiento. Dicho artículo deja la regulación de dichas Oficinas Locales, su determinación técnica y metodológica a cargo de un reglamento expedido por el Ministerio de Desarrollo Social, y suscrito por el ministro de Hacienda, indicando que, para tales efectos, la Subsecretaría de la Niñez será la encargada de proponer dicha normativa. Adicionalmente propone, en su nuevo artículo 40, los Principios de la Protección Administrativa, estableciendo que estos serán: la intersectorialidad, la coordinación, la progresividad, el enfoque intercultural, la desconcentración, la flexibilidad, la voluntariedad de la atención, la eficiencia y la eficacia.

Tanto el gobierno anterior como el actual, no se han mostrado dispuestos a crear algunos mecanismos fundamentales de garantía que deberían ser prioritarios para avanzar, aunque sea gradualmente, en la creación de un sistema integral de garantías. Este sistema debiera contener: i) *la inexcusabilidad de la protección* desarrollada por los órganos de la administración, lo cual obliga a una coordinación y derivación por parte de cualquier órgano del Estado que sea requerido para la protección del ejercicio de un derecho por parte de un NNA, evitando que ellos y sus familias sean ignorados por los servicios destinados a su protección;⁵¹ ii) la existencia de una acción específica de carácter judicial para reclamar por cualquier vulneración en el ejercicio de los derechos del NNA; y iii) la creación de un sistema universal de representación jurídica de los NNA por abogados especializados, que deba actuar en todo procedimiento judicial o administrativo como un requisito ineludible (esto lo abordaremos en el apartado sobre representación judicial).

51 El principio de inexcusabilidad se encontraba recogido en el artículo 26 del Proyecto de Ley de Garantía original, formulado de la siguiente manera "Artículo 26.- Inexcusabilidad. Requerido un órgano de la Administración del Estado para que otorgue determinados servicios o prestaciones, acciones o medidas, no podrá excusarse de conocer y pronunciarse sobre el requerimiento. Si el requerimiento no versa sobre materias de su competencia, deberá efectuar todas las diligencias que resulten necesarias para poner el caso a disposición del órgano competente, si lo hubiere. En estos casos, la autoridad que no tenga competencia deberá siempre: a) Registrar los datos del niño solicitante y de quien concurra en su nombre; b) Informar a la autoridad competente por el medio más eficiente posible, si la hubiere; e c) Informar al solicitante su incompetencia y la derivación de la solicitud al órgano competente, si lo hubiere, individualizándolo, en forma simple, clara y sin mayor dilación".

Lamentablemente, todos los gobiernos –independientemente de su orientación política– se han mostrado reacios a legislar e implementar un sistema concreto de garantías jurídicas que vaya más allá de la obligación general del artículo 4 de la CDN. En particular, esta administración parece dispuesta a avanzar en algunas materias como el despliegue territorial progresivo de servicios sociales a través de las Oficinas Locales de Infancia, pero no necesariamente reconocer una obligación jurídica que implique desarrollar un sistema de protección administrativa.

Después de 4 años, aún estamos a la espera de una Ley Marco, una de las leyes más relevantes en materia de Infancia. Respecto a este tema, el Comité ha manifestado al Estado de Chile su preocupación dado que, tal como lo señalamos en el *Informe 2018*, es inconducente seguir avanzando en diversas leyes de infancia sin contar con dicha Ley Marco. Es evidente la necesidad de una ley que asegure un marco de garantías mínimas y universales a los niños y niñas y permita avanzar en forma integral en materia de infancia y adolescencia.

6. Proyecto de ley sobre el Servicio Nacional de Protección a la Niñez (Boletín 12.027-07)

Pese a la urgencia de contar con un nuevo servicio, los avances de este Proyecto de Ley han sido mínimos. Dentro de los avances, se valora la creación de un registro único, ya que es virtuoso contar con información sistematizada y fidedigna de cada uno de los niños que son atendidos por el Servicio. Es esperable que esa información sea un insumo esencial para la futura formulación de políticas públicas sobre el tema y tenga un impacto en el ejercicio de derechos de los NNA.

Otros avances destacables en este terreno son los siguientes: i) la incorporación de las familias como sujetos de atención del Servicio, siendo obligación del Estado generar condiciones para que sea la familia el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, en conjunto con establecer la obligación de incorporar el enfoque familiar en los futuros instrumentos de gestión técnica y financiera del Servicio; ii) la tendencia normativa a la especialización, calidad, eficiencia y transparencia, iii) la atención integral y su complementariedad con la oferta de protección especializada y iv) la explicitación del estándar de trabajo con las familias en todas las líneas de acción y la garantía de oferta de cuidado alternativo en todas las regiones del país.

El 30 de mayo de 2019, la Comisión especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con NNA, presenta el primer informe acerca del proyecto de ley. Entre los aspectos principales de este informe, podemos mencionar:

- Cambios en el objeto del Servicio, incorporando el diagnóstico, el maltrato en cualquiera de sus formas y la explotación sexual o laboral. Esto constituye un avance, ya que en el proyecto original no se contemplaban estos temas, del todo relevantes, dentro de los objetivos del Servicio.
- Se replica la Comisión Coordinadora de Protección a nivel regional. Era necesario contar con dicha comisión, de lo contrario resultaba complejo para el Servicio cumplir sus objetivos en todo el territorio nacional.
- Mayores requisitos para las personas naturales que se acrediten ante el Servicio. Consideramos que dicha acreditación debe contener requisitos que aseguren y protejan a los niños y niñas.
- Se extienden las inhabilidades de los funcionarios del Servicio a los trabajadores de los entes colaboradores acreditados. Lo anterior resulta completamente razonable, ya que no habría porque establecer diferencias, en cuanto a las inhabilidades, entre funcionarios del Servicio y aquellos de entes colaboradores acreditados.
- Se modifica la composición de los miembros del Consejo de Expertos, incorporando un miembro del área de educación y otro del Consejo de la sociedad civil de la niñez.
- Se crean principios orientadores respecto de los estándares de las líneas de acción. Es esencial la incorporación de estándares y la posibilidad de contar con principios orientadores que faciliten su efectivo cumplimiento.

En junio de 2019, se aprobó este proyecto en general, abriéndose un plazo para indicaciones. Dicho plazo ha sido extendido en dos oportunidades y permanece abierto hasta la fecha de cierre de este Informe. Este proyecto podría mejorar, también, si se incluyera la figura del abogado del niño, es decir, garantizar el derecho esencial a contar con un abogado autónomo que represente al NNA conforme al debido proceso establecido constitucionalmente .

Otros aspectos que se debieran revisar, para incorporar en la futura ley, son:

- Considerando que las Oficinas Locales de la Niñez no cumplen el rol de órgano de protección administrativa competente y, por consiguiente, no tendrán la autoridad para dictar medidas de protección, ni para resolver la mejor alternativa para un niño y su familia, en el ámbito de la prevención. De esta forma no es posible proyectar su aporte a la desjudicialización y desinstitucionalización, como ocurre en experiencias comparadas que cuentan con Sistemas de Protección administrativa.
- La necesidad de que exista fiscalización externa, imparcial y neutra, porque mientras el Servicio siga diseñando, implementando

- y evaluándose a sí mismo (administración directa), es decir, autofiscalizándose, seguirá siendo “juez y parte” y no tendremos garantía de que el bien superior del niño/a se esté garantizando;
- Más allá de la mención a la participación efectiva, es necesario que el articulado desarrolle el principio y el derecho a la participación, como lo establece la CDN en consonancia a la Observación general 12;
 - La “reparación y restitución de derechos” debe estar incluida en la línea de acción de “cuidado alternativo”;
 - El sistema de subvenciones debiera garantizar estándares de calidad y no mantener la lógica estructural subsidiaria. Esto solo se resolvería con la derogación de la Ley 20.032 de subvenciones. Debiera proponerse un sistema gradual para ir modificando la subvención por financiamiento en base a criterios de calidad y, sobre todo, en base a estándares;
 - No resulta claro el destino institucional de las actuales funciones del Servicio Nacional de Menores en cuanto a niños y niñas en situación de calle, representación jurídica u otras como trabajo infantil, etc.⁵² Aun cuando el marco financiero actual considere dichas funciones, el texto no las menciona explícitamente. Al saber que lo más probable es que estas prestaciones sean ejecutadas por otros servicios, se hace necesario que el Ejecutivo establezca claramente la planificación y la ubicación institucional de la provisión de estos servicios en un futuro;
 - Proponer un fortalecimiento de las familias de acogida, de manera que se genere un mayor abanico de cuidados alternativos, materias dispuestas en los artículos 7º letra m), 8º y 59 N° 21.
 - Además de su simple mención, el Acompañamiento y la Preparación para la Vida Independiente debería incorporarse como una línea de acción orientada a diseñar un proyecto, especialmente para los jóvenes que egresan de programas de acogimiento alternativo, con orientaciones técnicas donde se establezcan las líneas y componentes del mismo, sumándose la posibilidad de otorgar recursos desde el estado a jóvenes mayores de 18 años, con el fin de subsidiarlos hasta que logren obtener una profesión u oficio, con un límite de edad, homologando esto al derecho a pensión alimenticia que tienen los jóvenes respecto

52 Esta problemática fue abordada por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 21, de 2017, denominada “Sobre los niños de la calle”, donde proporciona a los Estados orientaciones para el desarrollo de una estrategia nacional y de largo plazo, contemplando mecanismos de prevención y respuesta, en las cuales la protección especial juega un rol preponderante. Chile está en deuda en este plano: se realizó el Censo Nacional de NNA en situación de calle 2018, y el resultado a nivel nacional fue de 574 en esta situación.

de sus padres en que estos tienen la obligación de proveerles sustento hasta los 21 años si no estudian o hasta que obtengan una profesión u oficio (con una edad máxima de 28 años)⁵³, lo cual además implicaría una reforma al artículo 321 del Código Civil, donde se establecen Los Alimentos que se deben por Ley a ciertas personas

- La Defensoría de la Niñez ha señalado acertadamente que el Servicio que surgirá debiese establecer un nuevo modelo, es decir, la generación de un real cambio de paradigma en cuanto a la protección de los NNA, y la evaluación de los mecanismos de financiamiento. En la actualidad, los problemas del sistema siguen vigentes, en gran parte porque se mantiene la incorrecta interpretación del carácter subsidiario del Estado, uno de las causas estructurales de las graves y sistemáticas violaciones descritas en el Informe del Comité de Derechos del Niño. Por ello no resulta coherente que los actuales proyectos de ley se remitan a la Ley 20.032 y pretendan seguir aplicando un mecanismo de intervención y financiamiento deficiente, que ha favorecido la vulneración por parte del aparataje estatal por más de cuarenta años, de los derechos humanos de los NNA.

Otro tema que surge con fuerza es la necesidad de regulación del sobrecupo en las residencias y centros. En este sentido, la Ley 20.032 también contempla, en su artículo 80 bis, una regulación del sobrecupo que, si bien fue pensada como una forma de protección, ha terminado siendo una herramienta de desprotección al incorporar a NNA a residencias en las cuales no están dadas las condiciones para admitir más de un cierto número de niños y niñas. Esta situación, sin duda, afecta al normal funcionamiento de los programas, por lo que las limitaciones expuestas normativamente en este ámbito, merecen mayor precisión y garantizar el cumplimiento del Art. 18 del proyecto y la oferta de cuidado alternativo. En la actualidad, está en discusión una normativa que reformaría la regulación de los sobrecupos, sin embargo, al cierre de este *Informe* aún no hay luces sobre el desenlace de esa polémica.

53 Así lo consagra el artículo 323 del Código Civil. Los alimentos deben habilitar al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social. Comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de veintiún años la enseñanza básica y media, y la de alguna profesión u oficio. Los alimentos que se concedan según el artículo 332 al descendiente o hermano mayor de veintiún años comprenderán también la obligación de proporcionar la enseñanza de alguna profesión u oficio.

7. Reforma integral al sistema de adopción

La actual ley vigente (Ley N° 19.620) si bien fue un avance respecto a lo que había hasta entonces, no se ajusta a los criterios de la CDN ni a las Directrices relativas a las estrategias alternativas de cuidado de los niños, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 2009. El Comité de Derechos del Niño –en su informe de 2007– recomendó al Estado chileno “generar un marco regulatorio de la adopción que permita garantizar el derecho a vivir en familia, que contribuya a la desinstitucionalización de los niños, niñas y adolescentes y que contemple mecanismos que prioricen la adopción nacional por la adopción internacional”.

La adopción en Chile carece de un tratamiento integral donde el foco esté efectivamente en los niños y niñas. La respuesta desborda la creación de una Ley: se requieren acciones de todas las instituciones participantes en el proceso que apunten a soluciones no solo provenientes del ámbito legal, sino también institucionales. Lamentablemente, han transcurrido más de 6 años de debate legislativo y la demora nos parece injustificable. El eje de la discusión ha estado en la adopción homoparental, una temática que ha acaparado la cobertura de los medios, sin considerar que la preocupación central debiese estar puesta en el interés superior de los niños y niñas y en la posibilidad de contar con un sistema de adopción que garantice plenamente el derecho de ellos y ellas a vivir en familia.

El proyecto de ley sobre reforma a la Ley de Adopción implica un avance en varios puntos respecto de lo que tenemos, particularmente en lo que se refiere a contar con procedimientos más rápidos y eficaces, priorizar explícitamente el interés superior del NNA a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, privilegiar que los hermanos o hermanas permanezcan reunidos, garantizar el derecho de los niños a conocer su origen, escuchar su opinión, entre otros. Sin embargo, es necesario incorporar algunos elementos contenidos en el derecho internacional sobre adopción como los que encontramos en el CDN, en las Directrices de la Asamblea General (en adelante, Directrices) y en la Convención sobre la Protección del Niño sobre Adopción Internacional (o Convención de La Haya), todos instrumentos trascendentales para concebir una reforma a la actual Ley de Adopción. La Corte Suprema sugiere en su oficio, la necesidad de que el proyecto de ley incorpore la obligación de trabajo y apoyo con la familia de origen para evitar la separación del niño o niña de su núcleo original,⁵⁴ ya que el

54 Oficio N 129-2019, del 24 de Junio de 2019. Ver en: <http://www.pjud.cl/documents/396729/0/INFORME+PROYECTO+DE+LEY+REFORMA+INTEGRAL+ADOPCION.PDF/58c11a58-aff3-4ef1-8e8e-0960d2d1aa11>

proyecto no aborda este tema, alejándose de los estándares establecidos en las Directrices de la Asamblea General.

Análisis del proyecto de ley a la luz de los principios fundamentales en el derecho internacional en materia de adopción

a) El derecho de todo NNA a vivir en familia.

Este derecho no está explicitado en el proyecto de ley (en adelante, PDL) como un principio y no se regulan acciones de restitución de este derecho respecto a su familia de origen. Se requiere una regulación que considere la obligación de trabajo y apoyo con la familia de origen, para evitar la separación, y se cumpla, efectivamente, lo mandado por el artículo 1 del PDL en que se señala que la adopción será siempre subsidiaria.

b) El interés superior del NNA.

El PDL declara como objeto de la adopción el velar por el interés superior del NNA e incorpora este objetivo como un principio fundamental en las distintas instancias del proceso.

c) Derecho del NNA a ser oído y que su opinión sea considerada previa, durante y después de la adopción.

Se permite que el NNA ejerza su derecho a ser oído y en caso de que manifieste su negativa a ser adoptado, el juez podrá poner término u ordenar que siga el procedimiento por resolución fundada, tomando en consideración los antecedentes que consten en el expediente y la opinión del curador *ad litem*. Sin perjuicio de que previamente se deberá recibir la oposición si corresponde, La Corte valora y señala que su opinión debe ser considerada previa, durante y posterior a la adopción.

El PDL original no establecía la figura del curador *ad litem*, que es un abogado/a que representa el interés del NNA respecto de toda medida que le afecte. Dicha figura fue introducida en 2015 por indicaciones del gobierno de Michelle Bachelet. Ahora, tras la indicación sustitutiva del actual gobierno (mayo de 2018), el curador *ad litem* está contemplado a todo evento y no en determinadas circunstancias. Incluso, se señala que la audiencia no podrá celebrarse sin la presencia del curador. De esta forma el derecho a la participación del NNA quedaría formalmente garantizado. La Corte Suprema ha señalado en su oficio 129 que el nombramiento del curador y su presencia en todas las audiencias del procedimiento de adoptabilidad resulta indispensable (inciso 5 del artículo 20). De esa regla se concluye que la no comparecencia dará lugar a la nulidad de lo obrado. El problema es que, en la actualidad, la institución de la Curaduría presenta serios problemas estructurales partiendo por el hecho de que la oferta real de curadores es absolutamente insuficiente.

d) Gratuidad total, asegurando que la familia adoptante no incurrirá en pago alguno durante el proceso.

Este es uno de los puntos que en la actualidad genera controversia, pues aún no está resuelto el financiamiento por parte del Estado. El proyecto de ley establece respecto del financiamiento de las actividades del programa y de los subprogramas de adopción, que este se regirá por las disposiciones consagradas en la Ley N° 20.032 del sistema de atención a la niñez, a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención. Este punto de la ley aún se encuentra en discusión parlamentaria paralela.

Como bien advirtió la Corte Suprema respecto al tema del financiamiento, la regulación propuesta por el PDL de adopción es poco eficiente, ya que el financiamiento queda subordinado a la aprobación de proyectos previos con el fin de obtener la subvención de parte del SENAME. Sin embargo, dentro de los distintos programas que enumera la Ley N° 20.032, no se encuentra el “programa de adopción” a que hace alusión el nuevo artículo 5 de la iniciativa legal que se analiza. Se menciona, en cambio, el programa de familias de acogida. Por consiguiente, al no encontrarse la figura de “programas de adopción” dentro de las líneas de acción subvencionables que menciona la Ley N° 20.032, resulta forzoso concluir que el financiamiento a que se refiere el proyecto no tendría fundamento legal y no se cumpliría con la gratuidad.

En la actualidad la Ley 19.620 establece en su artículo 42 la exclusión de los fines de lucro en esta institución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 43 del texto legal, el cual expone que “Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a aquellas personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que presten durante el curso de los procedimientos regulados en esta ley, sean estos de carácter legal, social, psicológico, psiquiátrico, u otros semejantes”. Esto último ha abierto la puerta para que algunas fundaciones cobren abusivamente por cada una de las evaluaciones, terapias, talleres que realizan, convirtiéndose esto en un subterfugio de recaudación de dinero, desvirtuando en la práctica la exigida gratuidad de estos procedimientos.

e) El respeto por el derecho a la identidad, asegurando que el NNA conozca sus orígenes en cualquier momento que se requiera.

Otro tema sustantivo y relevante es el derecho a la identidad que regula la posibilidad de que el NNA conozca sus orígenes en el momento que lo requiera. Este derecho a conocer el origen de la filiación se incluyó en el Artículo 12, el cual permite que la solicitud de información sobre filiación adoptiva la pueda requerir simplemente el mayor de 14 años. Respecto al procedimiento de la búsqueda de orígenes, el interesado mayor de 14 años deberá ser asesorado para iniciar un proceso de

vinculación con su familia. En el proyecto original se establecía que las actividades del proceso de búsqueda serían reguladas en el reglamento, sin embargo, la indicación sustitutiva incluyó dicha regulación en la ley. Adicionalmente, regula la “conservación de información y búsqueda de orígenes” prescribiendo en su Artículo 65: “Cualquier persona mayor de 14 años, actuando por sí o representada por el Servicio o un organismo nacional acreditado, podrá solicitar al Registro Civil que le informe si su filiación es resultado de una adopción”. En tal caso, se le deberá indicar la individualización del proceso judicial respectivo.

f) El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.

El proyecto de ley no aborda este tema, alejándose de los estándares establecidos en las Directrices, donde se señala expresamente que la separación del niño de su propia familia debería considerarse como un último recurso y, en lo deseable, debería ser temporal y por el menor tiempo posible. El artículo 18 de la CDN establece claramente sobre las familias de origen: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.

g) La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto por razones debidamente fundadas.

EL PDL se hace cargo e incorpora, por primera vez, una norma que tiene plena sintonía con la CDN y con las Directrices, indicando que “en caso que dos o más hermanos hayan sido declarados adoptables, se procurará que sean adoptados por el o los mismos requirentes. Si ello no fuere posible, el juez deberá velar por la continuidad del vínculo fraterno entre ellos”.

Principales innovaciones del proyecto respecto de la Ley 19.620, actualmente vigente, y principios ausentes

- Se incorpora una serie de normas que aseguran una tramitación más eficiente y expedita de la adopción. Para agilizar el proceso de la adopción se propone un catálogo amplio y detallado de causales de adopción e iniciar de inmediato el proceso de adoptabilidad cuando exista una causal, acotándose la búsqueda de parientes a los más cercanos y estableciendo normas que permiten garantizar y agilizar su notificación. También se incorpora la oposición fundada y se crea la figura de la reapertura de la declaración de adoptabilidad.

- Fijación de estándares para acreditar la condición de adoptante y para el nivel administrativo y judicial. A diferencia de lo que sucede hoy, en que se exige idoneidad a los postulantes, estableciendo una certificación simplemente binaria, en cuanto a si son o no aptos para adoptar, ahora se propone una evaluación realizada por profesionales expertos en el área de adopción del SENAME. Sin embargo, es necesario hacer precisiones a esta evaluación de garantías para que cumpla plenamente con los estándares y principios señalados por las Directrices de Naciones Unidas (principio de necesidad, principio de conveniencia, principio de no separación de los hermanos, etc.): “la evaluación debería ejecutarse pronta, minuciosa y cuidadosamente. Debería tener en cuenta la seguridad y el bienestar inmediatos del niño, así como su cuidado y desarrollo a más largo plazo, y debería abarcar las características personales y de desarrollo del niño, sus antecedentes étnicos, culturales, lingüísticos y religiosos, el entorno familiar y social, el historial médico y cualesquiera otras necesidades especiales” (párrafo 57).
- Se consagra y regula el derecho a la búsqueda de orígenes, en este caso como posibilidad para menores de 18 y mayores de 14 años, dando cumplimiento así al derecho a la identidad o al llamado “principio de la verdad biológica”, ausente hasta la fecha en nuestra legislación. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 7 de la CDN y en las directrices, que indican: “Los Estados deberían velar por que ello se realice en condiciones de confidencialidad y seguridad para el niño, respetando su derecho de acceso a la información sobre sus orígenes cuando corresponda y sea posible de conformidad con la legislación del Estado”.

Posibilidad restringida de adopción por guardadores. Se establece que una familia de acogida pueda constituirse en adoptante, pero de manera restringida, para no desvirtuar el procedimiento de adopción ni tampoco esta institución, conocida como programa de acogimiento familiar. La Corte se manifiesta a favor de que esta posibilidad sea restringida, pero a nivel del Congreso este es uno de los temas que suscita mayor discusión.

Se valora que se planteen los mismos estándares y exigencias tanto en el proceso de selección de la familia adoptiva, como en la resolución que otorga finalmente la adopción. Esto estaría en plena sintonía con lo mandatado por las Directrices sobre medidas de cuidado alternativo.

Se modifica y se avanza en torno a la adopción internacional, integrando una regulación de organismos extranjeros que deberán ser autorizados por el SENAME para intervenir en la adopción internacional

de residentes en Chile, tanto para el adoptado como para los adoptantes. Esto se ajusta a lo mandado por la Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional.

Se establece que no constituirá causal para negar la declaración judicial de adoptabilidad la falta de recursos económicos en el ejercicio del cuidado personal del niño, niña o adolescente, ni tampoco podrá fundarse dicha declaración en motivos que constituyan discriminación arbitraria.

Adopción homoparental y adopción de familias de acogida

Hay dos temas emblemáticos en esta discusión parlamentaria. El primero se refiere a la posibilidad de la adopción homoparental, a propósito del orden de prelación actualmente existente en la Ley 19.620, y el segundo dice relación con la posibilidad que las familias de acogida o guardadoras puedan adoptar.

Respecto al primer tema, podemos señalar que este proyecto elimina el orden de prelación en beneficio del interés superior del niño. Actualmente, se priorizan los matrimonios residentes en Chile, luego los matrimonios residentes en el extranjero, y finalmente residentes en Chile solteros, viudos y divorciados. En el proyecto actual no se establecería un orden de prelación, sino que se aprobó “velar por el interés superior del niño, niña o adolescente adoptado, amparando su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia, cualquiera sea su composición”. Es esta última propuesta la que permitiría que las familias homoparentales sean incluidas, asunto recientemente aprobado en la Cámara pero que deberá ser aprobado también en el Senado. El Ejecutivo, a su vez, ingresó en la sala una serie de indicaciones con las que buscaban dar preferencia a familias donde esté presente lo que denominaron el “rol de padre y madre”. Estos planteamientos fueron rechazados, pero se aprobó la indicación del Ejecutivo donde se señala que, si “el niño, niña o adolescente manifiesta su voluntad de tener un padre y una madre, el juez deberá considerarlo en forma preferente”.

Al respecto la Corte Suprema, en su Oficio 29-2019 del 24 de junio de 2019, cuestionó dicha indicación al señalar que “parece del todo razonable y deseable que lo manifestado por el NNA tenga que ser considerado en forma preferente por el juez, pues de tal forma se refuerza su calidad de sujetos de derechos, quienes pueden ejercer su autonomía progresiva con la posibilidad de que surta efectos concretos. Con todo, la restricción consistente en que la consideración preferente sólo existirá respecto del NNA que desea ser adoptado por una madre y padre, no concuerda con la garantía de igualdad ante la ley, reconocida por el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues al resto de los NNA no se les otorgará dicho trato preferente. Asimismo, se infringe lo dispuesto en el artículo 2° de la CDN, la

cual prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos. En tal sentido, la regla propuesta implica que la opinión de los NNA que manifiesten querer ser adoptados por dos madres, dos padres, sólo una madre o sólo un padre, contará con un valor menor, pues no deberá ser considerado en forma preferente por el juez, lo que le permitirá a éste obviar con mayor facilidad los deseos del NNA, y no será deber del magistrado dejar expresa constancia de dicha opinión”. Agrega además la Corte, en este sentido, que “Por último, la regla trasunta el deseo de favorecer a las parejas constituidas por un hombre y una mujer, generándose un espacio de privilegio respecto a parejas que se conforman de forma distinta, lo cual desconoce el derecho de los NNA, reconocido en el proyecto, a vivir en una familia sin importar su composición”.

El segundo tema, donde se ha concentrado la mayor parte del debate, dice relación con la posibilidad de que las familias de acogida adopten. El proyecto contempla en su actual artículo 37 una posibilidad restringida de que esto suceda y, por su parte, la Corte Suprema se pronuncia a favor de que sea una opción restringida para, de esta forma, no desvirtuar la figura del guardador ni a la institución misma de la adopción. Sin embargo, opina la Corte, “podría retrucarse que tal restricción no parece estar en sintonía con los requisitos regulados por el artículo, cuyo cumplimiento parece tender a que la adopción otorgada a los guardadores velará por la protección del interés superior del NNA”. Dichos requisitos establecidos en el artículo, a que se refiere la Corte, consistirían en que para adoptar “el guardador o los guardadores solicitantes hubieren tenido al niño, niña o adolescente bajo su guarda por un plazo ininterrumpido de, a lo menos, 18 meses”. Por otro lado, indica como otro requisito que “el niño, niña o adolescente que se pretende adoptar no fuere el primero respecto de los cuales el o los guardadores solicitantes ejerciesen su guarda”. Sin embargo, según el proyecto de ley, por motivos calificados el juez podrá prescindir de este último requisito, de lo que deberá dejar constancia expresa y fundada en la sentencia.⁵⁵ La diputada Pamela Jiles expresó “estar en contra de las familias guardadoras como institución, ya que se prestarían para situaciones poco claras y cuestionables, transformándose con facilidad en un pequeño negocio, una fórmula tangencial para adoptar”, lo que estimó peligroso.⁵⁶ A su vez la diputada Natalia Castillo, integrante de la Comisión de familia y adulto mayor de la Cámara de Diputados, recordó que actualmente las familias de acogida están reguladas mediante un reglamento y no por ley, cuestión que debería

55 Oficio Número 129-2019. Informe Proyecto de Ley 20-2019, antecedente Boletín 9119-18, 24 de junio de 2019.

56 Informe de la Comisión de familia y adulto mayor recaído en el proyecto de ley iniciado en un mensaje del Presidente de la República, que establece reforma integral al sistema de adopción en Chile. Boletín N° 9119-18.

modificarse. En la práctica, según el Informe de esa Comisión, efectivamente son los jueces los que determinan qué es lo que ocurrirá, razón por la cual sería mejor establecer requisitos determinados y específicos con el objeto de evitar distorsiones.⁵⁷

En este sentido, compartimos la afirmación de la Corte Suprema en cuanto a que los requisitos establecidos debiesen ser mayores para que esta posibilidad sea realmente excepcional. La institución de las familias guardadoras no puede convertirse en la puerta de entrada fácil a la adopción y, además, deben tomarse todos los resguardos en la fase de evaluación de las familias que desean jugar ese rol. Finalmente, a la hora de ponderar, el juez deberá siempre hacer prevalecer el interés superior del niño por sobre otros factores.

II. DERECHO DE LOS NNA A SER OÍDOS Y A CONTAR CON UNA DEFENSA ESPECIALIZADA

1. Derecho a ser oídos

En Chile se ha avanzado en el reconocimiento normativo del derecho del NNA a ser oído, conforme lo establece el artículo 12 de la CDN, no obstante, existen importantes problemas para su aplicación práctica en diversas áreas, respecto a las cuales el Estado debiera hacerse cargo, conforme a la obligación que le asiste de garantizar al NNA el ejercicio efectivo de este derecho. Revisemos, a continuación, algunas de estas carencias.

NNA en residencias

El Informe del Comité de Derechos del Niño (pág. 11 N°66) advierte, refiriéndose al derecho a ser oído de los NNA en residencias, que “La mayoría de los NNA (86,4%) señala tener conocimiento de las causas de su ingreso y que son informados cuando hay audiencia para la revisión de la continuidad de su permanencia en los centros (70,6). No obstante, solo el (32,1%) dice tener la oportunidad de hablar con el magistrado y 30,8% con algún abogado que lo represente en su causa.” De acuerdo a esta información, menos de un tercio de los NNA que viven en una residencia y que están al cuidado del Estado tuvo la oportunidad de hablar con el juez, a pesar de ser un derecho establecido en la ley. El Estado de Chile, en su respuesta a esa limitación consignada en dicho Informe, destaca la creación, en 2017, del programa de defensa especializada para NNA llamado “Mi Abogado”, lo cual es un avance, aunque insuficiente como se verá en este mismo capítulo.

57 *id.*

Condiciones para una implementación efectiva

La Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño establece que, para que el derecho a ser oído sea real y efectivo, debe ser considerado como un proceso y no como un “acontecimiento singular y aislado”, para lo cual debe existir: i) una preparación previa por parte del responsable de escucharlo; ii) información posterior al NNA proporcionada por quien toma la decisión, especialmente acerca de cómo se tuvieron en consideración sus opiniones; y iii) en el diálogo debe generarse un contexto de confianza que permita al NNA expresarse, de manera que se produzca una conversación y no un examen unilateral. Estas condiciones establecidas por el CDN debieran traducirse en protocolos claros y completos, que incorporen las directrices y estándares aludidos, para los distintos operadores que están a cargo de oír al NNA.

En el ámbito judicial de familia, que abarca tanto los procedimientos protectores como contenciosos, estas condiciones no se encuentran presentes, lo que se traduce en una gran heterogeneidad de prácticas por parte de los jueces de familia, algunas de las cuales implican una abierta restricción al derecho del NNA a expresar libremente su opinión. En definitiva, puede decirse que la experiencia concreta del ejercicio del derecho de un NNA a ser oído dependerá en gran medida del juez que le toque durante el proceso.

Algunos problemas detectados en este ámbito⁵⁸ son:

- Los NNA son oídos normalmente una vez durante todo el juicio, a pesar de que los procedimientos judiciales pueden prolongarse más de un año, abarcando una porción significativa de la vida de un NNA, durante la cual ocurren muchos eventos y/o cambios. Además, solo se les escucha antes o después de algunas de las audiencias en que se desarrolla el procedimiento, sin disponer de un tiempo especial para ellos. Muchas veces deben esperar por largas horas, hasta que la audiencia termine, para ver a sus padres o familiares, como también ausentarse del colegio para asistir al tribunal;
- En algunos casos, las entrevistas son conducidas como si se tratara de un interrogatorio más que como una conversación que genere confianza para que el NNA se exprese. Ilustrativa de esta situación es una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, del 24 de septiembre de 2018, que, al acoger un incidente de nulidad de la audiencia, señala “...resulta evidente

58 Los problemas identificados se han concluido a propósito de la experiencia del programa de Curadurías Ad litem de la UDP y revisión de doctrina especialmente del texto de los autores Fuentes Maureira Clauio, García Odgers Ramón, “Entre la Opacidad y la irreflexión A propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia” Revista de Derecho de Familia, Thomson Reuters, Volumen III n° 7, año 2015

que en la forma que la magistrada realizó las preguntas transcritas son de naturaleza sugestiva y atemorizante, sobre todo que se formulan a un menor de edad, lo cual tiende a provocar una respuesta afirmativa basadas en afirmaciones previas que le sirven de sustento al juez que las hace...”;

- Por regla general, en las sentencias y resoluciones se hace una escasa o nula referencia sobre la consideración que el juez le otorgó a la opinión manifestada por el NNA al reunirse con él. Esto contraviene expresamente la letra y espíritu del artículo 12 de la CDN y resulta vulneratorio del derecho que tiene el menor a ser oído, al no saber el NNA qué pasó con su opinión, deseos y preocupaciones, o si el juez las consideró o no y por qué.

En definitiva, se verifica falta de protocolos y de mayor capacitación para asumir este derecho del NNA.

NNA migrantes

En el contexto actual que vive nuestro país, especial preocupación merece la situación de derechos humanos de los NNA migrantes.

El Censo 2017 arrojó que el 67% de la población migrante (que en ese momento era de un 4,35% del total de la población) lleva poco tiempo en el país, habiéndose radicado en Chile entre 2010 y 2017, es decir cerca de dos tercios del total de extranjeros en Chile lleva menos de 10 años y, de ese porcentaje, un 61% llegó entre 2015 y 2017, o sea, lleva menos de cinco años en el país.

En cuanto al sexo y grupos etarios, de acuerdo al Servicio Jesuita a Migrantes, los datos del Censo 2017 demuestran que por cada 100 mujeres migrantes hay 97,38 hombres migrantes. El mismo informe aclara que la experiencia demuestra que primero llega un miembro de la familia y luego el resto de ella, incluyendo NNA y adultos mayores, por lo que es necesario considerar políticas públicas y medidas para estos grupos. Respecto a las edades, se señala que los NNA entre 0-14 años representan el 10,56% de la población migrante y los que tienen entre 15-24 años son un 16,34%. En cuanto a los NNA entre 14 y 18 años, se requiere poner especial atención al respeto de sus derechos, ya que como lo advierte la Observación general conjunta N° 4 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y N° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño, “los niños de entre 15 y 18 años suelen recibir niveles mucho menores de protección y a veces son considerados como adultos o mantienen un estatuto migratorio ambiguo hasta que cumplen los 18 años de edad.”

Por otra parte, según datos de la Policía de Investigaciones (PDI), en junio de 2018 se presentaron 3.388 solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado, correspondientes en un 99 por ciento

a ciudadanos venezolanos, lo que muestra un aumento explosivo en comparación a lo ocurrido entre enero y marzo de este mismo año, en que hubo 183 solicitudes.

Los datos disponibles y los diversos testimonios de personas que conocen la problemática y de los involucrados directos muestran la vulnerabilidad de la población extranjera y, especialmente, de los NNA, vengan solos o acompañados. Respecto a esta situación la Observación general conjunta N° 3 (2017) del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, advierten que los NNA “pueden encontrarse en una situación de doble vulnerabilidad como niños y como niños afectados por la migración.”

De acuerdo a la legislación internacional de derechos humanos el Estado debe, en el contexto de la migración internacional, garantizar prioritariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA con independencia de su situación de residencia o la de sus padres o tutores, en aplicación del principio de interés superior del niño y de no discriminación establecidos en la CDN. Señala la misma Observación general conjunta número 3: “En particular, el interés superior del niño debe garantizarse explícitamente mediante procedimientos individuales como parte esencial de toda decisión administrativa o judicial que se refiera a la entrada, la residencia o la devolución de un niño, el acogimiento o el cuidado de un niño, o la detención o expulsión de un padre relacionada con su propia situación de residencia.” Luego, añade que los Estados parte deben “g) Llevar a cabo una determinación del interés superior en los casos que podrían conducir a la expulsión de familias migrantes debido a su situación de residencia, a fin de evaluar los efectos de la expulsión en los derechos y el desarrollo de los niños, incluida su salud mental.”

En este sentido, y en relación con la debida consideración que debe darse al interés superior de los NNA, es de la mayor importancia el respeto del derecho de los NNA migrantes a ser oídos en condiciones de entendimiento y expresión que resulten adecuadas.

Para ello cabe tener en cuenta la Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño: “Los niños que llegan a un país siguiendo a sus padres en busca de trabajo o como refugiados están en una situación especialmente vulnerable. Por ese motivo es urgente hacer respetar plenamente su derecho de expresar sus opiniones sobre todos los aspectos de los procedimientos de inmigración y asilo. En el caso de la migración, hay que escuchar al niño en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud. En el caso de una demanda de asilo, el niño debe

tener además la oportunidad de presentar sus motivos para la demanda de asilo.” Debe dársele información en su propio idioma acerca de sus derechos y servicios disponibles.

Asimismo, se debe nombrar un tutor en caso de NNA no acompañados o separados de su familia. Se considera que el tutor es una persona independiente que salvaguarda el interés superior y el bienestar general del niño, sin sustituir al abogado del NNA. (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 6; Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párrafos 21, 33, 69, Agencia de los Derechos Fundamentales, Tutela de niños privados del cuidado parental, Manual para reforzar los sistemas de tutela a fin de satisfacer las necesidades específicas de los niños víctimas de la trata, 2014).

Por otra parte la Opinión Consultiva N° 21/2014 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose a las garantías que, conforme al derecho internacional de los derechos humanos, deben regir en todo proceso migratorio que involucre a niñas o niños, señala respecto al derecho a ser oído: “Los Estados tienen el deber de facilitar la posibilidad de que la niña o niño participe en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, la niña o niño tendrá derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente”. Agrega: “En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado.”

Las instituciones del Estado están en deuda, dado que los NNA migrantes no son oídos en los procedimientos administrativos y judiciales en que se decide su permanencia, expulsión de sus padres y otros derechos relacionados con su condición. De acuerdo a la información entregada en el marco de esta investigación por Francisca Vargas, profesora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, los NNA hijos de personas migrantes con orden de expulsión del país “no son oídos en ningún momento del procedimiento administrativo ni judicial que se sigue”, lo que es particularmente grave ya que podría estar en juego la separación de ese niño del padre o madre expulsado.

Derecho a la defensa

Por mucho que se despejen los obstáculos institucionales descritos para un correcto ejercicio del derecho a ser oído, de acuerdo a los estándares

internacionales ese derecho no debiera reemplazar al derecho de defensa y viceversa. Así lo entienden hoy, consistentemente, los tribunales superiores de justicia al anular sentencias de primera instancia de los tribunales de familia por no haber oído al NNA. Esta anulación se puede producir, aunque el NNA cuente con un abogado curador *ad litem* o, por el contrario, por no contar con uno habiendo sido oído el NNA por el tribunal de primera instancia. Este criterio jurisprudencial representa, respecto a años anteriores, un importante avance para la defensa de los NNA en juicio, sin embargo, es urgente y prioritario tomar las medidas legislativas y de políticas públicas para reemplazar la figura del curador *ad litem* por un abogado del NNA. Junto con eso, garantizar que todos los NNA que participen en un proceso judicial, especialmente por vulneración de sus derechos, cuenten con un abogado de su confianza que los represente y defienda sus derechos, acompañado por un equipo interdisciplinario con la debida especialización en el tema. En este sentido, se pronuncia la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 2001, al señalar que las garantías procesales “deberán ser reconocidas no solo en los procesos en que se definen responsabilidades penales, sino en todos aquellos procesos judiciales o administrativos en donde se discuta, directa o indirectamente, sobre un derecho fundamental de los niños”.

Los NNA deben contar con una representación jurídica, es decir, garantizarles el derecho esencial a contar con un abogado autónomo que los represente en el ámbito de la protección judicial y administrativa en aplicación del principio de no discriminación y de respeto por las opiniones del niño y derecho a ser oído, como señalan los artículos 2 y 12 de la CDN. Sobre este tema la Defensoría de la Niñez ha señalado que “la representación judicial de los niños es un eje primordial para la protección y reparación de sus derechos vulnerados”. Reconoce la Defensoría que para el resguardo efectivo de esta garantía, la representación debe ser “universal, gratuita, accesible y especializada, como mínimo”.

De acuerdo con la normativa y práctica de Estados Unidos y Nueva Zelanda, el nombramiento del abogado debe realizarse lo antes posible, apenas iniciado el proceso y con el propósito de asumir prontamente la representación del NNA. El abogado del NNA debe contactar y aconsejar al niño regularmente respecto del procedimiento, manteniéndose accesible y en permanente contacto con su representado, con el objetivo de estar al tanto de lo que sucede con él o ella, poder responder a sus consultas, dar cuenta de los cambios significativos en sus circunstancias, participar activamente en el procedimiento y evaluar la necesidad de recurrir de apelación o participar en las apelaciones de la contraria.

El Estado debe velar porque exista una oferta suficiente de abogados y equipos interdisciplinarios, adecuadamente financiada. La carga de trabajo debe calibrarse, considerando factores como la complejidad de

los casos, la dedicación de los abogados a cada NNA, etc. Asimismo, se debe garantizar una adecuada especialización de los abogados y equipos de trabajo que representen a los NNA, estableciendo exigencias de capacitación inicial y continua. Particularmente relevante es que los abogados y equipos interdisciplinarios cuenten con las herramientas para trabajar con grupos de NNA especialmente vulnerables, –como son aquellos con capacidades especiales, víctimas de violencia intrafamiliar y migrantes–, e incorporen en esa relación la variable de género.

El Estado de Chile no garantiza adecuadamente el derecho de los NNA a contar con una defensa especializada, ya que la figura del curador *ad litem*, reconocida en el artículo 19 de la Ley 19.968, adolece de graves problemas en términos de garantizar una debida defensa a NNA, a saber:

- El curador *ad litem* no es un propiamente un abogado del NNA, tanto es así que en la legislación comparada esta figura no reemplaza al abogado del NNA.
- La regulación es sumamente abierta, algo que en la práctica favorece amplios márgenes de discrecionalidad por parte de quienes se desempeñan como curadores *ad litem* de los NNA en juicio, y no permite el establecimiento de estándares uniformes en la calidad de la atención.
- La designación de curador solo corresponde cuando el juez estime que los intereses del NNA son independientes o contradictorios con los de la persona a quien le corresponda legalmente su representación. Esta fórmula significó que, durante años, la designación de un curador fuera algo excepcional, solo para ciertos casos de medidas de protección, y que no se designaran curadores en casos contenciosos (disputas de cuidado personal, régimen de relación directa y regular). Cabe destacar un favorable avance en la postura del Poder Judicial a favor de la designación de curador en todas las causas de protección y, también, en aquellas causas contenciosas por cuidado personal y régimen de relación directa y regular. Esto se materializa mediante un acuerdo del pleno de la Corte Suprema, del 27 de marzo de 2019, en el que se establece que los Jueces con competencia en Familia “deberán procurar como buena práctica, la designación de abogados para niños, niñas y adolescentes, tanto en primera como segunda instancia, bajo criterios de calidad para su selección y parámetros de desempeño” en todas las causas se debe nombrar un curador. Sin embargo, al mismo tiempo, resulta muy preocupante la manera en que se está haciendo efectiva esta exigencia, ya que no existen verdaderas condiciones para una implementación seria y de calidad de este compromiso determinado por la Corte Suprema. En definitiva, la designación

de un curador puede transformarse en el cumplimiento formal de un requisito sin que esto conlleve una diferencia real para los NNA vulnerados en sus derechos ya que, actualmente, no hay una oferta de curadores para prestar un servicio de calidad. Por ejemplo, en la región de Antofagasta la Corte de Apelaciones entiende que en toda causa que involucre a un NNA se le debe nombrar un abogado, cuando la realidad es que en dicha región ni siquiera está funcionando el programa Mi Abogado del Ministerio de Justicia.

- Falta una oferta estatal adecuada para la prestación del servicio. El Artículo 19 de la Ley 19.968 se limita a establecer que podrán ser curadores *ad litem* los abogados de las corporaciones de asistencia judicial y de instituciones públicas y privadas que se dediquen a la promoción y protección de los derechos de los NNA. Por lo tanto, la ley no contempló ningún tipo de financiamiento para contar con abogados y equipos especializados que cumplan esta función. Así, los curadores *ad litem* provienen de las CAJS, programas de representación jurídica licitados por Sename, oficinas de protección de derechos (en regiones más apartadas) y, en un número menor, de clínicas jurídicas pertenecientes a las facultades de derecho de universidades. La mayoría de los curadores cuenta con cargas de trabajo excesivas, que no les permiten cumplir con las obligaciones mínimas del cargo. De acuerdo a datos proporcionados por Verónica Pincheira, encargada nacional del programa de defensa especializada del Ministerio Justicia Mi Abogado⁵⁹, al hacer un diagnóstico de las curadurías en la oficina regional del SENAME de la Región Metropolitana, cada curador tenía en ese momento un promedio aproximado de mil curadurías y en la oficina de curaduría de la CAJ, de la misma Región, cada curador sobrepasaba las 500 causas. Esto, a pesar de que el mismo programa Mi Abogado (que solo atiende a NNA en cuidados alternativos) ha definido un estándar de 60 niños por abogado y de 250 para el equipo psicosocial. La saturación del sistema se traduce en diferencias muy relevantes en cuanto a la calidad de la atención entre un niño y otro, lo que no es justificable bajo ningún punto de vista.

En definitiva, que un NNA tenga un curador *ad litem*, bajo las condiciones actuales, no ha impedido que sufra graves violaciones a los derechos humanos dentro del sistema de protección. La creación del programa “Mi Abogado” representa, sin duda, un avance significativo

59 Entrevista realizada a Verónica Pincheira el día 14 de junio del 2019 por co-autora del Capítulo, Paula Correa

en cuanto a estándares de actuación y financiamiento, sin embargo, es insuficiente en lo que respecta a su cobertura. Es preciso aclarar que el programa representa actualmente a 2.500 NNA, número que, a fin de año, debiera aumentar a una cifra cercana a 4.000, de un universo aproximado de 100.000 NNA sujetos a medidas de protección.

Se requiere con urgencia priorizar los cambios legales e institucionales que sean necesarios para que los NNA cuenten con un defensor especializado de su confianza, desde las primeras actuaciones judiciales y no solo una vez que ingresan al sistema de cuidados alternativos, residencial o familiar, como ocurre con el programa Mi Abogado. Creemos que debiera modificarse la ley para establecer el abogado del niño, dotando a esos profesionales de recursos suficientes y estableciendo protocolos y una reglamentación bajo estándares de actuación ajustados a los instrumentos de derechos humanos, que abarque a la totalidad de los NNA sujetos a medidas de protección.

El proyecto de ley de sistema de garantías de los derechos de la niñez, detenido en su tramitación desde octubre de 2018, fecha en que se introducen las últimas indicaciones, establece una regulación absolutamente amplia e insuficiente en su actual artículo 35. En dicho artículo se reitera la idea errada de que los NNA solo tienen derecho a una representación distinta a la de sus padres en casos de interés incompatible, sin establecer estándares de representación idóneos, como tampoco su forma y financiamiento. En definitiva, por ahora se trata de meras declaraciones de intenciones que no se traducen en lo concreto en una mayor consideración por los derechos de los NNA.

III. RESPUESTA DEL ESTADO DE CHILE AL INFORME DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO

El Comité de Derechos del Niño elaboró un Informe sobre la situación de Chile, en el contexto de la denuncia presentada por diputados, en el marco del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones ratificado por Chile en 2015.⁶⁰ En ese Informe se dio cuenta de una serie de violaciones graves y sistemáticas del Estado

60 El Comité de los Derechos del Niño, es el órgano de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados Partes. El Comité también supervisa la aplicación de dos Protocolos Facultativos de la Convención, relativos a la participación de los niños en conflictos armados (OPAC) y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC). El 19 de diciembre de 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un tercer Protocolo Facultativo relativo al procedimiento de comunicaciones (OPIC), que permite que los niños presenten denuncias individuales relativas a violaciones específicas de sus derechos, con arreglo a la Convención y a sus otros dos Protocolos Facultativos.

de Chile a sus obligaciones derivadas de la Convención y respecto de los derechos de NNA privados de su entorno familiar. El Comité realizó una serie de recomendaciones para la prevención y protección frente a nuevas vulneraciones y la reparación de las víctimas. Se solicitó al Estado que diera cuenta, en un plazo de 6 meses, de las medidas que ha adoptado, y las que tenga previsto adoptar, para cumplir con sus obligaciones de derecho internacional y respetar, proteger y realizar los derechos de los NNA privados de su entorno familiar.

La elaboración de la respuesta del Estado de Chile al Comité fue encargada al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con el objeto de que esta cartera liderara el proceso de coordinar, recabar y sistematizar la información, acciones y compromisos correspondientes a cada uno de los organismos del Estado vinculados con esta materia. Dichos organismos fueron convocados y se contó con la participación concreta del Poder Judicial, el Senado de la República y los ministerios de Relaciones Exteriores, del Interior y Seguridad Pública, de Desarrollo Social, de Salud, de Educación, de Hacienda, de la Mujer y la Equidad de Género, del Deporte, de las Culturas, las Artes y el Patrimonio; junto con la Defensoría de la Niñez, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, el Servicio Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores, el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) y el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS).

La respuesta, que fue entregada en diciembre de 2018, contiene una serie de compromisos, acciones y plazos para poner término a las violaciones de derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el sistema de cuidados alternativos residenciales, expresadas por el Comité en su Informe.

A solo 7 meses de la elaboración de la respuesta de Chile y en razón de los plazos propuestos por el gobierno, no parece razonable hacer una evaluación de cumplimiento, sin embargo, podemos pronunciarnos en términos generales sobre cuatro recomendaciones del Comité y las soluciones propuestas.

Infraestructura del CREAD Playa Ancha en Valparaíso

El Comité mostró preocupación con respecto a las condiciones de infraestructura del CREAD Playa Ancha en Valparaíso, que en su opinión constituyen en sí mismas una violación de la Convención, en especial a sus artículos 6 (2) y 39. Dada la urgencia de la situación, se instó al Estado parte a: a) Cerrar con efecto inmediato el centro residencial CREAD Playa Ancha; b) llevar a cabo un análisis exhaustivo de la situación individual de cada niño allí recluso, teniendo en cuenta sus derechos y necesidades específicas; y c) colocar a los NNA en espacios de atención adecuados para satisfacer sus necesidades individuales.

La respuesta fue reconvertir el CREAD en cuatro residencias de menor cobertura, con enfoque en curso de vida y alta especialidad, bajo un modelo residencial de vida familiar dirigido a población adolescente. Se establecieron cuatro etapas de desarrollo que contemplarán el diseño y adecuación de estas cuatro nuevas residencias de baja cobertura, donde los NNA, separados por sexo, se encontrarán bajo condiciones de vida familiar y emocionalmente seguras, de acuerdo al curso de vida en el que se encuentran, sobre la base de estándares internacionales. A su vez, el Estado se comprometió a conformar equipos especializados para la atención de los NNA con competencias técnicas y habilidades blandas, con el objeto de fortalecer el proceso de reparación de la capacidad vincular y de apego.

Esto efectivamente se ha cumplido, sin embargo, la transición a este nuevo modelo no ha estado exenta de problemas, uno de los cuales ha sido la elaboración de un modelo sin considerar la perspectiva de género. Es sabido que las necesidades y problemas de niños y niñas en residencia son distintos, por lo mismo, las estrategias y los planes de intervención deben ser diferentes. Hay, por ejemplo, temas como la explotación sexual, el embarazo adolescente y otros, los cuales requieren un tratamiento con enfoque de género, que hoy no está siendo considerado.

Adopción del paradigma de protección integral

El Comité recomendó que el Estado parte adopte el paradigma de protección integral de la Convención, especialmente: a) aprobando con urgencia la ley de protección integral de la infancia y garantizando que sea conforme con la Convención; b) promoviendo los derechos de todos los NNA y estableciendo programas que detecten prontamente los riesgos de violaciones de esos derechos; c) prestando la asistencia apropiada a la familia en el cumplimiento de sus obligaciones parentales a fin de reducir la necesidad de cuidados alternativos; d) protegiendo a los NNA vulnerados en sus derechos con medidas que prioricen el acogimiento familiar, en familia extensa o ajena, frente al residencial, y trabajando con la familia para procurar que el retorno sea lo más favorable posible al interés superior del NNA.

Asimismo, recomendó que el Estado parte asuma plenamente la responsabilidad de regular, controlar y financiar el respeto, protección y realización de todos los derechos de los NNA en el sistema de protección y en ese sentido, le indicó que debiera: a) modificar la ley de subvenciones, exigiendo estándares de calidad a los convenios con organismos colaboradores de Sename, tanto en el número como en la cualificación del personal, en la calidad de las instalaciones y en el desarrollo de programas de rehabilitación de los NNA y de trabajo con las familias, de conformidad con la Convención y las Directrices sobre

las modalidades alternativas de cuidado de los niños; b) proporcionar recursos financieros y técnicos suficientes para el cumplimiento de dichos estándares; y c) establecer mecanismos eficaces de supervisión. Como lo señalamos anteriormente, el proyecto de ley sobre protección integral no ha tenido mayores avances y todo hace pensar que no existe voluntad política real para tomar decisiones que promuevan un sistema de garantías. Igual cosa sucede con la modificación de la Ley de subvenciones, donde los montos debiesen ser fijados en razón del cumplimiento de estándares. Es desalentador, en este sentido, ver pasar el tiempo y, pese a existir declaraciones sobre la importancia de priorizar la infancia, aún no contemos con una Ley Marco que garantice derechos y establezca mecanismos de exigibilidad.

Fortalecimiento del sistema

El Comité recomienda que el Estado parte: a) dote de recursos humanos, técnicos y financieros suficientes y especializados al sistema; b) establezca programas de formación continua y especializada para el personal; c) establezca procedimientos eficaces de supervisión del personal, y su sanción y remoción ante casos de violaciones de los derechos de NNA; d) cree un servicio de protección administrativo, especializado y dotado de recursos suficientes, que conozca a fondo los recursos existentes para la garantía de todos los derechos, que detecte las carencias y que realice un seguimiento individualizado de las situaciones de riesgo y con competencia para adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir, proteger y remediar casos de vulneración de derechos; e) establezca criterios claros y estrictos para la decisión de cuidados alternativos para los NNA, con garantías procesales que garanticen el derecho del NNA a que su interés superior sea una consideración primordial y que todas las partes sean debidamente escuchadas; f) regule un procedimiento de revisión judicial de las acciones del sistema administrativo; y g) fortalezca el papel del Defensor de la Niñez como supervisor del respeto de los derechos de los NNA en el sistema de protección.

En octubre de 2018, se ingresaron por parte del gobierno indicaciones al proyecto de ley sobre sistema de garantías de los derechos de la niñez, las que consagran un nuevo sistema de protección administrativa, que se concretará mediante Oficinas locales de la niñez. Dichas oficinas desarrollarán la promoción, prevención y protección general de los derechos de los niños, implementándose gradualmente, desde enero de 2019. El gobierno planea establecer durante el año 2019 doce pilotos de Oficinas locales de la niñez, que se ocuparán de la participación, promoción, prevención y articulación de la oferta disponible a nivel local, a través de las siguientes funciones específicas: (i) Implementación del Sistema de Alerta Niñez para todos los NNA que presentan riesgo de sufrir alguna vulneración de derechos, para realizar seguimiento

y monitoreo del conjunto de los NNA, además de los egresados del Sename. (ii) Atención preventiva a través del Plan de acompañamiento familiar el cual considera realizar un diagnóstico participativo junto al NNA y su familia, y una intervención de acompañamiento familiar que entregue herramientas de superación de crisis propias del ciclo vital, tanto del niño como de la familia, el fortalecimiento de las redes de co-parentalidad, el seguimiento posterior al egreso y evaluación final del NNA. (iii) Realizar la construcción de un mapa de oferta en el territorio, organizada según ciclo de vida y factores de riesgo. La oferta existente debe ser analizada según los estándares de derechos de la infancia: disponibilidad, accesibilidad, calidad y pertinencia. (iv) Generar un diagnóstico de la oferta a nivel local: identificar y levantar brechas de oferta, para relevarlas a nivel regional y nacional y ajustar la disponibilidad de programas a necesidades del territorio. (v) Implementar instancias locales de coordinación y articulación de oferta intersectorial para la gestión de casos críticos y coordinación de servicios locales para abordaje multidisciplinario, estableciendo coordinación de referencia y contrarreferencia, protocolos de derivación, monitoreo, etc.

Se definió que, una vez que entre en vigencia el Servicio de Protección a la Niñez, las Oficinas de Protección de la Infancia (OPD) se reformularán para constituir un programa de protección general especializada en los territorios, con mayor financiamiento y más especialización. Se espera que estas oficinas puedan realizar diagnósticos especializados en aquellos lugares donde no haya Proyecto de Diagnóstico Ambulatorio (DAM), entregar acompañamiento a los niños, niñas y adolescentes que tienen casos judicializados y a sus familias, y realizar intervenciones a casos de baja y mediana complejidad cuando corresponda y no exista otra oferta más adecuada en ese territorio.

Las Oficinas locales de niñez serán las encargadas de desarrollar las acciones de protección administrativa de los derechos de los NNA de su jurisdicción, a través de la promoción de los mismos, la prevención de vulneraciones y su protección general, mediante acciones de carácter administrativo. No obstante, esas acciones no equivalen a la implementación de un Sistema administrativo de protección de derechos y por consiguiente no contribuyen a desjudicializar mínimamente el sistema de protección que actualmente tenemos. No existe claridad sobre la forma en que estas Oficinas locales abordarán la promoción, prevención y protección, y si, finalmente, darán plena respuesta a las necesidades que hoy día existen a nivel local en los temas de infancia.

Reparaciones para las víctimas

El Comité recomienda que el Estado parte: a) Establezca mecanismos de reparación para las víctimas, actuales y pasadas, priorizando su derecho a ser oídas y expresar su dolor; b) desarrollar un plan de acción

de reparación que incluya acciones en salud, especialmente tratamiento psicológico, educación, vivienda, justicia y, en su caso, indemnización económica; y c) adopte todas las medidas necesarias, de corto, medio y largo plazo, para aplicar con urgencia las recomendaciones señaladas y proteger, respetar y hacer cumplir todos los derechos de los NNA que se encuentran en el sistema de protección.

El Estado de Chile presentó una serie de medidas para subsanar en parte, las críticas y recomendaciones que realizó el Comité, entre ellas, la implementación del Programa Mi abogado para los NNA que viven en residencia, planes de capacitación a nivel judicial, instalación de pilotos de Oficinas locales de la niñez, evaluación y ajuste de la oferta ambulatoria, etc.

Dentro de estas medidas, se valora el compromiso de fortalecer el cuidado alternativo de base familiar por sobre el residencial, a través de familias de acogida especializada y, asimismo, abordar el cuidado alternativo residencial a través de la definición de un nuevo modelo de “Residencia Familiar para Adolescentes”. Además, el Estado se compromete a implementar un programa especializado de intervención con familias, que apoye la desinternación y la restitución del derecho a vivir en familia, es decir, asume la necesidad de trabajar con las familias, cuestión ausente en la práctica actual, estableciendo a futuro un diseño programático que aborde directamente la reunificación familiar de niños y niñas que han sido separados de sus familias. El Estado asume, también, la evaluación y ajuste de oferta de todos los programas ambulatorios, con el objetivo de rediseñar esta oferta. Otra de las acciones que considera es la formación continua de juezas, jueces y personal judicial, concretamente en la aplicación del interés superior del niño en la jurisprudencia de familia y de justicia juvenil. Asimismo, el Estado se comprometió a la implementación de una defensa especializada del NNA, con un componente jurídico y psicosocial que promueva el retorno de los niños a sus familias (programa Mi Abogado), a la cual se hizo referencia anteriormente.

Es destacable el compromiso de avanzar en la aprobación de la Ley sobre un sistema de garantías de los derechos de la niñez y adolescencia, a través de la creación de un sistema de protección administrativa para una adecuada aplicación de las medidas de protección, así como la implementación de Oficinas locales de niñez, con el propósito de probar operativamente la “protección administrativa”. Sin embargo, aún hay temas pendientes. Uno de ellos es la efectiva modificación de la Ley 20.032 que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la Red de colaboradores del Sename, y su régimen de subvención. Si bien hubo un aumento de la subvención, el Estado no ha explicitado que tiene la responsabilidad principal en relación a los niños que se encuentran bajo su tutela en el sistema de protección, rol indelegable

conforme a todos los estándares internacionales. Otro tema esencial, dice relación con la falta de respuesta del Estado respecto al establecimiento de criterios definidos frente a la decisión de separar al NNA de su familia, y sobre sus cuidados alternativos. Dicha decisión debe adoptarse en el contexto de un debido proceso y aplicando el interés superior del niño como la consideración primordial, tal como lo mandata la CDN y el Comité, a través de la Observación 14, y las Directrices de las Naciones Unidas sobre medidas alternativas de cuidado de los NNA. Finalmente, podemos señalar que la respuesta del Estado no se hace cargo de la reparación de aquellos NNA que han sido víctimas del sistema, en tanto el propio Estado debió haber sido garante de sus derechos. Es necesario, en consecuencia, que se establezcan mecanismos de reparación de todos los NNA vulnerados en sus derechos.

IV. PREOCUPANTE PANORAMA ACTUAL DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA, VISIONES Y PÉRDIDAS

Recientemente la Cámara de Diputados aprobó en general el control de identidad preventivo desde los 16 años, al cierre de este informe queda pendiente el segundo trámite legislativo en el Senado. Por su parte el oficialismo considera un triunfo la idea de responsabilizar a menores y así prevenir la actividad delictual juvenil, entregando mayores atribuciones a Carabinero. Sin embargo, nosotros consideramos que esto en materia de derechos representa una reducción de garantías y derechos a los y las adolescentes. La evidencia es clara en demostrar que medidas como estas no se traducen en disminución de la delincuencia juvenil e indican que su principal impacto es finalmente la discriminación contra la población de jóvenes proveniente de sectores más pobres, más vulnerables.

Este tipo de iniciativas se suma a un panorama general de iniciativas y corrientes que se traducen en un retroceso en los derechos de niños niñas y adolescentes del país, el endurecimiento de medidas a nivel legislativo, iniciativas como las del Alcalde Lavín y otros de instalar un toque de queda dirigido para menores de 14 años o la llamada brigada encubierta de jóvenes para fiscalizar la venta de alcohol, que si bien no fueron concretadas, dan luces de una lógica que se instalando y en la cual se percibe a los jóvenes como una amenaza y se ve como única solución la restricción de sus derechos. En esta línea es preocupante el movimiento de padres con la consigna “No te metas con nuestros hijos” teniendo como bandera de lucha el que el Estado no interfiera con los modelos de crianza y educación que ellos declaran, no entendiendo que la misma Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 5 que Los Estados respetaran las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de impartirles, en consonancia con la evolución

de sus facultades, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la CDN. Por consiguiente, son los padres quienes tienen esa función, pero en pos del ejercicio de derechos por parte del niño y en consonancia a la evolución de facultades. La intervención del Estado está prevista solo en términos excepcionales, cuando no hay quienes se puedan hacer cargo del niño o cuando este es vulnerado, no hay interés ni menos posibilidad alguna que el Estado pretenda inmiscuirse en esa labor. El gran problema es que “No te metas con nuestros hijos” sumado al rechazo del concepto de autonomía progresiva es una declaración ideológica que finalmente no está reconociendo la calidad de sujetos de derecho de niños niñas y adolescentes ya que por el contrario los anula y presenta como una propiedad de los padres en términos absolutos, esto es alarmante, es retroceder al menos 100 años en materia de derechos de infancia.

A 30 años de la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, lamentablemente estamos en una etapa de pérdidas relevantes y pocos avances

CONCLUSIONES

En materia legislativa, los avances han sido mínimos los proyectos de ley como el de Garantías, el de Adopción Integral y el de Servicio de Protección de la Niñez, aún, pese a los años transcurridos, no han sido aprobados.

Se valora la aprobación de la ley de imprescriptibilidad de delitos sexuales contra menores de edad. Su aprobación constituye un marco inédito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un hito histórico que contribuirá a entregar justicia efectiva a los NNA que, en su camino hacia la adultez, fueron víctimas de esta clase de delitos.

Esta Ley consideró, además, la situación del adolescente que ha cometido delitos sexuales, excluyéndolo de la imprescriptibilidad, de acuerdo a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se plantea que debe transcurrir el menor tiempo posible entre la comisión del delito de un NNA y la respuesta definitiva estatal. Esto demuestra que existió una mirada desde los derechos de la infancia a la hora de legislar.

El marco normativo penal de los NNA debe ser entendido como un derecho autónomo y diferenciado del de los adultos, que no solo requiere de defensores y fiscales especializados, sino también de jueces y funcionarios dentro de una institucionalidad propia. En este sentido, recordemos que el Comité, en su Observación General N° 10, “recomienda que los Estados Parte establezcan tribunales de menores como entidades separadas o como parte de los tribunales regionales o de distrito existentes”.

Se debe crear una Ley de garantía que incorpore el paradigma de protección integral de los NNA, tal como lo promueve la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se establezca un marco de garantías, con mecanismos de exigibilidad y que promueva la desjudicialización del sistema de protección. Asimismo, que establezca la existencia de tribunales de justicia especializados en materia de Infancia y Adolescencia, tanto en el ámbito familiar como penal. La especialización debiera ser, además, una obligación para todos aquellos órganos y entidades que están a cargo del tratamiento de los NNA, como las policías, curadores *ad litem*, defensores y otros.

La existencia de la ley de garantía se vuelve imprescindible (tal como lo ha señalado el Comité de Derechos del Niño) y debiese contener un estatuto general que establezca la estructura fundamental de las garantías y protecciones del ejercicio de los derechos. Que además represente el marco para la elaboración e interpretación del conjunto de la legislación sectorial que desarrolla cada uno de los derechos, tales como el derecho a la educación, a la salud o a la convivencia familiar, entre otros. Esta Ley no solo debe considerar la existencia de garantías sino además mecanismos que permitan hacer efectivas dichas garantías. No es concebible un Sistema de Protección Integral sin considerar garantías y a su vez mecanismos de exigibilidad que las hagan efectivas.

Si bien se valora que el nuevo Servicio Nacional de Protección a la Niñez contará con un nivel más profesional y que además contempla la acreditación de programas, lo cual puede resultar muy virtuoso, sin embargo, creemos que en la práctica este no representará un efectivo avance respecto del actual SENAME, dado que en términos macro no se está considerando un soporte sistémico que contribuya a llevar a cabo el rol de este nuevo Servicio desde un paradigma distinto al actualmente instalado.

El Estado debiese ocuparse del proceso de acompañamiento y preparación para la vida independiente, incorporando como una línea de acción el diseño de un proyecto, especialmente para los jóvenes que egresan de programas de acogimiento alternativo, (familias de acogida y sobretodo del sistema residencial) con orientaciones técnicas donde se establezcan las líneas y componentes del mismo.

En materia de adopción se reconocen importantes avances, sin embargo, urge que este proyecto de ley vea la luz luego de largos seis años de tramitación, y ante la imperiosa necesidad de contar con una ley de adopción que esté en sintonía con la normativa y estándares internacionales.

Es esencial que el sistema de Adopción se conciba desde la gratuidad absoluta y por lo mismo urge la supervisión de fundaciones que hoy en día están cobrando sumas excesivas con la excusa de la realización de evaluaciones o talleres para los posibles adoptantes.

La respuesta del Estado de Chile al Comité de Derechos Niños parece insuficiente en materia de reparación y restauración de derechos

de los niños que han sido víctimas de violaciones y vulneraciones de derechos, al interior del sistema residencial.

Aunque se han producido avances relevantes en el reconocimiento del derecho a ser oídos y en la necesidad de nombrarles curadores *ad litem* a los NNA en escenarios judiciales, se valora especialmente la creación del Programa Mi Abogado llevado a cabo por el Ministerio de Justicia, sin embargo, en la actualidad no existe una oferta suficiente, a nivel nacional no hay una oferta universal de este derecho para todos los niños en todos los casos que se requiera, es decir, considerando todo tipo de instancias donde se tomen medidas que los afecten, tampoco protocolos o estándares que regulen el actuar de los curadores, ni menos existe supervisión alguna, cuestión que podría derivar en prácticas vulneratorias para los NNA.

Si bien la respuesta del Estado al Comité de Derechos del Niño alude a un compromiso para generar “políticas y acciones que permitan tener siempre presente el dolor de aquellos niños y niñas que vieron, y ven, su infancia dañada por la falta de intervención oportuna de los distintos actores de nuestro sistema de protección”, no se plantea ninguna medida concreta de reparación a las víctimas, ni tampoco un plan de acción para enfrentar este drama social. En definitiva, el Estado ha dado un cumplimiento parcial e insuficiente a las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño.

Es preocupante el panorama actual respecto a niños niñas y adolescentes, ya que se está instalando una lógica de restricción de derechos desde un discurso paternalista y además punitivo que implicará la pérdida de derechos y garantías en la infancia y adolescencia del país y eso significa un retroceso en lo más profundo de nuestro sistema democrático.

RECOMENDACIONES

Es necesario que la Constitución considere dos principios que por la particularidad y características de la infancia y adolescencia tengan reconocimiento expreso. En primer lugar, el Principio del Interés Superior del Niño que debe tener siempre una consideración primordial, y en segundo lugar, el Derecho de niños niñas y adolescentes a la Participación, esto es, el derecho a participar, ser informado y ser oído en conformidad a su edad y madurez en todas aquellas instancias donde se adopten medidas que les afecten. Es esencial que estos dos principios que responden a la necesidad de reforzar la protección de la infancia y adolescencia sean reconocidos constitucionalmente.

Se requiere avanzar en la tramitación del proyecto de Ley del Sistema de Garantía. Dicha ley debiese contener: i) la integralidad de los mecanismos de protección/garantía/ exigibilidad insertos en un sistema

integrado de normas, instituciones, programas y recursos financieros; ii) una enunciación precisa de los principios, garantías y derechos para los NNA, como igualdad, prioridad, reconocimiento de la autonomía y la participación (lo que constituye un estatuto de aplicación general para la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico relativo a los NNA).

Es necesario que se prevean capacitaciones adecuadas a todos los servicios del Estado en materia de identidad de género, con el objeto que la implementación de la ley sea efectiva y prevengamos posibles vulneraciones.

Para contar con un sistema de reinserción de adolescentes que sea efectivamente especializado, es necesario que –tanto en su diseño institucional como respecto de los órganos que participan durante todo el proceso, incluida la etapa de intervención– el nivel de especialización responda a lo mandado por la CDN.

Debiese considerarse la posibilidad de otorgar recursos desde el Estado a jóvenes mayores de 18 años, con el fin de subsidiarlos hasta que logren obtener una profesión u oficio, con un límite de edad, homologando esto al derecho a pensión alimenticia que tienen los jóvenes respecto de sus padres en que estos tienen la obligación legal de proveerles sustento hasta los 21 años si no estudian o hasta que obtengan una profesión u oficio (con una edad máxima de 28 años) Realizando las reformas legales pertinentes por ejemplo al código civil en materia de alimentos.

En materia de adopción, es esencial que el eje de interés del debate legislativo siempre esté puesto en el bienestar de los niños y niñas y en su derecho a vivir en familia, por sobre cualquier otra consideración.

En relación al derecho a ser oído, es necesario elaborar protocolos que regulen el ejercicio de este derecho, así como ajustar este derecho a la normativa y estándares internacionales, de manera que prime la voz y las necesidades del NNA. El Estado debe impartir de manera permanente, capacitaciones a los funcionarios de la administración y el Poder Judicial, de tal forma que se haga efectivo el derecho de los NNA a ser oídos, entendiendo las capacidades especiales, la interculturalidad y el enfoque de género en los NNA.

Establecer legalmente la figura del abogado del niño, dotándolo de especialización y recursos suficientes, bajo estándares de actuación ajustados a los instrumentos de derechos humanos y con cobertura para todos los NNA que participen en un proceso judicial o administrativo que les afecte.

El Estado de Chile debe considerar mecanismos de reparación para todos los NNA que han sido víctimas, mientras estaban al cuidado de un Estado que no siempre ha ejercido el rol de garante que le corresponde.

