INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017

EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS udp
FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales; Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la universidad, 2017, 1ª edición, p. 472, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983
Cutter: In38
Colección Derecho
Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Lidia Casas Becerra directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página y biografías de los autores del informe 2017.

Materias:
Chile. Derechos Humanos.
Derecho al agua potable. Chile.
Empresas, aspectos sociales.
Derechos del niño. Chile
Personas LGTBI. Aspectos jurídicos.
Inmigrantes, situación jurídica.
Multiculturalismo, Chile.
Derechos de pueblos indígenas.
Identidad cultural. Chile.
Privacidad.
Control de la policía.
Derecho de acceso a la justicia.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017

©VV.AA.
©Ediciones Universidad Diego Portales, 2017

Primera edición: noviembre de 2017
ISBN 978-956-314-392-8

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-22) 676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial
Edición: Vicente Parrini
Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.

Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. 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.

SENAME: EL ROL DEL ESTADO, LA TUTELA JUDICIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LA RELEVANCIA PENAL DE LA CRISIS[1]

"(...) eso da pie automáticamente para que todos los organismos internacionales empiecen a condenar a Chile en democracia por violador de los derechos humanos. Si me dicen que el Estado de Chile es responsable por esas violaciones, eso faculta para que 700 mil o un millón de menores que alguna vez pasaron por establecimientos del Sename, empiecen a demandar al Estado de Chile por su responsabilidad por la falta de servicio. Y si hablamos de crear una comisión de Verdad y Reparación, vamos a tener que crear pensiones para todos los niños que pasaron por el Sename, incluido 'El Cisarro'".

Jaime Campos.
Ministro de Justicia y Derechos Humanos
El Mercurio, 8 de julio de 2017.

1 Capítulo elaborado por Eduardo Alcaíno Arellano, Sabrina Perret Neilson y Pablo Soto Delgado.

SÍNTESIS

Entre los años 2005 y 2016, 1.313 niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años murieron en centros del SENAME o en organismos colaboradores autorizados por ese servicio. En esos lugares existen de manera extendida prácticas sistemáticas de violencia física, psíquica y sexual. Por lo tanto, estamos en presencia de una reiterada comisión de delitos. La falta de programas adecuados, la escasa capacidad técnica, el mínimo esfuerzo del servicio por interpretar sus competencias para satisfacer los objetivos que se le han encargado, la deficiente colaboración del órgano con los jueces de familia, así como una legislación inapropiada, fuerzan a concluir que se está en presencia de una política pública fracasada. Si a lo anterior se agrega la extensa información disponible acerca de la captura del servicio por los partidos de turno, es claro que los problemas de conducción política son parte central de la actual crisis del SENAME. El Estado de Chile vulnera, desde los múltiples puntos de vista señalados, los derechos de las niñas, niños y adolescentes que están bajo su cuidado, lo cual es especialmente grave si se considera que todos ellos se encuentran en una situación de aguda vulnerabilidad. Cualquier solución a la actual crisis debe partir necesariamente de la verificación e imputación de responsabilidades, así como de la identificación de los puntos de diseño, implementación y prácticas administrativas y judiciales que requieren mejoras.

PALABRAS CLAVES: Servicio Nacional de Menores, externalización de servicios de cuidado y derechos humanos, tutela judicial de niños, niñas y adolescentes; responsabilidad penal por vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda, desde la perspectiva de las obligaciones que pesan sobre el Estado de Chile en materia de derechos humanos, la crisis del Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME).

Como se sabe, en 2016 la opinión pública conoció un conjunto de casos que involucraban la muerte de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) que se encontraban al cuidado del servicio y de sus colaboradores privados. Entre los años 2005 y 2016, en democracia, murieron 1.313 personas en las diversas áreas de atención del SENAME. Esta cifra es brutal.

El último año se revelaron, también, otras situaciones abusivas en contra de los NNA, incluyendo prácticas lesivas físicas y psicológicas, y, en algunos casos, verdaderos métodos de castigo o tortura, así como abusos sexuales. Ninguna de estas prácticas se ha presentado de manera aislada, considerando no solo el número de casos, sino también la forma de su ocurrencia. Como si lo anterior no fuera suficiente, se han detectado redes de prostitución cuyas víctimas serían los NNA al cuidado del servicio y sus colaboradores. Se trata aquí, derechamente, de graves delitos.

Además de estos gravísimos hechos, el funcionamiento general del servicio y sus colaboradores han sido cuestionados. Las críticas apuntan a problemas de gestión y falta de supervisión, así como a diversas irregularidades referidas a la captura política del órgano: "cuoteo" en los nombramientos de funcionarios en desmedro de las cualidades técnicas que estos deben tener, influencias indebidas de políticos en la adjudicación de las subvenciones que el SENAME entrega a los colaboradores, protección de los políticos responsables, etcétera. Todas estas situaciones impactan directamente en los NNA que están al cuidado del servicio y de sus colaboradores.

En una muestra dramática de intervención de la política con fines distintos a la protección de los derechos de los NNA, al momento del cierre de este capítulo, a instancias del gobierno, 47 diputados han rechazado y 13 se han abstenido de aprobar –lo que para efectos prácticos es lo

mismo– el Informe de la Comisión Investigadora SENAME II.[2] Allí, luego de más de un año de trabajo, se establecieron deficiencias generalizadas en el servicio, responsabilidades políticas y gravísimas transgresiones a los derechos de las personas vulnerables que se encuentran al cuidado del Estado. Quien revise los documentos y testimonios que fundaron el informe de la Comisión, sabrá que el rechazo de lo que allí se indicaba es una muestra más del fracaso estatal en la protección de los NNA.

La crisis del SENAME es un caso de transgresión radical y extendida de derechos humanos de personas que tienen una doble condición de vulnerabilidad: por una parte, son NNA que poseen un desarrollo físico y mental que aumenta el riesgo de sufrir violaciones a sus derechos y, por otra, quienes se encuentran al cuidado del servicio y sus colaboradores *ya han sido lesionados en sus derechos*. Respecto a estas personas, el Estado tenía obligaciones que, en definitiva, ha incumplido.

Precisamente, el objetivo de este capítulo es analizar, documentadamente, el incumplimiento de la responsabilidad del Estado de "prevenir, investigar y sancionar" las violaciones a los derechos humanos de los NNA al cuidado del SENAME y sus colaboradores. Esto sobre la base de los instrumentos dirigidos a proteger los derechos de estas personas –principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN)– y, debido a la conformación institucional del SENAME, que primariamente es un asignador de subvenciones para financiar servicios de cuidado que el Estado ha externalizado, es necesario revisar cuáles son los estándares de derechos humanos cuando se realizan contratos con terceros privados que prestan servicios públicos. El esquema normativo para esto último se encuentra en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y Derechos Humanos.

Los objetivos anteriores se abordan desde distintas perspectivas, siempre insuficientes, atendida la enorme crisis que vive el servicio. Estas son:

i) El diseño del SENAME y su relación con los colaboradores privados, constatándose que, si bien existen herramientas jurídicas para controlar a estos últimos, son insuficientes, o bien el servicio ha decidido no hacer el esfuerzo de interpretarlas para cumplir, tanto como sea posible, el objetivo que el legislador le estableció: proteger los derechos de los NNA.

ii) La identificación, mediante entrevistas con jueces de familia, de las principales dificultades que los magistrados detectan al cumplir su labor de intervención en casos de NNA vulnerados, en especial, cuando deben relacionarse con el SENAME. Aquí se explican las fallas y deficiencias del servicio en la colaboración con la judicatura para proteger a los NNA. Si a esto se suman los incentivos de gestión judicial, que impiden dedicar tiempo y calidad a la protección de estas personas, se produce una

2 Votación de 4 de julio de 2017, Sesión 40.

interacción institucional-administrativa-judicial que no protege derechos.

iii) La valoración penal de los hechos que han conformado la crisis del servicio. Resulta fundamental comprender que lo acontecido en el SENAME consiste en una comisión de delitos reiterada y extendida en el tiempo. Por una parte, los que afectan directamente a los NNA (vulneraciones al derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de su libertad sexual) y, por otra, el grupo de hechos que afectan la probidad y el interés público que tienen, también, la capacidad de incidir en la deficiente organización del servicio y, consecuentemente, en los derechos de los NNA.

El capítulo comienza refiriéndose a los estándares de derechos humanos aplicables. A continuación, se explicará la estructura del SENAME y sus herramientas de supervisión respecto a los colaboradores, así como su falta de compromiso con la misión de protección de derechos humanos de NNA que la ley le ha encargado. Enseguida, se revisarán los problemas que los jueces han constatado en su interacción con el servicio, tratándose de la tutela judicial de los NNA. Luego, se analizará la relevancia penal de las conductas que conforman la crisis del SENAME. Finalmente, se formulan conclusiones y recomendaciones.

1. ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS

1.1. Estándares generales de derechos humanos para la protección de NNA

Los NNA son titulares, al igual que cualquier otra persona, de los derechos consagrados en los diversos tratados de derechos humanos. Sin perjuicio de ello, debido a la específica vulnerabilidad que tienen, el desarrollo de los derechos humanos los ha definido como un grupo de la sociedad que requiere una especial protección.[3-4] Lo anterior se ha

3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los NNA, por su condición, tienen derechos específicos que deben ser cautelados por la sociedad, la familia y el Estado. Sobre el punto, véanse, entre otras: Corte IDH, *Opinión consultiva OC-17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28 de agosto de 2002; Corte IDH, caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004; y Corte IDH, caso masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones,* 30 de noviembre de 2012.

4 Como bien se ha explicado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que esa protección especial "debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención Americana reconoce a toda persona." Véase: Eduardo Ferrer y Carlos Pelayo, "La obligación de 'respetar' y 'garantizar' los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Estudios Constitucionales*, Año 10, Nº 2, 2012, p. 157.

traducido en la elaboración de estándares propios aplicables a los NNA.[5]

La CDN contempla una serie de derechos, similares a los de toda persona, con la debida especificidad que la calidad de los NNA exige, así como un conjunto de deberes cuyo destinatario es el Estado. Cada derecho y deber ha tenido y sigue teniendo un desarrollo importante y extenso,[6] aunque debido a que este capítulo se concentra en una determinada esfera de la problemática de los derechos humanos de los NNA, se describirán de manera más detallada aquellos estándares pertinentes.

Entre los derechos más relevantes estatuidos en la CDN se establece que los Estados, a través de sus instituciones, tribunales y órganos de la Administración, deberán tener siempre como principal consideración el interés superior del niño o niña.[7] Este principio, que se consagra como derecho y a su vez como deber del Estado, ha de ser entendido como la especial protección y satisfacción de necesidades que los Estados proporcionarán a los NNA. Tal protección tiene por finalidad fomentar el desarrollo armonioso de la personalidad de los mismos, y se funda en la dignidad del ser humano, considerando sus características y necesidades propias, debiendo además los Estados generar mecanismos especiales de protección a todos los derechos de los NNA.[8]

Un aspecto relevante del sistema de protección de los derechos humanos es la obligación de respetarlos y garantizarlos. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, aquel imperativo se encuentra en su artículo 1.1. Mientras el deber de respeto consiste en cumplir directamente las normas –bien sea actuando o absteniéndose–, la obligación de garantía exige que el Estado se organice asegurando el ejercicio de los derechos humanos.[9] Este último deber implica, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los Estados deben "prevenir, investigar y sancionar" las violaciones a los derechos, restableciéndolos en caso de ser posible y reparando sus daños.[10]

5 La misma CDN establece, en su Preámbulo, recordando la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que "su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales."

6 Véanse al efecto las múltiples Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.

7 Dispuesto expresamente en los artículos 3.1, 9.1, 9.3, 18.1, 21, 37, y 40.2 de la CDN.

8 Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°5: Niños y niñas*, San José de Costa Rica, Corte IDH, 2015, pp. 25-26.

9 La explicación en Ferrer y Pelayo, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

10 Así, con claridad en Corte IDH, *caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Reparaciones y Costas*, de 27 de febrero de 2002, párr. 99: "este Tribunal primeramente debe indicar que la Convención Americana garantiza a toda persona el acceso a la justicia para proteger sus derechos y que recaen sobre los Estados partes los deberes de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores y encubridores de las violaciones de los derechos humanos."

Este deber ha de cumplirse especialmente en lo referente a los NNA, ya que –como se dijo– se trata de personas con un nivel de vulnerabilidad más acentuado, por lo cual las posibilidades de ser víctimas aumentan y las de denuncia o de defensa se ven disminuidas.

Por lo mismo, desde el punto de vista de la prevención, el artículo 3 de la CDN establece que los Estados partes "tomarán *todas las medidas* legislativas y administrativas adecuadas" para asegurar a los NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.[11] La misma disposición impone que los Estados deben asegurarse de que las instituciones, servicios o establecimientos encargados del cuidado de los NNA se ajustarán a las normas referidas al cuidado o protección de los mismos.[12]

Por su parte, el artículo 19 de la CDN dispone que los Estados "adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo." Precisamente, sobre la base de este artículo, la Observación general Nº 13 del Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que las instituciones estatales son una fuente potencial de violación de los derechos de los NNA si se omiten ciertas acciones normativas y fácticas cuando se trata de su protección. Al respecto, ha afirmado que:

> Las autoridades estatales de todos los niveles encargadas de la protección del niño contra toda forma de violencia pueden causar un daño, directa o indirectamente, al carecer de medios efectivos para cumplir las obligaciones establecidas en la Convención. Esas omisiones pueden consistir en no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, técnicos y humanos para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños. También se incurre en esas omisiones cuando las medidas y programas existentes no disponen de suficientes medios para valorar, supervisar y evaluar los progresos y las deficiencias de las actividades destinadas a poner fin a la violencia contra los niños. Además, los profesionales pueden vulnerar el derecho del niño a no ser objeto de violencia en el marco de determinadas actuaciones, por ejemplo, cuando ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del niño.[13]

11 Artículo 3.2 CDN. El destacado en cursivas es nuestro.
12 Artículo 3.3 CDN.
13 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°13*, 18 de abril de 2011, p. 13.

Respecto a las características del deber de investigar, se ha indicado que tienen que adoptarse procedimientos de investigación rigurosos, deben ser efectuados por personal cualificado y tender a aportar prueba en la sede administrativa, penal y civil. Todo adaptado a las características de los NNA.[14]

En cuanto al deber de sancionar, la Observación General N°13 del Comité de los Derechos del Niño señala que, para impedir la impunidad de las violaciones de los derechos de los NNA, se requiere intervención judicial. Para ello, podrán ser necesarios incluso procedimientos penales "que deben aplicarse estrictamente para poner fin a la impunidad generalizada de que gozan, *de jure o de facto*, los autores de actos de violencia, en particular cuando se trata de agentes estatales".[15] Pero no solo esto: un aspecto relevante de dicha intervención judicial tiene que ver con la existencia de "medios de reparación eficaces, como la indemnización de las víctimas y el acceso a mecanismos de reparación."[16]

En línea con lo que se viene diciendo, el mismo artículo 19 de la CDN indica la necesidad de "intervención judicial", pero no de cualquier tipo, sino que debe perseguir que todas las decisiones que se adopten obedezcan a la finalidad principal de proteger al NNA, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior. Por lo mismo, la intervención debe ser realizada por un tribunal especializado, por personal capacitado e interdisciplinario, y bajo un procedimiento especial adaptado a las condiciones de los NNA.[17]

1.2. Estándares de derechos humanos que rigen la externalización de los servicios de cuidado y atención de NNA

Junto a los estándares específicos aplicables a la protección de NNA, también existen estándares de derechos humanos que debe cumplir el Estado cuando se relaciona con colaboradores privados que le prestan servicios. Eso es lo que hace el SENAME a través de la entrega de la subvención a sus colaboradores, en virtud de la externalización del cuidado de los NNA. Como principio fundamental, la privatización de los servicios no implica que el Estado sea irresponsable en caso de que las cosas salgan mal, menos si se vulneran derechos humanos.[18]

Tratándose de la relación entre el Estado y los privados que actúan dentro de su territorio y/o jurisdicción, es necesario saber cuáles son las

14 Ibíd., p. 24.
15 Ibíd., p. 23.
16 Ibíd., p. 24.
17 Ibíd., pp. 23-24.
18 Una extensa y detallada explicación sobre este asunto, en Athenor Hallo de Wolf, *Reconciling Privatization with Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2011, pp. 199 y ss.

obligaciones del primero, el nivel de protección que debe proporcionar y su grado de responsabilidad en materia de derechos humanos. Una respuesta a estas interrogantes se encuentra en los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (PR)[19], analizados recientemente para el Estado de Chile en el "Estudio de línea de base sobre empresas y derechos humanos".[20]

En lo que concierne a este capítulo, los PR constituyen estándares que debieran seguirse en la relación entre los organismos estatales y los privados, debiendo incluirse entre estos últimos a los colaboradores del SENAME. A continuación, se presentan aquellos deberes más pertinentes para la temática de este capítulo.

Como principio fundacional, los Estados deben proteger a las personas contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros privados, debiendo, al efecto, "adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia" (PR 1). La falta de idoneidad o la ausencia de medidas para evitar las violaciones por parte de los terceros permite atribuir al Estado la responsabilidad por las violaciones a los derechos humanos que en su territorio o jurisdicción acontezcan. Este deber estatal incluye el establecimiento de "mecanismos adecuados de rendición de cuentas, seguridad jurídica y transparencia".[21]

Desde el punto de vista operativo, en cumplimiento de esta obligación de protección, los Estados deben, entre otras cuestiones exigidas por el PR 2:

i) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto que los privados respeten los derechos y evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas, remediando eventuales carencias. Es importante que los Estados examinen si se están aplicando eficazmente las disposiciones y analicen los motivos del incumplimiento, así como las medidas para corregir la situación. Asimismo, deben verificar si la regulación provee suficiente cobertura a los derechos humanos y si generan, junto a las políticas pertinentes, un entorno propicio para que los privados respeten los derechos humanos.[22]

ii) Alentar y, si es preciso, exigir a los privados que expliquen cómo

19 Naciones Unidas, *Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

20 Schönsteiner y otros, *Estudio de línea de base sobre empresas y derechos humanos*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, 2016.

21 Naciones Unidas, *Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011, p. 3.

22 Íbid., pp. 5-6.

tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos. Es importante que los Estados alienten y si es preciso exijan que los privados entreguen información, a fin de promover el respeto de los derechos humanos. Esta obligación es particularmente apropiada cuando el tipo de actividades desarrolladas por los privados, o su entorno, implica un "riesgo importante para los derechos humanos."[23]

Junto a lo anterior, de acuerdo al PR 4, al contratar con terceros –o bien privatizar una prestación pública– cuya actividad pueda impactar los derechos humanos, el Estado debe llevar a cabo una adecuada supervisión de aquellos, en el entendido que:

> Los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales de derechos humanos por privatizar la prestación de servicios con un posible impacto sobre el disfrute de los derechos humanos. Si no aseguran que las empresas que prestan esos servicios cumplan las obligaciones de derechos humanos, las consecuencias pueden ser perjudiciales para la reputación del propio Estado y atraerle problemas legales. Es necesario que los contratos de prestación de servicios o la legislación que habilite esa prestación precisen que el Estado espera de esas empresas que respeten los derechos humanos. Los Estados deben asegurarse de su capacidad de supervisar efectivamente las actividades de las empresas, en particular mediante mecanismos adecuados e independientes de supervisión y de rendición de cuentas.[24]

Por otro lado, concretando el deber de protección contra las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por los privados en su territorio o jurisdicción, el Estado debe asegurar el acceso de las víctimas a "mecanismos de reparación eficaces", sean judiciales, administrativos o de otro tipo (PR 25). Estas reparaciones están destinadas a contrarrestar o reparar cualquier daño a los derechos humanos ya ocurrido y pueden manifestarse de distintas maneras: disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no y sanciones penales o administrativas, así como medidas de prevención de nuevos daños.[25]

1.3. Comentario a los estándares de derechos humanos

Conforme a lo dispuesto en los instrumentos de derechos humanos que se han reseñado, es posible afirmar que el Estado, cuando se encuentra al cuidado de los NNA, ha de satisfacer ciertos estándares cuya

23 Ibíd., p. 7.
24 Ibíd., p. 9.
25 Ibíd., p. 33.

finalidad es impedir o bien remediar la vulneración de sus derechos. La obligación del Estado rige también cuando ha externalizado los servicios de cuidado de los NNA. Es decir, a pesar de no ser el proveedor directo de ese servicio, se encuentra sujeto a tales deberes.

Esto debe leerse, además, teniendo en consideración que son "cuidadores" de los NNA, entre otros, "el personal de las instituciones (públicas y privadas) encargado de la atención de niños, como [...] los centros correccionales de menores y los centros de día y los hogares y residencias. En el caso de los niños no acompañados, el cuidador *de facto* es el Estado."[26] Esas personas y entidades son *responsables* de los NNA, siendo clara, además, la CDN en cuanto a que en el Estado recae un deber de cuidado residual y de carácter irrenunciable. En efecto, la totalidad de los cuidadores pueden faltar, pero la organización estatal nunca puede desligarse de sus obligaciones.

Todo lo anterior significa que el Estado tiene un rol que no consiste solamente en prestar un servicio de cuidado, sino que debe hacerlo asegurando que los derechos de los NNA no se vulneren. Esto exige varias cuestiones. En primer lugar, disponer de herramientas regulatorias que sean idóneas para satisfacer dicha tarea, es decir, adoptar "*todas las medidas* legislativas y administrativas adecuadas" como lo establece el artículo 3 de la CDN. En segundo término, implica, también, que el control y la supervisión, por parte de las instituciones estatales –judiciales y administrativas– debe asegurar a todo evento que esos derechos no se lesionen. En tercer lugar, exige disponer de personal técnico para evitar vulneraciones, así como de un presupuesto e infraestructura apropiados. Si nada de esto acontece, el Estado incumple sus deberes. Dicha inobservancia de los estándares –que debería ser excepcional– debe, asimismo, sancionarse e indemnizarse conforme a mecanismos apropiados y eficaces.

2. EL SENAME Y LA EXTERNALIZACIÓN DEL CUIDADO Y ATENCIÓN DE LOS NNA

2.1. El SENAME tiene la función de proteger y promover los derechos ya vulnerados de los NNA

El SENAME es un servicio público centralizado que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. De acuerdo al artículo 1º de su ley orgánica (en adelante, DL 2.465), el servicio está "encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes *que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos* y a la

26 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°13*, 18 de abril de 2011, p. 13.

reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal".[27]

En relación con las principales funciones que ejerce el servicio, el citado artículo 1º del DL 2.465 prescribe que "corresponderá especialmente al SENAME diseñar y mantener una oferta de programas especializados destinados a la atención de dichos niños, niñas y adolescentes, así como estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados".[28]

Dos cuestiones pueden apuntarse aquí. La primera de ellas es que el SENAME es un servicio de carácter claramente técnico. A pesar de

27 El destacado en cursivas es nuestro.

28 Por su parte, el artículo 3º del mismo DL 2.465 desarrolla 14 numerales que contemplan las funciones específicas del servicio en cuestión. La disposición establece: "Artículo 3º.- En especial, al Servicio Nacional de Menores corresponderá: 1.- Aplicar y hacer ejecutar las normas y medidas que imparta el Gobierno en materia de asistencia y protección a los menores indicados en el artículo anterior. 2.- Proponer al Ministerio de Justicia planes y programas destinados a prevenir y remediar las situaciones que afectan a dichos menores, con el fin de obtener su desarrollo integral, sugiriendo metas y prioridades de acuerdo con las necesidades nacionales y regionales. 3.- Atender en forma preferente, por sí mismo o a través de las instituciones reconocidas como colaboradoras, a los menores enviados por los Tribunales de Menores, con el fin de cumplir las medidas que estos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a estos mismos tribunales cuando lo soliciten. 4.- Crear centros de internación provisoria y centros de rehabilitación conductual para administrarlos directamente. En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD, centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta. 5.- Desarrollar y llevar a la práctica, por sí o a través de las instituciones reconocidas como sus colaboradoras, los sistemas asistenciales que señale la ley o sean establecidos por el Ministerio de Justicia. 6.- Estimular la creación y funcionamiento de entidades y establecimientos privados que presten atención y asistencia a los menores de que trata esta ley. 7.- Proporcionar, cuando procediere, ayuda técnica, material o financiera a las instituciones públicas y privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos del Servicio. 8.- Impartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento. 9.- Efectuar la coordinación técnico-operativa de las acciones que, en favor de los menores de que trata esta ley, ejecuten las instituciones públicas y privadas. 10.- Asumir la administración provisional de las instituciones reconocidas como colaboradoras, cuando lo autorice el respectivo Juez de Menores. 11.- Informar, cuando lo disponga el Ministerio de Justicia, sobre la procedencia o conveniencia de conceder o cancelar la personalidad jurídica, o de modificar los estatutos, de las entidades de asistencia o protección de los menores a que se refiere el artículo 1°. 12.- Auspiciar y organizar cursos permanentes o temporales, sobre materias de su competencia, para capacitar a padres de familia, Juntas de Vecinos u otras organizaciones comunitarias y a personal de establecimientos públicos y privados, como asimismo congresos y seminarios a nivel regional, nacional o internacional. En el caso de congresos y seminarios de carácter internacional, deberá contar con la autorización previa del Ministerio de Justicia. 13.- Propiciar y realizar permanentemente estudios e investigaciones relacionados con los problemas del menor, en materias de su competencia. 14.- Recopilar y procesar la información y estadística que fueren necesarias sobre menores, sistemas asistenciales que se les aplican e instituciones que los atienden."

ello, solo recientemente se han incorporado al sistema de Alta Dirección Pública los cargos de Director Nacional y directores regionales,[29] lo cual es insuficiente para alejar el servicio de la intervención política. Como segunda cuestión, se hace necesario enfatizar con fuerza que, de acuerdo a lo que se ha dicho, los NNA cuyos derechos el SENAME se encarga de proteger y promover ya "han sido vulnerados". La ley no encarga al órgano una función respecto a titulares de derechos que se encuentran en una condición ordinaria. En efecto, a todo evento, la situación de un NNA que se encuentra al cuidado del servicio es la de quien está en una posición menoscabada, lo cual se encuentra –como se ha visto– reconocido legalmente por el Estado.

2.2. El SENAME como mero administrador de subvenciones: el mercado de los colaboradores

El SENAME cumple su función, principalmente, a través de su red de colaboradores, externalización de servicios que ha sido regulada en la Ley 20.032 de 2005.[30] Según su artículo 1º, se trata de una ley cuyo objeto es doble. Por una parte, "establecer la forma y condiciones en que el Servicio Nacional de Menores [...] subvencionará a sus colaboradores acreditados" y, por otra, dispone la forma en que el SENAME "velará" para que aquellos respeten y promuevan los derechos fundamentales de los NNA sujetos de atención.

Un colaborador del SENAME es una persona jurídica sin fines de lucro, o una persona natural que ayuda a ese servicio en las

29 Artículo 2 numeral 2) de la Ley 20.955. Mediante esta ley, de 20 de octubre de 2016, se perfecciona el sistema de Alta Dirección Pública y fortalece la Dirección Nacional del Servicio Civil. Con todo, aún no tiene plena vigencia la modificación, pues se requiere que los cargos que actualmente se ejercen queden vacantes.

30 El Reglamento de esa ley se encuentra contenido en el Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia.

diversas áreas que el Estado subvenciona,[31] previo reconocimiento y acreditación que efectúa el Director Nacional del órgano.[32] Para que un privado se considere acreditado debe solicitarlo al director.[33] La selección de los colaboradores para obtener la subvención se lleva a cabo mediante concurso público –aun cuando la asignación directa es también procedente– y entre aquellos y el SENAME se suscribe un convenio,[34] quedando, por tanto, regulada contractualmente la relación, con arreglo a las respectivas bases de licitación. No existe, entre los requisitos mínimos de este convenio, conforme a la ley, mención alguna a los derechos de los NNA. Tampoco lo hace el reglamento.[35]

A propósito de la vinculación contractual, es necesario destacar que, a diferencia de otras situaciones en las que existe un mercado mediante el que se satisface una necesidad pública regulada por el Estado (como en el caso de las sanitarias o servicios eléctricos), aquí no se produce una relación convencional entre el beneficiario (los NNA) y el prestador directo del servicio. Se trata, entonces, de una posición jurídica debilitada que requiere, por tanto, compensar esa desprotección con mecanismos estatales eficaces.

Uno de los principios de acción que la ley dispone respecto a los colaboradores y el propio SENAME es el "respeto y la promoción de los derechos humanos de las personas menores de dieciocho años contenidos en la Constitución Política de la República, las leyes vigentes, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales."[36]

31 Las líneas de acción subvencionadas de acuerdo al artículo 4º numeral 3) de la Ley 20.032 y 28 del Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia son la siguientes: i) Oficinas de Protección de Derechos (OPD), ii) Programas, y iii) Centros residenciales. Respecto a estos últimos, se distingue entre a) Centros de diagnóstico y b) Residencias. Los primeros están destinados a proporcionar la atención transitoria y urgente de aquellos niños, niñas y adolescentes, que requieran diagnóstico o ser separados de su medio familiar mientras se adopta una medida de protección a su favor, proporcionando alojamiento, alimentación, abrigo, apoyo afectivo y psicológico y los demás cuidados que estos requieran. Existen centros de diagnóstico para lactantes o preescolares y centros de diagnóstico para mayores. Estos últimos tienen por objeto "proporcionar, de forma estable, a los niños, niñas y adolescentes separados de su medio familiar, alojamiento, alimentación, abrigo, recreación, estimulación precoz, apoyo afectivo y psicológico, asegurando su acceso a la educación, salud y a los demás servicios que sean necesarios para su bienestar y desarrollo." Se distinguirán los siguientes tipos de residencias: Residencias de protección para mayores, residencias de protección para lactantes o preescolares, residencias para niños, niñas y adolescentes con discapacidad, y residencias especializadas.

32 Artículo 4º numeral 1) de la Ley 20.032.

33 Artículo 8º de la Ley 20.032.

34 Artículo 25 de la Ley 20.032.

35 Artículo 20 del Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia.

36 Artículo 2º numeral 1) de la Ley 20.032.

Asimismo, la ley establece un deber general de prestar atención "a todo niño, niña o adolescente que lo solicite directamente o por medio de la persona encargada de su cuidado personal, a requerimiento del SENAME, del tribunal competente o de la oficina de protección de derechos respectiva, siempre que se trate de una situación para la cual sea competente, según el convenio, y cuente con plazas disponibles."[37] La normativa vigente impone también otras obligaciones generales a los colaboradores, tales como llevar un registro general de las solicitudes, atenciones a los NNA y otros hechos relevantes, así como un deber de denunciar en caso de que tengan conocimiento de vulneración a los derechos de alguno de ellos, siempre que fuere constitutiva de delito.[38]

Los colaboradores privados progresivamente han adquirido un papel predominante en la prestación encargada al SENAME. En efecto, en la actualidad, la abrumadora mayoría de las atenciones de dicho servicio son prestadas directamente por aquellos. De acuerdo a información del Ministerio de Justicia, al año 2015, los privados proveían el 96.18% de los servicios, mientras que solo el 3.82% está a cargo de centros de administración directa del SENAME,[39] siendo marginal su actividad, como precisamente el legislador lo ha establecido al disponer que:

> En casos calificados, y con autorización del Ministerio de Justicia, podrá crear y administrar directamente OPD, centros, programas y equipos de diagnóstico correspondientes a las líneas de acción desarrolladas por sus colaboradores acreditados con subvención estatal. Se entenderá por casos calificados aquellos en que los colaboradores no se interesen en asumir esas líneas de acción, una vez llamados a presentar propuestas, o bien, cuando la demanda de atención supere la oferta.[40]

Se trata de una aplicación canónica del principio de subsidiariedad, cuestión criticada –sin éxito– durante la tramitación de la Ley 20.032 y defendida por el gobierno de ese entonces y sus asesores.[41] Es una

37 Artículo 12 de la Ley 20.032.
38 Artículos 13 y 14 de la Ley 20.032.
39 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Balance de Gestión Integral 2015 Servicio Nacional de Menores, p. 9.
40 Artículo 3º numeral 4 del DL 2.465.
41 BCN, Historia de la *Ley 20.032*, pp. 222 y ss. Ante tal crítica, la entonces Directora del SENAME sostuvo que: "desde la perspectiva del modelo de desarrollo del país y del Estado, objetivamente, las políticas que se ejecutan en esta área vienen desde 1979, lo que implica atender de manera subsidiaria a los niños a través de organismos privados que se acreditan oficialmente y que llevan a cabo las políticas correspondientes.", en BCN, *Historia de la Ley 20.032,* p. 223.

concepción que autolimita la acción estatal en el cuidado de los NNA, impidiendo la intervención administrativa de prestación directa, salvo en aquellas hipótesis residuales establecidas expresamente en la norma citada, que nada dicen acerca de los derechos de las personas al cuidado de los privados. Esto significa que el sistema entero puede fallar desde la perspectiva de los derechos humanos y aun así el SENAME parece estar impedido de intervenir, pues, como se ha visto, solo puede hacerlo cuando los privados no participan en las licitaciones o bien la oferta es más baja que la demanda.

En rigor, la Ley 20.032 fortaleció un mercado de prestación de servicios funcional a los colaboradores privados, frente al cual el rol del SENAME corresponde al de un mero gestor o administrador de subvenciones.

En la práctica, el SENAME se ha desprendido de la función de provisión directa del servicio. Ante esta situación, es necesario que el Estado emplee los mecanismos más adecuados para el control de los terceros privados que cotidianamente tienen a su cargo a los NNA, estableciendo una "pertinente estructura de garantía de la efectiva satisfacción de las necesidades sociales."[42] Tales mecanismos deben, prioritariamente, poner el foco en impedir la lesión de los derechos de estas personas más vulnerables con necesidades específicas, como expresamente lo exige el artículo 3 de la CDN: el Estado debe adoptar en sede legislativa y administrativa "todas las medidas" adecuadas para asegurar a los NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Se trata de un estándar de protección más alto que el que ordinariamente habría de cumplir el Estado en materia de derechos humanos.

2.3. La débil supervisión a los servicios tercerizados y la falta de compromiso del SENAME con el fortalecimiento de sus facultades

Como se ha dicho, en Chile existe una política pública de cuidado y atención de NNA con sus derechos ya lesionados que descansa en la externalización de los servicios. Desde el punto de vista del diseño institucional, esa circunstancia exige, como contrapartida, que el órgano administrativo tenga una capacidad robusta y efectiva de dirigir y controlar a los privados que proveen un servicio para satisfacer sus propias obligaciones de prestación. Lo anterior obedece a que, a pesar de la externalización, es decir, aun cuando desde el punto de vista legislativo se haya renunciado a que el SENAME ejecute por sí mismo la provisión del servicio, el órgano está obligado a garantizar

42 Luciano Parejo, *La vigilancia y la supervisión administrativas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 110.

la prestación, pues, desde todo punto de vista, la actividad que llevan a cabo los colaboradores es funcionalmente pública, recayendo, por tanto, sobre la Administración el deber estatal de asegurar el resultado de la misma,[43] cuestión que comprende el pleno respeto de los derechos de los NNA bajo su cargo, como estándar de funcionamiento que la propia ley ordena.

En contraste con lo anterior, desafortunadamente, el SENAME posee herramientas que *el propio servicio considera débiles*, sin hacer esfuerzos para interpretarlas desde una mayor capacidad de intervención en la actividad de los colaboradores. Además, la externalización ha mediatizado en la práctica la responsabilidad del Estado por reparar las vulneraciones, como se verá en lo que sigue.

La ley asigna al órgano las labores de "estimular, orientar, y supervisar técnica y financieramente la labor que desarrollen las instituciones públicas o privadas que tengan la calidad de colaboradores acreditados (...)."[44] Asimismo, el SENAME debe "[i]mpartir instrucciones generales sobre asistencia y protección de menores a las entidades coadyuvantes y supervigilar su cumplimiento."[45] Hay muy poca información pública acerca de las instrucciones dictadas por el SENAME, lo cual es un problema de transparencia que luego se explicará. La mayoría de las normas que se encuentran disponibles versan acerca de la rendición de fondos y administración de las subvenciones. Para esta investigación, fue posible acceder a la Circular 2308 –no publicada en el sitio web del servicio– que instruye acerca del procedimiento a seguir ante hechos eventualmente constitutivos de delito o maltrato hacia niños, niñas y adolescentes.[46] Es público y notorio que esas instrucciones han sido ineficaces.

Respecto a la supervisión y dirección referidas, se establece que los colaboradores tienen el deber de cumplir las normas o instrucciones generales que les imparta el servicio y se encuentran obligados a "proporcionar la información que éste les requiera y permitir la supervisión técnica de las acciones relacionadas con los menores a quienes asisten y de sus establecimientos."[47] Correlativamente, el

43 Ibíd., p. 124.

44 Artículo 1º del DL 2.465.

45 Artículo 3º numeral 8 del DL 2.465. Desde el punto de vista de la organización interna del servicio, de acuerdo al artículo 13 letra a) del Decreto 356 de 1980, del Ministerio de Justicia, corresponde "especialmente" al Subdepartamento de Supervisión y Asesoría Técnica "[s]upervisar la organización y funcionamiento de los sistemas asistenciales y establecimientos del Servicio, y de los que dependan de instituciones coadyuvantes."

46 SENAME, *Ordinario 2308. Circular de procedimiento ante hechos eventualmente constitutivos de delito o maltrato hacia niños, niñas y adolescentes atendidos por instituciones coadyuvantes o colaboradores acreditados del SENAME*, 21 de octubre de 2013.

47 Artículo 15 del DL 2.465.

SENAME se encuentra habilitado también para solicitar información a los colaboradores.[48]

Como cuestión general, no existe regulación legal ni reglamentaria acerca de la periodicidad de la supervisión ni de su dimensión cualitativa, salvo en el caso de los adolescentes infractores de ley penal.[49] Desde el punto de vista infralegal, en virtud del problema ya mencionado de transparencia del servicio, solo se pudo obtener un documento de 2015 cuya vigencia no ha sido posible confirmar, en que se fijan aspectos cualitativos y una periodicidad para las supervisiones.[50]

Asimismo, mediante una decisión judicial de oficio o a solicitud del Director Nacional del SENAME, el servicio puede administrar provisionalmente las instituciones colaboradoras[51] en dos hipótesis:

i) si el funcionamiento de un colaborador acreditado o el de sus establecimientos adoleciere de graves anomalías; y

ii) en especial, si existieren situaciones de vulneración a los derechos de los niños, niñas o adolescentes sujetos de su atención.[52]

La administración provisional tiene plazos de un año o seis meses dependiendo del tipo de centro o programa, renovables solo una vez por igual período. Conforme a la ley, el administrador provisional, que puede ser el Director Nacional, el Director Regional o alguien designado por estos, "deberá realizar todas las acciones inmediatas que aseguren una adecuada atención a los niños, niñas y adolescentes, pudiendo para ello disponer la suspensión o separación de sus funciones de aquél o aquellos trabajadores o funcionarios del respectivo establecimiento (...)."[53]

Desafortunadamente, el reglamento de la ley orgánica del SENAME restringió las hipótesis para la procedencia del administrador

48 Conforme al artículo 13 de la Ley 20.032, los colaboradores deben llevar un registro general de las solicitudes y atenciones realizadas y de otros hechos relevantes, de libre acceso para la Dirección Regional y para el respectivo supervisor del SENAME. Esta información se encuentra detallada en el artículo 63 del Decreto 841 de 2005, del Ministerio de Justicia, y se refiere a registros técnicos y financieros, los cuales, según el artículo 64 del mismo reglamento, deberán estar permanentemente actualizados y a disposición de la Contraloría General de la República y del SENAME.

49 Los artículos 21, 22 y 23 del Decreto 1378, de 2006, reglamento de la Ley 20.084, establecen en qué consiste la supervisión técnica y financiera, así como la periodicidad mínima: trimestral en el caso de la primera y semestral en el de la segunda.

50 La periodicidad es para centros residenciales: mensual más 4 supervisiones nocturnas, de feriados o de fin de semana; para los programas de familia de acogida: bimensual; para proyectos ambulatorios: cuatrimestral. Véase: SENAME, *Lineamientos técnicos para la supervisión (fiscalización y asesoría) de proyectos de protección derechos año 2015-Versión II*, del 7 de abril de 2015, p. 14.

51 Artículo 3º numeral 10 del DL 2.465.

52 Artículo 16 del DL 2.465.

53 Artículo 16 del DL 2.465.

provisional y las agrupó en una sola, a saber, a la existencia de "anomalías de carácter grave", sosteniendo que debe entenderse por estas las "situaciones que atenten contra el orden público, la ley o las buenas costumbres o afecten el financiamiento de la institución, los derechos de los menores o la atención que se les brinda."[54] La diferencia entre la ley y el reglamento salta a la vista: mientras para la primera debe especialmente intervenirse cuando existan derechos vulnerados de los NNA, el segundo admite la administración provisional solo si la vulneración a los derechos es una anomalía de carácter grave.

También el SENAME tiene la facultad de poner término anticipado o modificar los convenios suscritos con los colaboradores si los objetivos no se cumplen o los resultados no se alcanzan en un grado mínimamente satisfactorio "o, cuando los derechos de los niños, niñas o adolescentes no estén siendo debidamente respetados." [55] Junto a estas causales, existe, además, una disposición reglamentaria que admite la terminación unilateral del convenio entre el SENAME y el colaborador, sin que deba expresarse alguna causa, bastando un aviso previo de 60 días. Esta norma se entiende incorporada como cláusula en los convenios que celebra el servicio con las instituciones colaboradoras, aun cuando no se le mencione expresamente.[56]

Todas las funciones aquí expuestas, desde el punto de vista jerárquico, recaen en última instancia en el Director Nacional, a quien corresponde "Dirigir, organizar, planificar, coordinar y supervigilar el funcionamiento del Servicio."[57] Dicho funcionamiento incluye, indiscutiblemente, las labores de supervisión, dictación de instrucciones, requerimientos de información a los privados, así como la cautela de los derechos de los NNA bajo el cuidado de estos colaboradores.

El SENAME considera que sus facultades de intervención en la actividad de los colaboradores son débiles, como queda claro en lo sostenido por su propia directora ante la Comisión investigadora SENAME II[58] de la Cámara de Diputados:

> En cuanto a herramientas con las que el Servicio cuenta en aquellos casos en que se constate que los objetivos del proyecto no son cumplidos, o los resultados no son alcanzados en el grado acordado como

54 Artículo 35 del Decreto 356 de 1980, del Ministerio de Justicia.
55 Artículo 37 de la Ley 20.032.
56 Artículo 41 Decreto 356 de 1980, del Ministerio de Justicia.
57 Artículo 5º numeral 1 del DL 2.465.
58 El nombre oficial de esta instancia es "Comisión investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la Comisión Investigadora del Sename en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental."

> mínimamente satisfactorio o, cuando los derechos de los niños, niñas o adolescentes no estén siendo debidamente respetados, la Ley de Subvenciones sólo permite (1) poner término anticipado al convenio; (2) modificar el convenio. [...] Luego, sólo en el caso de "graves anomalías" y constatación de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, (3) el juez de menores del domicilio de la institución o del lugar donde funcione el establecimiento del colaborador, en caso de tratarse de uno solo de sus establecimientos, respectivamente, de oficio o a petición del Director Nacional del SENAME o, dentro del territorio de su competencia, del Director Regional respectivo, dispondrá la administración provisional de toda la institución o la de uno o más de sus establecimientos. Esta decisión es apelable por el Organismo Colaborador, en el sólo efecto devolutivo. [...] d) En definitiva, como se puede apreciar, el Servicio no cuenta con herramientas de control o sanción "intermedias" (tales como aplicación de multas), que puedan asegurar cabalmente el adecuado cumplimiento de los compromisos asumidos por los Organismos Colaboradores.[59]

En concordancia con esta opinión, de acuerdo a una solicitud de acceso a la información efectuada para este capítulo, el SENAME se concibe a sí mismo como un órgano incapaz de fiscalizar, por lo que sus labores serían "únicamente de supervisión", lo que, a juicio de su directora, sería una función conceptualmente distinta.[60]

Frente a la opinión de la directora, los Diputados de la Comisión Investigadora SENAME II consideran que el criterio de la Dirección del SENAME sobre sus propias facultades respecto a los colaboradores es incorrecto, afirmando al respecto:

> esta Comisión concluye que no es efectivo lo afirmado por la Directora en torno a carecer de instrumentos o facultades legales para ejercer de manera activa, eficaz y oportuna los deberes de supervigilancia de los programas institucionales que la ley establece, constatando, entre otras fallas, la utilización excepcionalísima de las facultades de intervención y administración provisional directa que la ley le confiere.[61]

Los Diputados agregan que:

59 Solange Huerta, *Minuta Comisión Investigadora Cámara de Diputados*, 5 de septiembre de 2016, p. 4.

60 Solicitud de acceso a la información pública, folio AK004T0001136, del 7 de mayo de 2017, respondida mediante carta 556 de fecha 12 de junio de 2017, suscrita por la Directora Nacional.

61 Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, p. 457.

> Preocupa especialmente a esta Comisión la inexplicable inactividad del Servicio en torno a la utilización de la herramienta establecida en el N° 10 del artículo 3° del DL 2.465 antes citado, en cuanto a no intervenir los hogares que vulneran derechos y nombrar un administrador provisional directo del Servicio, así también el hecho de que Organismos Colaboradores que infringen permanentemente sus deberes y han sido reiteradamente mal evaluados, continúen funcionando y renovándoseles sistemáticamente sus convenios.[62]

Pero la Comisión Investigadora de la Cámara va más allá y afirma que el servicio ni siquiera conoce sus propias normas que le habilitan para supervisar a los terceros,[63] lo cual es correcto, considerando la exposición de las atribuciones realizada en esta sección y a las que el SENAME no alude ni analiza completamente.

Contra el criterio del SENAME, sus facultades de intervención –que son bastantes– deben ser interpretadas, de manera esencial, *teleológicamente*, esto es, conforme a las finalidades que el legislador le ha encargado.[64] Al respecto, como se ha dicho, de acuerdo al artículo 1º del DL 2.465, el servicio está "encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos." Esta es precisamente la finalidad del órgano y todas sus atribuciones deben ser leídas a la luz de este criterio, lo cual le permite –y obliga a– expandir tanto como sea posible sus atribuciones para cumplir tal objetivo. Conceptualmente, además, el SENAME tiene posibilidades de intervención más intensas que provienen del deber que tiene de supervisar. En efecto, la supervisión consiste en la obtención de conocimiento o información sobre cierta actividad (la de los colaboradores y la suya propia) para influenciarla o condicionarla, siendo "capaz de restringir la libertad de acción de que dispone el supervisado."[65]

Conforme a lo anterior, no deja de resultar llamativo que, respecto a su deber de interpretación teleológica, el SENAME sea un servicio que, en lugar de extender sus atribuciones en el sentido señalado, haga lo posible por interpretarlas restrictivamente, aun cuando eso frustre

62 Ibíd., p. 457.

63 Afirmando que "llama la atención de esta Comisión Investigadora la omisión de las obligaciones legales establecidas en el D.L 2465 [...]". Véase: Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, p. 456.

64 Kevin Stack, "Purposivism in the Executive Branch: How Agencies Interpret Statutes", *Northwestern University Law Review*, Vol 109, Nº 4, pp. 887 y ss. Clásicamente, ya en Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 143.

65 Luciano Parejo, *La vigilancia y la supervisión administrativas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 92.

la finalidad que el legislador le impuso: proteger los derechos de los NNA. Esto es una renuncia a tomar "*todas las medidas"* adecuadas para asegurar a los NNA la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, como lo exige la CDN. Asimismo, el servicio elude la obligación estatal, contenida en el PR 2 de hacer cumplir las leyes cuyo objeto es que los privados respeten los derechos de las personas, esto es, dar eficacia a la regulación. Hay suficiente información oficial, conocida por el servicio, que da cuenta de que la supervisión falla, a lo menos desde hace 10 años, en cuestiones esenciales que inciden en el bienestar de los NNA. Así lo ha venido constatando la Contraloría General de la República en sus informes de auditoría efectuados al SENAME.[66]

En lo que sí debe estarse de acuerdo con la directora del SENAME es en la inexistencia de otra clase de sanciones administrativas susceptibles de ser impuestas por el servicio que, definitivamente, permitirían modificar la conducta del colaborador. Ese es, por lo demás, el rol de las sanciones administrativas[67] y el legislador debe contemplarlas en una futura regulación. La inexistencia de estas sanciones vulnera la obligación estatal de "sancionar" las violaciones a los derechos de los NNA acontecidas dentro de su territorio o jurisdicción, conforme a la CDN y al PR 25 que impone la existencia de "mecanismos de reparación eficaces" para desincentivar o reprimir las violaciones.

Con todo, no puede afirmarse –como lo hace la directora– que de eso dependa el aseguramiento de las obligaciones de los organismos colaboradores. Está claro que, junto a los problemas y vacíos del diseño institucional, el propio SENAME no ha desarrollado una actitud proactiva que se dirija primordialmente a resguardar los derechos de los NNA a través de las facultades de las que ya dispone. Este es un deber institucional. En suma, es un sistema mal diseñado y mal implementado en relación a las personas que debe proteger.

2.4. La responsabilidad patrimonial del Estado: el deber de reparar las vulneraciones a los derechos humanos

Como se ha visto, el SENAME considera que su rol alcanza solo a la entrega de recursos por medio de las subvenciones y a supervisar y dictar instrucciones, siendo escasa su capacidad de intervención en los colaboradores. Esta interpretación, desafortunadamente, ya ha tenido apoyo judicial y le ha servido al Estado para eximirse de indemnizar por hechos acontecidos en dependencias de sus colaboradores. Así ha sucedido en un fallo en el que los padres de una niña demandaron al

66 Contraloría General de la República, *Oficio 18.171. Sobre informes de auditorías efectuados en el Servicio Nacional de Menores que se refieran a organismos colaboradores*, 18 de mayo de 2017.

67 Richard Macrory, *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective. Final Report*, Londres, Better Regulation Executive, 2006, p. 15.

Fisco por el fallecimiento de ella en un centro a cargo de privados, acreditándose la falta de adopción de medidas para que la niña tuviera una atención médica oportuna. La Corte Suprema, en el caso, resolvió que:

> la decisión del legislador antes y después de las modificaciones ha sido que el Servicio Nacional de Menores respecto de las entidades colaboradoras *sólo tiene un rol de supervisor o fiscalizador y una función en materia de asignación de recursos*. Por lo tanto, no corresponde que dicho organismo responda civilmente por los hechos dañosos causados por dependientes de estas instituciones, si ha cumplido los deberes de impartir instrucciones y de supervisión.[68]

De ahí que:

> [...] la posibilidad de que el Servicio Nacional de Menores pudiera intervenir en el funcionamiento de la entidad colaboradora se limitaba a la de ejercer la facultad de *impartir instrucciones y de supervisarla y no a la de administración*. Por consiguiente, no puede atribuirse una falta o un defecto en el funcionamiento del servicio cuando no existe ningún deber legal incumplido por parte del Servicio Nacional de Menores que diga relación con el fallecimiento de la hija del actor acaecido en una institución colaboradora, puesto que dicha situación que sufrió la víctima tuvo como única causa el hecho consistente en que dependientes del Hogar Mi Familia no adoptaron las medidas para que la menor recibiera atención médica en forma oportuna.[69]

Esto significa, en buenos términos, una verdadera abdicación a la responsabilidad estatal por la reparación de las vulneraciones a los derechos de los NNA, incumpliendo también el deber, contenido en los PR, de disponer mecanismos eficaces para remediar vulneraciones a derechos generadas por los particulares prestadores de los servicios.

En efecto, los programas, las condiciones y estándares de prestación del servicio son diseñadas por el SENAME. Lo mismo acontece con la manera en que debe llevarse a cabo la supervisión. Además, las instrucciones son dictadas por ese mismo órgano que se encuentra, como se ha visto, en posición de solicitar información a los privados. Junto a lo anterior, ya se dijo, es incorrecto que las facultades de intervención en la actividad de los colaboradores sean insuficientes; este es un grave error de apreciación que ha producido una subutilización de esas

68 Corte Suprema, *Sánchez Pavanello contra Fisco de Chile*, 19 de junio de 2013, considerando 10. El destacado en cursivas es nuestro.

69 Ibíd., considerando 11. El destacado en cursivas es nuestro.

herramientas. Como se concluye de la información que la Contraloría General de la República ha recabado, la supervisión es incapaz de detectar deficiencias cruciales para el bienestar de los NNA al cuidado de los colaboradores.[70]

Es notorio que el servicio no ha logrado satisfacer sus objetivos de protección de los derechos de los NNA al cuidado del sistema, es decir, ha fallado el diseño, la implementación y supervisión de la prestación, produciendo efectos dañosos. Aquí no hay muchas opciones: o el SENAME desconocía la situación, o bien, a pesar de conocerla no utilizó sus herramientas de intervención de la manera más intensa posible para evitar los daños a los derechos de los NNA, tolerando el estado de las cosas. En ambos casos existe *falta de servicio*.[71] Este factor de imputación de responsabilidad patrimonial que, en rigor, forma parte del deber estatal de reparación de las vulneraciones a los derechos humanos, opera si el servicio actúa defectuosamente, omite actuar, o lo hace tardíamente.[72] Las obligaciones del SENAME son de evitar, con el mayor nivel de diligencia, que se lesionen los derechos de los NNA, por lo cual no basta con cumplir formalmente con sus deberes legales, sino que estos han de ser ejecutados con *eficacia*. Si no lo son, el Estado es responsable patrimonialmente. Todas estas cuestiones deben ser analizadas en profundidad en sede judicial cuando se trate de reparar a las víctimas del funcionamiento del SENAME y sus colaboradores. Un parámetro de revisión de la actividad del servicio meramente formal vacía de contenido sus deberes e impide la reparación.

Si, como afirma la Corte Suprema, basta con entregar los recursos, cumplir con supervisar –sin indicar periodicidad ni una dimensión cualitativa– y dictar instrucciones, cuya sustancia y calidad no están establecidas en la regulación, lo cierto es que virtualmente se ha transferido por completo a los colaboradores la responsabilidad por los NNA. Esto queda confirmado si se agrega que el SENAME considera débiles sus propias facultades y que no ha hecho los esfuerzos para interpretarlas desde una perspectiva teleológica que expanda sus poderes

70 Lo cual queda demostrado en los reparos efectuados por la Contraloría General de la República a los colaboradores. Se trata, en rigor, de cuestionamientos a la *supervisión* por parte del servicio, incompetente en la identificación de los problemas. Véase: *Contraloría General de la República, Oficio 18.171. Sobre informes de auditorías efectuados en el Servicio Nacional de Menores que se refieran a organismos colaboradores*, 18 de mayo de 2017.

71 Regla general establecida en el inciso 1º del artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: "Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio."

72 Jorge Bermúdez, *Derecho administrativo general*, Santiago, Legal Publishing, 2014, p. 613.

jurídicos de intervención sobre los colaboradores en orden a proteger derechos.

Todos estos elementos generan un escenario institucional público-privado que es completamente apropiado para fracasar. Y lo hace a costa de los NNA cuyos derechos ya han sido vulnerados. Desde esta perspectiva, las obligaciones estatales de prevenir vulneraciones a los derechos de los NNA y remediarlas se encuentran incumplidas.

2.5. Los problemas de transparencia del SENAME en cuanto a la supervisión e instrucción de los colaboradores privados

Una de las dimensiones que exigen los PR en materia de externalización de servicios por parte del Estado, es que la relación satisfaga estándares de rendición de cuentas (PR 4). Esto permite un control ciudadano de la relación entre el Estado y el privado que presta el servicio. Justamente esto es lo que *no* ha implementado el SENAME.

Si bien los convenios entre el servicio y los colaboradores son públicos por mandato legal,[73] y se encuentran disponibles en la página web del órgano, existiendo allí, además, alguna información sobre la supervisión financiera de los privados, lo cierto es que no existe en dicho sitio web ninguna información acerca de las actividades de supervisión llevadas a cabo por el SENAME, salvo en el ámbito financiero (el control de la subvención). Tampoco se encuentran publicadas las instrucciones que el servicio da a los colaboradores para satisfacer los cometidos públicos que a estos se les han encargado.

Llama la atención que en el sitio electrónico del servicio la mayor cantidad de información disponible es sobre rendición de fondos (supervisión financiera), los convenios y las resoluciones de pago de las subvenciones, o los concursos públicos, lo cual confirma lo que se ha venido diciendo: que el SENAME es un órgano cuyo *ethos* parece ser el de un mero administrador de recursos económicos del mercado de colaboradores.

Para este capítulo se efectuó una extensa búsqueda de circulares o instrucciones que dijeran relación con protocolos de supervisión de los centros administrados por los colaboradores privados del SENAME y, también, se inició una recopilación sobre información financiera y técnica que denote el cumplimiento o incumplimiento del deber de supervisión y de dar instrucciones que tiene el servicio respecto a los privados.[74]

Luego de buscar en la página web del SENAME, y mediante varias solicitudes de acceso a la información pública, ninguna indagación

73 Artículo 26 de la Ley 20.032.
74 Véase el artículo 1º del DL 2.465.

prosperó. El órgano no tiene disponible para el público todas sus circulares ni ha dado publicidad al cumplimiento de la regulación por parte de los colaboradores.

Con respecto a la búsqueda de información en el centro de documentación del SENAME, lo que se pudo obtener ahí es muy limitado y obedeció a la buena voluntad de una funcionaria: solo se encontró la circular 2308 que contiene protocolos de actuación para colaboradores, referidos a casos de maltrato o delitos cometidos en los centros, y los lineamientos técnicos para supervisar, fiscalizar y asesorar los proyectos, de 2015, ambos citados anteriormente. Respecto a este último documento, no es posible saber si está vigente o bien si se ha actualizado. Tampoco se pudo acceder a información presupuestaria sobre los recursos destinados a la supervisión de los colaboradores.

Tratándose de la denegación de las solicitudes de acceso a la información pública efectuadas, en una de ellas se requirió específicamente, al servicio información sobre recursos humanos y financieros destinados a la "fiscalización" de los colaboradores, a lo que la directora del SENAME respondió que la labor del órgano no es de fiscalización, sino que de "supervisión" y, por lo tanto, negó la solicitud,[75] aun cuando en uno de los documentos que se pudo conseguir –los lineamientos de 2015 referidos– el servicio afirma, desde su título, que entiende la supervisión como una actividad de "fiscalización".[76] Lo anterior es, lamentablemente, coherente con la manera en que el órgano ha manejado los antecedentes sobre la supervisión de los colaboradores frente a la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados. Así se reprocha en el informe final de dicha instancia:

> la Directora no hizo alusión durante el transcurso de esta Comisión a las mínimas pautas de fiscalización y supervigilancia establecidas en las normas generales que rigen a la administración pública y tampoco a las medidas adoptadas producto del trabajo que para estos efectos realiza, por mandato legal, el Departamento Jurídico y la División de Auditoría Interna del Sename, la Contraloría General de la República o el Consejo de Auditoría del Estado.[77]

75 Solicitud de acceso a la información pública, folio AK004T0001136, de 7 de mayo de 2017, respondida mediante carta 556 de fecha 12 de junio de 2017, suscrita por la Directora Nacional.

76 Se afirma en este documento: "Para Sename la supervisión es más que una acción de vigilancia, es un proceso continuo que lleva implícito dos componentes: la fiscalización o control y la asesoría técnica." Véase: SENAME, *Lineamientos técnicos para la supervisión (fiscalización y asesoría) de proyectos de protección derechos año 2015-Versión II*, de 7 de abril de 2015, p. 6.

77 Cámara de Diputados, Informe de la Comisión investigadora SENAME II, 3 de julio de 2017, pp. 456-457.

Lo que es más grave aún, el SENAME dice no tener suficientemente sistematizada información para evaluar la política pública que administra. Así lo reconoce en otra de las solicitudes de acceso a la información en la que, habiéndosele pedido antecedentes que debería tener —pues son claves para la labor que desempeña—,[78] el servicio la niega indicando que "esta es información que se encuentra tanto en formato físico como digital, tanto en la Dirección Nacional, como en nuestras Direcciones Regionales, por lo que no es información que se encuentra sistematizada en formato electrónico del todo, y por lo tanto, es información que se debe solicitar, cotejar y sistematizar".[79] La falta de orden y organización de la información, en una política pública en la que los derechos de los NNA están en juego, da cuenta una vez más del incumplimiento de las labores por parte del SENAME, lo cual es desafortunadamente consistente con la manera en que manejó las cifras sobre las muertes, demorándose mucho tiempo en completar datos que en todo caso debió haber tenido previamente. Tener información de calidad es el primer paso para que el órgano evalúe si está satisfaciendo sus finalidades públicas.

En la misma solicitud *en comento*, se requirió al SENAME información detallada acerca de todas las circulares e instrucciones vigentes, dirigidas a los colaboradores en estas materias, pues, como se ha dicho, no están publicadas. El servicio, derechamente, no se refirió a esta parte de la solicitud.[80] No es posible, pues, saber cómo el SENAME controla los colaboradores.

3. CUESTIONES CRÍTICAS EN LA TUTELA JUDICIAL DE LOS NNA POR PARTE DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA[81]

78 La solicitud requería: "I. Información anual, de los últimos 5 años sobre: 1. Estadísticas del servicio en materia de 'supervisión' técnica a los colaboradores o a sus propios centros, si las hubiere. 2. Cantidad de visitas de supervisión para cada centro, ya sea de administración propia o ejecutado por colaboradores. 3. Cantidad de personas que llevan a cabo la actividad del servicio. 4. Cantidad de centros, proyectos, programas, etc., que son supervisados por el servicio. 5. Cantidad de recursos destinados a la supervisión técnica. 6. Cantidad de denuncias por maltrato, abusos o hechos constitutivos de delitos ocurridas en centros. 7. Cantidad de solicitudes ante los tribunales sobre administración provisional de los centros. 8. Cantidad de terminaciones que el SENAME unilateralmente ha efectuado de los convenios con los colaboradores y su causal de terminación. 9. Cantidad de solicitudes de información o antecedentes efectuados a los centros, proyectos, colaboradores, etc."

79 Solicitud de acceso a la información pública, folio AK004T0001271, de 1 de julio de 2017, respondida mediante carta 851 de fecha 8 de agosto de 2017, suscrita por el Director Nacional subrogante.

80 Se requirió: "II. Copia de todas las instrucciones y/o circulares actualmente vigentes dirigidas a los colaboradores."

81 Para esta sección se efectuaron 8 entrevistas estructuradas/semi-estructuradas, entre los meses de marzo y mayo de 2017 a jueces de Familia de Santiago.

3.1. La competencia de los tribunales de familia

La Ley 19.968 que estableció la nueva justicia de familia fue considerada necesaria tanto a nivel político como técnico.[82] El reemplazo de los anticuados juzgados de menores era un imperativo no solo como un mejoramiento a las garantías de los derechos de los NNA, sino también como una necesidad de modernización del sistema de justicia.[83]

Respecto a los NNA, los tribunales de familia tienen competencia para conocer y resolver las causas en que se encuentren gravemente vulnerados o amenazados sus derechos y, a su vez, causas de maltrato a los mismos.[84] El procedimiento se inicia a través de una solicitud sin mayores formalidades de una serie de personas o instituciones que la ley establece.[85] Una vez realizado el examen de mérito[86] del requerimiento, el juez fijará una audiencia preparatoria para dentro de los cinco días siguientes, a la que citará al NNA, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto.[87] Luego de lo anterior, se realizará una audiencia de juicio donde se recibirá la prueba y decidirá el asunto, pudiendo aportarse evidencia pericial y apoyarse el juez en el consejero técnico del tribunal.[88] Una vez recibida la prueba, el juez dictará una sentencia en la que deberá adoptar o no las medidas correspondientes de las cuales será objeto el NNA.[89]

82 Dicha ley, que crea los Tribunales de Familia, fue publicada en el Diario Oficial el 30 de agosto de 2004 y su vigencia comenzó el 1 de octubre de 2005.

83 Susan Turner, "Los tribunales de familia", Ius et Praxis, Vol. 8, N° 2, pp. 414 y ss. La reforma implicó, entre otras modificaciones, la creación de los tribunales de familia, concentrando todas las materias de familia en una sola jurisdicción; el establecimiento de la oralidad e inmediación para conocer los casos; el fomento de la conciliación entre las partes como principal forma de resolución de los conflictos; y la incorporación de herramientas de gestión para facilitar la administración eficiente de las labores jurisdiccionales. Véase, al respecto, el Mensaje 81-336 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea los tribunales de familia, de 3 de noviembre de 1997.

84 Artículo 8 numeral 7) de la Ley 19.968. El procedimiento se encuentra regulado en esta misma ley en los artículos 68 y siguientes.

85 Artículo 70 de la Ley 19.968.

86 Cabe indicar que, si bien la ley indica que solo basta con la mera solicitud de protección, en la práctica, los jueces evalúan el mérito del requerimiento o denuncia, desde la perspectiva de su seriedad. Véase el artículo 70 inciso 2 de la Ley 19.968.

87 Artículo 72 de la Ley 19.968.

88 Artículo 73 de la Ley 19.968.

89 Artículo 75 de la Ley 19.968: "Sentencia. Antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, niña o adolescente. Si ello no fuere posible, en la sentencia fundamentará la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración. [...] La sentencia será pronunciada oralmente una vez terminada la audiencia que corresponda, según sea el caso. El juez deberá explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y su duración."

A propósito de esto último, se presenta la relación entre los tribunales de familia y el SENAME.[90] Los jueces deberán tomar las decisiones que estimen fundadas, en muchas de las cuales se requerirá la intervención del servicio para llevar a cabo las medidas que se tomen respecto a los NNA.[91] Como se sabe, es el SENAME la institución que elabora la oferta de programas especializados de intervención, ya sean ambulatorios o residenciales, que luego los jueces emplean para materializar las medidas de protección.

A continuación, se expondrán los principales problemas que tienen los jueces de familia en aquellos aspectos relacionados con el SENAME, así como algunas prácticas judiciales respecto a la protección de los NNA.

3.2. Problemas en el seguimiento y control de las medidas

Un aspecto relevante para el cumplimiento de la tutela judicial de los NNA es la posibilidad de los jueces de controlar las condiciones en que se encuentran y las medidas adoptadas. Al respecto, diversos entrevistados[92] han indicado que este tema ha ido mejorando a través del tiempo, en particular con la implementación del Acta N° 37-2014,[93] que buscaba resolver la pérdida de información y la falta de coordinación en el seguimiento entre los jueces de los juzgados de familia. Antes de este auto acordado, toda la información que se iba generando respecto a un NNA en el cumplimiento de una medida no era registrada formalmente. Por ello, se generó una herramienta informática que permite compartir, pero también incorporar información al respecto. El artículo 3° del Acta 37-2014 establece que:

> el juez con competencia en familia incorporará la información pertinente en el sistema de registro único y específicamente en el formulario individual disponible en el Sistema Informático de Tramitación de

90 Cabe precisar que también se relacionan antes de la sentencia a propósito de las medidas cautelares que puedan ser tomadas al conocer la denuncia o requerimiento. Véase el artículo 72 de la Ley 19.968.

91 De acuerdo al artículo 30 de la Ley 16.618 de Menores, el juez, por resolución fundada, podrá decretar las medidas necesarias para proteger a los NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. "En particular, el juez podrá: 1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar substituto o en un establecimiento residencial."

92 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

93 Corte Suprema, *Auto acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los Tribunales de familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia*, 14 de marzo de 2014.

> Familia (SITFA). Con el objeto de facilitar el control que los jueces con competencia en familia deben realizar del cumplimiento de la medida de internación, de mejorar las condiciones de verificación de la satisfacción de los objetivos de la medida dispuesta y para evaluar las posibilidades de egreso del niño, niña o adolescente, estos consignarán, en forma inmediata, la información que se genere respecto de aquéllos, en el formulario individual aludido. Cada vez que se practique una visita al centro de internación, el juez que decretó la medida o aquel del territorio jurisdiccional en que se encuentra el centro, según sea el caso, deberá registrar el resultado de esa diligencia y actualizar la información del niño, niña o adolescente en el formulario de residencia disponible en el sistema de tramitación.

La herramienta supone una coordinación con el SENAME, que trimestralmente habrá de ingresar al sistema información actualizada dando cuenta del desarrollo de la intervención decretada, de la situación en que se encuentra el NNA y de los avances alcanzados en la consecución de los objetivos establecidos en la sentencia.[94]

Si bien la modificación administrativa permitió, en alguna medida, resolver el inconveniente de que el juez que controla el seguimiento del caso no sea el mismo que la decretó, debido a que el sistema de agendamiento de audiencias impide que las causas se radiquen en un solo juez, lamentablemente, la herramienta tecnológica no ha sido suficiente. Como indicaron algunos entrevistados,[95] el SENAME ha incumplido consistentemente su compromiso de ingresar y mantener actualizada la ficha de cada NNA sometido a alguna medida de protección bajo su competencia. Por ende, el seguimiento se ve limitado al no ser dicha información conocida por el juez.

Además de mantener las fichas actualizadas, la idea básica es que los centros del SENAME deben emitir informes y reportes que son revisados en el contexto de las audiencias con los funcionarios del tribunal que intervienen al respecto. Acerca de esta información que debe confeccionar el servicio, los problemas detectados mediante las entrevistas son los siguientes:

i) La información tiende a ser "tipo", es decir, muchas veces repetitiva o demasiado genérica. Por ende, los jueces carecen de información específica y concreta que permita evaluar la evolución de la medida impuesta, lo cual es de suma relevancia cuando ha habido separación del hogar.

ii) El SENAME no da cumplimiento a la entrega periódica de los

94 Artículo 76 de la Ley 19.968 y artículo 4º del Acta 37-2014.
95 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

informes trimestrales. Lo más problemático de esta situación es que si el juez no es proactivo para requerir la información sobre el estado del NNA, esos antecedentes solo se llegan a conocer cuando el menor ha sufrido algún tipo de vulneración o ha existido un acontecimiento importante en el desarrollo de su intervención.

iii) La dinámica de las audiencias de seguimiento, en algunos casos, se da en un contexto de mayor relajo y, en ocasiones, incluso se realiza una revisión general entre los funcionarios y jueces para ver si hay que ver con más detalle algún aspecto de la causa. Es decir, en muchas ocasiones no se considera el peso que tiene la labor de seguimiento en el mejoramiento y evolución individual de los NNA.

Un último elemento muy relevante establecido en la ley es el deber de los jueces de realizar visitas periódicas a los diversos centros del SENAME a lo largo del país. Esta obligación la pueden concretar los jueces en cualquier momento, sin que medien más de 6 meses entre cada visita.[96] Sobre este aspecto, algunos entrevistados[97] valoran la iniciativa, ya que les permite conocer de cerca la situación de los centros, especialmente para definir los factores a tomar en consideración a la hora de ordenar la internación del NNA. Otros entrevistados[98] mencionan la necesidad de promover aún más las visitas, ya que las condiciones desde el punto de vista de la gestión y la carga de trabajo solo permiten el mínimo. La consecuencia es que a los jueces interesados en realizar mayor cantidad de visitas a los centros se les acumulan labores en sus tribunales (audiencias o sentencias). Además, algunos entrevistados[99] indicaron que, si bien las visitas tienen aspectos positivos, realmente la información que puede obtenerse depende del propio criterio del juez, incluso a veces con poca profundidad. De ahí que plantean establecer un procedimiento más sistematizado y técnico que permita obtener información de mayor calidad para determinar realmente cómo está funcionando el respectivo centro y, a su vez, las condiciones de los NNA.

3.3. La oferta de programas del SENAME no satisface las necesidades de los NNA

Como se ha dicho, de acuerdo a la Ley 19.968 el juez deberá adoptar las medidas necesarias en aquellos casos en que los NNA se encuentren vulnerados en sus derechos. Entre las diversas opciones de intervención que el magistrado maneja, están las de decretar la asistencia del NNA

96 Artículo 78 de la Ley 19.968.
97 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.
98 Juezas de familia, marzo y abril de 2017.
99 Juezas y juez de familia, mayo de 2017.

a los programas del SENAME o, en casos más graves, ordenar la internación en alguno de los centros.

La determinación técnica y de cobertura de esos programas está diseñada por el servicio. Por ende, en principio, se trata de una decisión política con contornos técnicos, acerca de qué programas se ofrecerán, quiénes los implementarán y la cantidad de presupuesto destinada a ello. No existe intervención de los jueces en estas decisiones.

Lo anterior ha sido destacado por los entrevistados como un problema relevante para el establecimiento de medidas idóneas en pos de la protección de los NNA vulnerados, porque en diversos casos, las necesidades de intervención que surgen tras la evaluación técnica y jurídica no tienen un programa preciso al que se puedan adaptar. Es decir, muchas veces los jueces, luego de una evaluación técnica, se ven enfrentados a la falta de oferta de un programa que pueda intervenir de la manera más conveniente a un NNA. En términos simples, como indicó una entrevistada, "hay niños que no calzan con los programas".[100]

Un ejemplo proporcionado por una entrevistada se refiere al caso de NNA con enfermedades mentales graves, quienes necesitaban un centro que tuvieran las condiciones para recibirlos y tratarlos. Lamentablemente, el SENAME no poseía ningún centro ni programa con las particularidades necesarias para acogerlos, por lo tanto, estaban en un centro conviviendo con NNA de características diametralmente distintas. Todo lo anterior se debía a que el SENAME y el Ejecutivo no habían estimado necesario establecer este tipo de programas o financiamiento al respecto. Sin perjuicio de la realización de todas las coordinaciones y reclamos pertinentes al Director del SENAME de ese entonces, la entrevistada indica que no hubo respuesta ni solución.

En suma, lo que puede apreciarse, de acuerdo a lo planteado por los entrevistados, es una falta de diálogo importante entre el SENAME y los jueces, quienes son precisamente los que van a determinar qué tipo de intervención se va a requerir y, por ende, son los que en la práctica definen la oferta en esta clase de casos. Esa carencia de diálogo es una cuestión cambiante, ya que depende de las relaciones entre los diferentes actores y el momento político que se viva. Sobre esto, una entrevistada comentó que previo a la "crisis" del SENAME surgida con ocasión del conocimiento público de las muertes de NNA, el diálogo y retroalimentación con la autoridad era mucho más fluido respecto a los programas. Actualmente, las relaciones se han enfriado.[101]

Otro punto importante respecto a la oferta, es que tras desatarse públicamente la crisis del SENAME se ha conocido la real situación

100 Jueza de familia, marzo de 2017.
101 Jueza de familia, abril de 2017.

de muchos de los centros; entre otros aspectos, de las condiciones en las cuales los NNA viven o comparten. Por lo mismo, la oferta –en la práctica– se ha visto restringida, en parte porque existe una auto restricción de los jueces de internar a NNA en determinados centros cuando ya saben que sus condiciones son problemáticas.[102]

3.4. El contexto: la gestión judicial como incentivo perverso que afecta los derechos de los NNA

Los problemas hasta aquí constatados se producen en un entorno institucional específico que se encuentra sujeto a restricciones y que, al interactuar con las deficiencias del SENAME, afecta la protección de los derechos de los NNA. En efecto, como se sabe, la entrada en vigencia de la nueva justicia de familia no estuvo exenta de inconvenientes. La falta de una debida estimación de las cargas de trabajo, flujo de casos y planificación en la implementación de la reforma, entre otras razones, generó varios problemas, sintetizados en el visible colapso vivido en diversos tribunales de familia de nuestro país.[103] Para resolver lo anterior, se realizaron una serie de modificaciones legales, en la gestión y administración de los tribunales y sus procedimientos que les permitieron organizarse de mejor forma y distribuir adecuadamente los recursos disponibles para enfrentar la carga de trabajo que la ciudadanía demandaba.[104]

La incorporación de la gestión de los procesos de trabajo, como ocurre en otros contextos, trae aparejados aspectos que no son necesariamente deseables. Por una parte, la gestión judicial tiende a requerir que los funcionarios del tribunal, incluido los jueces, deban cumplir metas, las cuales, en su mayoría, están expresadas de forma cuantitativa. Tratándose de los jueces, están sometidos a metas de gestión respecto a la duración y la cantidad de audiencias celebradas, el número de sentencias, el tiempo de demora de dictación de las mismas, etc.[105] Tales metas son elaboradas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ), en conjunto con el Poder Judicial y el Departamento de Bienestar. Lo anterior, por supuesto, permite controlar y maximizar los recursos del tribunal, pero genera, a su vez, en opinión de entrevistados, que los jueces estén, en ocasiones, más preocupados de cumplir las metas cuantitativas impuestas que de los aspectos cualitativos de su labor.

102 Juezas de familia, marzo y abril de 2017.

103 Macarena Vargas, "¿Qué pasó con los tribunales de familia? Algunas razones del colapso", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 6, 2006, p. 225.

104 Claudio Fuentes y otros, "Funcionamiento de los tribunales de familia de Santiago", *Reformas de la Justicia en América Latina*, Santiago, CEJA, 2010, pp. 371-459.

105 Para conocer estas metas, por ejemplo, las de 2015, véase: Poder Judicial y otros, *Metas de eficiencia institucional y de desempeño colectivo 2015*, 5 de diciembre de 2014.

Entre aquellos aspectos cualitativos, se encuentra la necesidad de dedicar mayor tiempo a los casos de NNA que se encuentran en situaciones de particular desprotección, ya sea para tomar una decisión adecuada o, en su caso, para ejecutar controles cuando los NNA están sujetos a algún programa. Como nos indicó una entrevistada,[106] si bien, por una parte, las metas son necesarias porque la carga de los tribunales de familia es tan intensa que de otro modo volverían a colapsar, por otro lado, lamentablemente eso trae como consecuencia que en la atención de casos más importantes –como los que involucran a NNA– tenga que darse la misma cantidad de tiempo y recursos que a otro tipo de causas.

En concordancia con lo anterior, un aspecto relevante mencionado en las entrevistas[107] es la concentración de audiencias que tienen los tribunales de familia, especialmente los de Santiago. El flujo de ingreso de casos ha sido exponencial desde la entrada en vigencia de la reforma a la justicia de familia y, por ende, la programación de las audiencias y el cumplimiento de los parámetros para su realización resultan indispensables para mantener un orden al respecto. La consecuencia de ello es que los jueces se ven enfrentados al conocimiento de muchas causas de distintas materias y en espacios de tiempo relativamente breves, lo cual impacta directamente en las causas de protección o violencia contra NNA.

En ese sentido, algunas juezas y algunos jueces sostienen[108] que en ocasiones esta necesidad de cumplimiento de tiempos y plazos produce, en primer término, que los casos sean vistos, a veces, de manera superficial y, en segundo lugar, que los funcionarios del tribunal se adapten a esta situación. Así, por ejemplo, los consejeros técnicos deben manejar tal flujo de casos y coordinar tantas diligencias e informes que, por supuesto, no están en condiciones de darles la atención debida.

Se trata, en definitiva, de barreras organizacionales y administrativas que han impactado directamente en los NNA de la siguiente manera.

i) *Análisis de denuncias sin mayores antecedentes.* Como se indicó, en las causas de violencia contra NNA, el procedimiento se inicia con la recepción de una denuncia que, en general, es un parte confeccionado por Carabineros. La práctica, principalmente motivada por las metas de gestión que incentivan que las decisiones sean tomadas rápidamente, ha conllevado a que, en líneas generales, la lectura del parte policial sea el antecedente suficiente para tomar una decisión sobre la medida a aplicar al NNA. Es decir, en general, como mencionaron algunas entrevistadas,[109] no existen mayores indagaciones respecto a

106 Jueza de familia, marzo de 2017.
107 Juezas de familia, marzo y abril de 2017.
108 Juezas y jueces de familia, marzo y abril de 2017.
109 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

lo sucedido, si el NNA ha tenido episodios de violencia o denuncias anteriores. Si se trata de un caso cuya gravedad es baja, se decide rápidamente. En algunas ocasiones, el juez toma contacto con la consejera técnica para recabar mayor información. En ese contexto, se deciden medidas de protección o bien las denuncias son desestimadas.

ii) *Decisiones adoptadas sin escuchar al NNA.* Además de que el parte policial se transforma en el principal insumo para tomar decisiones respecto al NNA objeto de alguna situación de vulneración, los entrevistados indican que un grupo importante de casos son resueltos sin siquiera escuchar la versión de los NNA o, en su defecto, de su representante legal. Esta práctica fue un punto crítico muy destacado por las entrevistadas, quienes indicaron que la posibilidad de tratar a los NNA como sujetos de derechos de la forma en que la CDN y nuestra misma legislación disponen, se ve limitada ante la imposibilidad de que estos comparezcan para ser escuchados.[110]

Una entrevistada comentó, como punto problemático, que los jueces deben tomar decisiones basadas en la versión que entregan las madres, padres o sus representantes en la audiencia, sin conocer qué es lo que ese NNA realmente necesita. Por lo anterior, como indicó esta entrevistada, en ocasiones, los jueces tratan de remediar esta situación nombrando curadores *ad litem* para que operen como "cuasi abogados" de los NNA.[111]

iii) *Prácticas dirigidas a evitar nuevas causas*. Algunos entrevistados dan cuenta de conductas tendientes a evitar la generación de nuevas causas.

En primer término, en las denuncias policiales por violencia donde hay NNA involucrados, si se trata de situaciones donde no hay lesiones o lesiones leves, y solo existe como antecedente el parte policial, las causas terminan por ser archivadas sin la toma de medidas al respecto. En segundo lugar, en aquellos casos en que un NNA ya está sometido a una medida de protección vigente y surge nuevamente una vulneración de sus derechos, algunos entrevistados mencionaron que, en la práctica, esta última se mantiene como parte de la misma causa antigua, aun cuando en muchas ocasiones se trata de situaciones de vulneración completamente diferentes (el caso hipotético es uno en que ha existido violencia física en el hogar familiar y luego un abuso en un centro del SENAME). Esta práctica, según los entrevistados,[112] se ejecuta, en parte, para evitar la generación de una nueva causa que producirá mayor trabajo para el tribunal, acarreando, como consecuencia,

110 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.
111 Jueza de familia, mayo de 2017.
112 Juezas de familia, marzo, abril y mayo de 2017.

la imposibilidad de tomar con real seriedad las vulneraciones de los NNA.

Por lo anterior, puede apreciarse que, en la búsqueda de cumplir con las metas de gestión impuestas, las instituciones pertenecientes al sistema de justicia han terminado por generar conductas indeseadas que afectan directamente los derechos de los NNA.[113]

Como conclusión de esta sección, es posible sostener que el Estado, especialmente en virtud de las deficiencias del SENAME y del entorno institucional en que las medidas de protección se resuelven, no tiene en cuenta el interés superior del NNA. Tampoco existen mecanismos de intervención acordes a las características y necesidades propias de los NNA, ni se han llevado a cabo todas las medidas adecuadas para resguardar sus derechos. Por su parte, la investigación en sede judicial de la vulneración de los derechos de los NNA es, como se ha visto, inapropiada y nada rigurosa.

Desafortunadamente, la situación que aquí se ha descrito, coincide con aquello que los instrumentos internacionales se han propuesto evitar: que no existan los medios efectivos para hacer cumplir la CDN y que se omitan los arreglos institucionales que eviten las vulneraciones de los derechos de los NNA.[114]

4. RELEVANCIA PENAL DE LA CRISIS DEL SENAME

4.1. El SENAME como "coto de caza": infracciones a la probidad, cuoteo político y funcionarios sin capacidades técnicas

El SENAME ha sido objeto, sobre todo en el último tiempo, de múltiples acusaciones públicas, que apuntarían a la existencia de casos de faltas a la probidad al interior del servicio, prevaleciendo los intereses particulares por sobre los públicos que la institución tiene el deber de resguardar.

La utilización del cargo público con fines particulares o privados se ha presentado en relación con el denominado "cuoteo político", es decir, el nombramiento de funcionarios en virtud de su pertenencia o afinidad con un partido o grupo interno de esa colectividad,[115] tratándose, en muchas oportunidades, de personas sin capacidades técnicas

113 Es importante mencionar que la gestión judicial como afectación a la labor jurisdiccional más sustancial ha sido un tema debatido en el último tiempo y, por ende, objeto de atención de diversos medios de comunicación. Véase: Reportaje Digital.cl: "El póker de la justicia. El incentivo perverso que esconden las metas de gestión", (sin fecha). También puede verse Ciperchile.cl: "Hogares de menores: acta del Poder Judicial revela la incompetencia del Sename", 19 de mayo de 2016.

114 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N°13*, 18 de abril de 2011, p. 13.

115 Véase Alfredo Joignant y otros, *Diccionario de la política chilena*, Santiago, Sudamericana, 2011, p. 92.

para asumir las funciones. La existencia de redes políticas que manejan los nombramientos en el SENAME ha sido destacada en varias ocasiones. Las versiones dan cuenta, especialmente, del poder de la Democracia Cristiana para incidir de manera irregular en la designación de funcionarios.[116]

Por otro lado, se ha indicado que existe una relación entre los recursos que se asignan a las corporaciones o fundaciones que operan como colaboradores privados del SENAME y la integración, en sus directorios o equipos directivos, de políticos capaces de hacer lobby para obtener las subvenciones estatales. Esto redundaría en la concentración de los recursos: en efecto, se señala que existen alrededor de 15 organizaciones que se llevarían más del 53% de ese presupuesto.[117]

Asimismo, es posible encontrar información que apunta a que las adjudicaciones de los concursos a los colaboradores privados serían producto de la influencia política, mediando, incluso, la falsificación de antecedentes.[118]

El control político ejercido sobre el servicio incidiría, también, en que, a pesar de las comisiones investigadoras y de los informes que relatan y dan cuenta de las irregularidades, las personas a cargo no han pagado las consecuencias por su responsabilidad en el funcionamiento irregular del servicio. Sobre este punto, el diputado René Saffirio, ha señalado su disconformidad con la forma en la que la DC ha protegido a los protagonistas de las irregularidades, impidiendo su investigación y sanción.[119]

La captura política del SENAME puede, lamentablemente, hacer peligrar, o bien, frustrar las competencias y funciones que la ley le asigna, ya sea en lo que respecta a la prestación del servicio de cuidado de los NNA, o bien, tratándose del control y supervisión que el SENAME debe tener sobre sus residencias y los colaboradores privados.

Si la lesión concreta de los derechos de los NNA es consecuencia del actuar y manejo de las autoridades, cuyo desempeño se encontraría orientado por la anteposición de fines particulares (partidistas y, en definitiva, económicos), con descuido del cumplimiento de los deberes de implementación y supervisión de las normas que los rigen, la relevancia penal de las conductas se hace evidente. En efecto, los delitos

116 El Mostrador.cl: "El largo brazo de la DC en el Sename", 5 de agosto de 2016 y El Mostrador.cl: "Las redes políticas tras los cuestionados centros del Sename", 23 de mayo de 2016.

117 El Dínamo.cl: "La extensa red de políticos en directorios de organismos que reciben fondos del Sename", 2 de agosto de 2016. Sobre la relación entre política y concentración, The Clinic.cl: "Sename: Los informes de Contraloría que cuestionan a Corporación Opción", 20 de septiembre de 2016.

118 Bio Bio.cl: "Denuncian que Sename adjudicó proyectos a fundación debido a influencia política", 16 de mayo de 2017.

119 El Mostrador.cl: "Las redes políticas tras los cuestionados centros del Sename", 23 de mayo de 2016.

que afectan la probidad administrativa tienen en común la protección del recto funcionamiento de la Administración Pública, cuyos funcionarios tienen un especial deber de perseguir el bien común.[120]

Aunque el carácter delictivo de cada una de las conductas y la responsabilidad del respectivo funcionario dependen de la constatación e imputación precisa de hechos concretos en el marco de delitos específicos, las faltas a la probidad que tienen como elemento común la utilización del cargo o de los caudales públicos, para fines apartados a los legalmente establecidos, es algo que debería investigarse y, eventualmente, castigarse si llega a probarse. Ejemplo de lo anterior puede ser una sustracción o distracción de los caudales en beneficio propio o ajeno (como cuando un funcionario comete la sustracción retirando los caudales sin título para ello o sin la finalidad pública que justifique el retiro).[121] También es el caso del perjuicio patrimonial estatal derivado de una disposición que el Estado ejecuta en base a una actuación simulada orientada al engaño o fabricación de una hipótesis que ameritaría la disposición de recursos, como cuando se transfieren recursos estatales a quienes realmente no cumplen con los requisitos para recibir subvenciones del Estado y el cumplimiento de esos requisitos ha sido simulado con el objeto de recibir los mencionados aportes fiscales. Asimismo, puede tratarse de un funcionario que realiza un acto administrativo en razón del ofrecimiento u obtención de un beneficio (como cuando se ejecuta un nombramiento o adjudicación motivado en el beneficio del funcionario que lo practica). Finalmente, se puede tratar de un funcionario que actúa en interés propio, de familiares o de sociedades, asociaciones o empresas vinculadas a él o sus familiares respecto de cualquier clase de contrato u operación (como cuando el funcionario a cargo de la celebración de un contrato u operación en la que se ve envuelto el órgano, se ve beneficiado –él o sus relacionados– por el mismo, habiendo ejercido influencia en el servicio para obtener una decisión favorable a sus intereses).[122]

El panorama fáctico, informado por lo medios y descrito en los primeros párrafos del acápite, en general daría cuenta, de ser correcto, de la presencia de intereses privados determinantes del actuar público: la existencia de eventuales beneficios por incurrir en ciertas acciones, redes de presión, prácticas de cuoteo, protección y encubrimiento, así como promiscuidad entre los miembros de partidos políticos y los colaboradores que reciben caudales públicos, existiendo diversas asociaciones privadas interesadas en la materia relacionadas con funcionarios públicos. Esta

120 Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno*. Parte especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp.494 y ss.

121 Ibíd., pp. 488 y ss.

122 Sobre este tipo penal, véase: Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago, Legal Publishing, 2006, p. 500.

situación hace obligatoria la investigación de los delitos de malversación de caudales públicos, fraude al fisco,[123] negociaciones incompatibles,[124] cohecho[125] y otros delitos en contra de la probidad que pudieren resultar relevantes de acuerdo al Título V del Código Penal Chileno. La información hasta ahora disponible públicamente no permite –no tiene por qué hacerlo– imputar delitos específicos que dependen de la ejecución de conductas específicas (y motivadas por fines precisos) por parte del funcionario público, pero sí constituyen antecedentes contundentes y lo bastante graves como para investigar de manera exhaustiva los diversos casos de corrupción que podrían existir.

La imputación penal no es el único problema que deberá enfrentar el Ministerio Público en la persecución de estos delitos. Adicionalmente, existe la dificultad de establecer la prueba necesaria y luego conseguirla; de resistir a presiones u obstáculos para no llevar a buen término la investigación y, en definitiva, la mayor complejidad –desde todo punto de vista– de llevar a cabo este tipo de juicios, son problemas que los órganos de investigación y persecución tienen que sortear en su rutina para enfrentarse a este tipo de criminalidad.

4.2. Atentados contra la vida en el SENAME

Las altas –y cambiantes– cifras de mortandad al interior del SENAME han sido difundidas a través de la prensa. En un comienzo, se hablaba de 185 muertes informadas,[126] pasando por una rectificación que finalmente cerró la cifra en 1.313 personas entre 2005 y 2016.[127] El primer hecho que llama la atención y da cuenta de la deficiente actuación por parte del servicio y, por lo tanto, del Estado, es la poca claridad con que esas cifras se manejan. Estos hechos no solo son relevantes a la hora de esclarecer datos importantes para futuras investigaciones penales y la búsqueda de responsabilidades involucradas, sino que –desde el punto de vista administrativo y penal– dan cuenta de un pobre ejercicio de las facultades de supervisión y control. Esta idea se ve reforzada si se considera la baja cantidad de sumarios practicados en el órgano: tan solo 16 sumarios administrativos por NNA fallecidos en 9 años (desde

123 Ibíd., p. 291.

124 Sobre este tipo penal, véase: Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 458.

125 Ibíd., pp. 450 y ss.

126 La Tercera.cl: "Informe: 185 menores dependientes de instituciones del Sename han muerto desde 2005", 11 de julio de 2016.

127 SENAME, *Ordinario 3008*, 30 de septiembre de 2016. En esta comunicación entre la Directora del SENAME y la ministra de Justicia y Derechos Humanos se encuentran detalladas por tablas las muertes y los programas a los que los fallecidos se encontraban adscritos. La cifra incluye mayores de edad también a cargo del Servicio por aplicación de la Ley Nº 20.084, de responsabilidad penal adolescente.

enero de 2007 hasta octubre de 2016). Lo anterior quiere decir que, de 172 fallecidos que declaraba SENAME, solo en un 2% de los casos se realizó el sumario correspondiente.[128] A esa preocupante cifra, hay que agregarle que menos del 1% de los procesos está concluido.[129]

La muerte de NNA al interior del organismo tiene relevancia en relación con posibles aportes activos de miembros de la institución a esas muertes, como en los lamentables casos de Lissette Villa y Tania Osorio, que se verán a continuación, pero también con la falta de supervisión y control de los riesgos que existen para la vida de los NNA por parte de las autoridades del SENAME. Riesgos que los funcionarios deben evitar, en virtud de la ley y la relación de sujeción especial en la cual se encuentran los NNA. Lo señalado, con independencia de si el resultado ocurrió en un centro de administración directa –como en el caso de Lisette Villa– o en un centro colaborador del SENAME –como en el de Tania Osorio. En ambas situaciones existen deberes de supervisión fijados legalmente. Lo anterior quiere decir que no solo interesa en la actualidad esclarecer las causas y los causantes –eventuales– de las muertes, sino también la responsabilidad derivada de la falta de control y vigilancia de las autoridades estatales correspondientes, según se verá hacia el final de esta sección.

4.2.1. El caso de Lissette Villa

Según la prensa, se ha podido acreditar en la investigación que la muerte de la niña habría acontecido en el contexto de un supuesto ataque de ira de la misma, producto del cual fue inmovilizada, comprimiéndose su región torácica y abdominal por varios minutos, impidiendo que se ejecutaran movimientos respiratorios, paralizándose totalmente su respiración.[130] El informe de autopsia señala además que la niña trató de liberarse, lo que no logró, cuestión que se desprende de los rasguños en sus mejillas, orinándose y desvaneciéndose después.[131] Actualmente, el caso es investigado por cuasidelito de homicidio.[132] La calificación original, solicitada por la Fiscalía (torturas y apremios ilegítimos), fue modificada en la audiencia de formalización. En esa instancia (marzo de 2017), se estableció un plazo de investigación de 7 meses.[133]

4.2.2. El caso de Tania Osorio

La muerte de la niña se produjo mientras se encontraba en el organismo colaborador Pequeño Cottolengo de Rancagua. Padecía de un retraso

128 El Dinamo.cl: "Sename instruyó solo 16 sumarios por menores fallecidos en centros en últimos 9 años", 21 de noviembre de 2016.
129 The Clinic.cl: "Muertes que no importan: Sename revela que instruyó solo 16 sumarios por menores fallecidos bajo su tutela en los últimos 9 años", 20 de noviembre de 2016.
130 La Tercera.cl: "Torturas en el Sename", 18 de diciembre de 2016.
131 Ibíd.
132 Qué Pasa.cl: "¿De qué murió Lissette?", 26 de agosto de 2016.
133 La Tercera.cl: "Torturas en el Sename", 18 de diciembre de 2016.

mental, razón que –se afirma– incidía en los múltiples maltratos de los que era víctima.[134] La causa actualmente se encuentra desformalizada, aunque se han practicado diligencias como la exhumación del cuerpo, para constatar la causa de muerte.[135]

La responsabilidad penal por omisión que en todos estos casos pudiera imputárseles a funcionarios públicos y trabajadores de los centros colaboradores, que en posición de garantes u obligados a custodiar ciertos bienes jurídicos no lo hacen,[136] es una cuestión que debe esclarecerse con urgencia, sobre todo cuando lo extendido del problema y la ocultación de los hechos fuerza a concluir que las autoridades sabían –o, en cualquier caso, no quisieron saber– o deberían haber sabido lo que ocurría dentro de su esfera de responsabilidad.

4.3. Atentados en contra de la integridad física y psíquica de niños, niñas y adolescentes: castigo y tortura al interior del SENAME

Respecto a atentados en contra de la integridad física y psíquica, tanto en investigaciones de prensa como en informes de organismos oficiales,[137] se da cuenta de la existencia de prácticas de castigos o reprimendas físicas al interior del SENAME. Por ejemplo, de los antecedentes aportados a la Comisión Investigadora SENAME II, donde expusieron los fiscales de las regiones de Los Ríos y de Los Lagos, se da cuenta de información concluyente en torno a la existencia de delitos que afectan a la integridad de los NNA. La propia Fiscalía está dando prioridad en la designación de recursos humanos para esclarecer las causas relacionadas.[138] La referida Comisión, además, tuvo a la vista la exposición de la jueza de familia Mónica Jeldres, quién entregó información contundente acerca de lo extendidas que están las prácticas de maltrato e incluso de torturas.[139]

Otro punto altamente conflictivo, tratándose de la salud de los NNA, es la excesiva e indiscriminada medicamentación que se les impone en los distintos centros. Esta práctica se utilizaría con frecuencia y de manera riesgosa para ellos, no solo por los posibles efectos secundarios de las distintas sustancias químicas, sino también por la interacción entre los medicamentos y, especialmente, porque el suministro se realiza sin la adecuada supervisión profesional y sin coordinación entre los profesionales de la salud a cargo de la atención.[140]

134 The Clinic.cl: "Tania: otra muerte más en el Sename", 7 julio de 2016.
135 La Tercera.cl: "Exhuman cuerpo de menor que murió en recinto del Sename", 9 de septiembre de 2016.
136 Sobre la posibilidad de imputar responsabilidad a título de omisión nos referiremos en el apartado 4.5 de esta sección.
137 Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, pp. 164 y ss.
138 Ibíd., pp. 164 y ss.
139 Ibíd., pp. 171 y ss.
140 Ciperchile.cl: "El uso y abuso de psicofármacos en los hogares del Sename", 28 de abril de 2016.

La relevancia penal que estos hechos revisten desde el punto de vista del delito de lesiones y torturas debe ser investigada penalmente ante el serio riesgo y la gravedad que implican.

4.4. Atentados en contra de la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes; redes de prostitución y abuso

Parte de la información disponible públicamente da cuenta de la existencia de distintos actos de connotación sexual al interior del SENAME. Esos antecedentes apuntarían, principalmente, a la práctica recurrente de abusos e inclusive violaciones intraresidenciales.[141] Los hechos enunciados, de ser ciertos, claramente satisfacen los tipos penales de abusos sexuales y violación.

Por otra parte, existe información que da cuenta de la existencia de redes de prostitución al interior del SENAME: serían manejadas, en algunos casos, por los mismos funcionarios y trabajadores de determinados centros colaboradores y, en otros, desde afuera con cooperación de NNA que residen en aquellos centros relacionados con el SENAME. Durante enero de 2017, la PDI determinó la existencia y desbaratamiento de una red de explotación sexual de la cual formaban parte niñas del SENAME.[142]

En otro caso, según las declaraciones realizadas en el marco de la investigación dirigida por la Fiscalía, la "red con mayor número de menores reclutadas (al menos 20), de acuerdo al documento policial, es encabezada por una familia que reside en una casa al sur de la capital. El padre fue identificado por la policía como el líder o proxeneta de la agrupación, y su señora e hijas de 19, 15 y 14 años (quienes han ingresado y egresado en diversas oportunidades de varias residencias de protección), son consideradas por la PDI como presuntas captadoras de las menores del Sename para luego obligarlas al comercio sexual".[143]

En estos casos podrían darse los supuestos de atribución del delito de favorecimiento de la prostitución de menores. Por una parte, es posible imputar responsabilidad a quienes hayan actuado activamente en distintas funciones de la red y, por otra, es posible, asimismo, hacerlo por omisión al personal a cargo de los NNA y a quienes tienen deberes

141 El denominado "Informe Jeldres" es claro sobre los abusos intrarresidenciales. Véase: Carolina Bascuñán y Mónica Jeldres, *Boletín Nº 2: El sistema residencial en Chile*, Santiago, 2013, pp. 53 y ss. Los testimonios ante la Comisión Investigadora Sename II en la Cámara de Diputados de varias personas confirman los abusos. Así, en Sesión 17ª, del 19 de diciembre de 2016, Sesión 23ª del 3 de abril de 2017. También en Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, pp. 498 y ss.

142 Emol.com: "PDI desbarata red de explotación sexual infantil en Freirina integrada por niñas del Sename". 20 de enero de 2017.

143 La Tercera.cl: "Fiscalía investiga cuatro redes de prostitución integrada por menores de centros del Sename", 11 de diciembre de 2017.

de supervisión y control en favor de estos últimos. Se entiende que, al no actuar, debiendo hacerlo, estarían llevando a cabo la acción de "facilitar"[144] –que consiste en "hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin"–[145] la prestación de servicios sexuales, posibilitando espacios para que ocurran estas situaciones, sin prevenirlas. El incumplimiento del deber de protección da lugar a la comisión por omisión de este delito, como efecto de "posibilitar el ejercicio de la prostitución".[146]

4.5. Responsabilidad de las autoridades: omisión, funciones y deberes legales de supervisión y control

Como ya se señaló al describir los hechos con relevancia penal, desde el punto de vista de la vida de los delitos contra la integridad física, así como algunos delitos particulares que afectan la libertad sexual de los NNA, no solo tienen importancia las conductas activas de quienes ejecutaron acciones con resultados penales, sino también el comportamiento frente a esos hechos que tuvieron quienes debían prevenirlos. Respecto a la posibilidad de imputar responsabilidad penal a título de omisión al jurídicamente obligado a actuar, la doctrina chilena está conteste, cuando el tipo penal lo permite,[147] y cuando es probable que el obligado podría haber impedido el resultado con una acción evitadora del tipo.[148]

La posibilidad de que un sujeto responda por la omisión de impedir un resultado ha sido, asimismo, reconocida por la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos en general, respecto a la imputación a título de omisión impropia de un resultado típico.[149] Más específicamente, la imputación de los resultados cometidos por un tercero responsable puede ser realizada a quien no contribuyó causalmente a ese resultado, pero tenía deberes de supervisión sobre quienes lo

144 María Magdalena Ossandón. "Comisión por omisión del delito de favorecimiento de la prostitución de menores", *La ciencia penal en la Universidad de Chile*, Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013, pp. 455-461.

145 Ibíd., p. 439.

146 Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 308.

147 Lo que sí ocurriría en los delitos contra la vida y la integridad física y, como se dijo, cierta parte de la doctrina sostiene lo mismo para casos de facilitación a la prostitución.

148 Enrique Cury, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2005, p. 680; Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Tomo I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 169; Mario Garrido Montt, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 242 y ss.; Héctor Hernández, "Comentario al artículo 1º", Jaime Couso, Héctor Hernández (Dirs.), *Código Penal Comentado*, Santiago, Abeledo Perrot, 2011, pp. 21 y ss.

149 *Corte Suprema, Contra Carlos Humberto Castro Muñoz*, 4 de agosto de 1998.

cometieron.[150] La calidad de funcionario público ha sido explícitamente reconocida como una que fundamenta la posición y deber de intervención para el funcionario.[151]

En estos casos de falta de evitación de un resultado, se considera que el obligado a evitar un peligro responde de igual manera que su causante, en virtud del especial deber que le incumbe. Dado que la relevancia penal de estas conductas depende de la existencia de un deber jurídico, es necesario constatar la existencia de esa obligación. Como se afirmó, un resultado antijurídico le puede ser imputado a una persona que no lo causó directamente, cuando tenía el deber y la posibilidad de evitarlo. En este caso, los deberes administrativos que obligan a determinados funcionarios están establecidos en diversos cuerpos normativos que serán desarrollados a continuación.

Como se sabe, entre las distintas actividades de la Administración del Estado, se encuentra la prestacional o de servicio público.[152] Es esta la que principalmente lleva a cabo el SENAME aunque, ya se dijo, básicamente externalizando la prestación. Ahora bien, el Estado y sus organismos solo pueden actuar a través de personas naturales que ejecutan la actividad material del servicio, es decir, hombres y mujeres que desarrollan la actividad diaria del servicio y que ejercen la "función pública".[153] A dichas personas naturales se les atribuye un estatuto jurídico especial debido a la relación directa, estable y duradera que mantienen con el Estado, ejerciendo dentro de este una función. La relación especial entre dichas personas naturales y el Estado se encuentra regulada en diferentes disposiciones de variado rango normativo y que distinguen entre diversas figuras jurídicas de vinculación.

Entre los deberes relevantes para este caso desde el punto de vista penal, comunes a todo funcionario público, se pueden señalar los siguientes: desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua; orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a esta correspondan; realizar sus labores con dedicación y eficiencia, contribuyendo a materializar los objetivos de la institución; obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico; observar estrictamente el principio de la probidad administrativa; denunciar ante el Ministerio Público, o ante la policía, con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular de que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo;

150 *Corte Suprema, Contra Juan Ignacio Ortigoza Ampuero y otros*, 4 de abril de 2014.
151 *Corte Apelaciones de Santiago, Contra Patricio Román Herrera,* 14 de julio de 2015.
152 Jorge Bermúdez, *Derecho administrativo general*, Santiago, Legal Publishing, 2014, p. 295.
153 Ibíd., p. 435.

y justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad.[154]

Para las personas que ocupan cargos directivos y que son superiores jerárquicos existen, además, entre otros, los siguientes deberes específicos: ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, extendiéndose dicho control tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones; vigilar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia, y desempeñar sus funciones con ecuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.[155]

Además de los deberes generales señalados precedentemente, pesan sobre los funcionarios y autoridades del SENAME obligaciones específicas. Desde el punto de vista de la estructura orgánica el servicio se encuentra encabezado por la Dirección Nacional del SENAME del cual el Director Nacional ejerce como el jefe superior[156] asesorado por el Comité Consultivo Nacional,[157] además de estar desconcentrado territorialmente a través de las direcciones regionales. Las funciones, facultades y deberes de las personas que llevan a cabo la función pública en el servicio dependen de su ubicación en la organización y división funcional en distintos departamentos y unidades del servicio. Entre ellas resultan relevantes –aunque no de manera exhaustiva– las siguientes:

i) *Dirección Nacional.* Entre sus deberes destacan: dirigir, organizar, planificar, coordinar y supervigilar el funcionamiento del servicio; velar por el cumplimiento de las normas aplicables al órgano y adoptar las medidas necesarias para asegurar su eficiente funcionamiento; celebrar convenios con las instituciones reconocidas como colaboradoras del servicio, fijar plazos, condiciones y demás

154 Artículo 61 del Estatuto administrativo (Ley 18.834).

155 Artículo 64 del Estatuto administrativo (Ley 18.834).

156 Según el artículo 35 inciso 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado: "A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne."

157 Dicho Comité consultivo está conformado por cinco representantes de instituciones reconocidas como colaboradoras del servicio conforme al artículo 6 del DL 2.465. En la actualidad, además de estas cinco titulares, existen 18 entidades invitadas a dicho Comité. Disponible en: http://www.sename.cl/tactiva/2012/consejosconsultivos.html

modalidades de los mismos, modificarlos y ponerles término; ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines del SENAME. Asimismo, formular, establecer, mantener y desarrollar las acciones de prevención, protección y rehabilitación que sean necesarias para el cumplimiento de las finalidades del servicio; decidir la asistencia que proceda otorgar a las instituciones públicas o privadas que coadyuven al cumplimiento de los objetivos de la entidad estatal y dictar las resoluciones generales o particulares que fueren necesarias para el ejercicio de estas atribuciones.[158]

ii) *Dirección Regional.* Los directores regionales tienen especialmente los siguientes deberes: dirigir la marcha administrativa, técnica y orgánica de las casas de menores y demás establecimientos de prevención, protección y rehabilitación del servicio en la región, y los sistemas asistenciales, de acuerdo con las instrucciones del Director Nacional; atender en forma preferente a los NNA enviados por los tribunales, con el fin de cumplir las medidas que estos hayan decidido aplicarles, y asesorar en materias técnicas a dichos tribunales cuando ellos lo soliciten; prestar asistencia técnica, material o financiera a las instituciones coadyuvantes o reconocidas como colaboradoras del servicio en la región, según corresponda, de acuerdo con las instrucciones impartidas por la Dirección Nacional; realizar los actos y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de las funciones del servicio y para la administración de las oficinas de protección de derechos, los diversos centros, programas y equipos de diagnóstico, en todas las líneas de acción, que desarrollen los colaboradores acreditados dentro de su territorio, modificarlos y ponerles término; y dictar las resoluciones generales o particulares que sean necesarias para el ejercicio de estas atribuciones de acuerdo con sus facultades propias y delegadas.[159] Además, en el caso de que establecimientos privados que presten el servicio presenten graves anomalías, el Director Regional puede reclamar, ante el juez de familia, la administración provisional del centro.[160] Esta última facultad tiene por objetivo materializar el deber de control del SENAME sobre todos aquellos que prestan el servicio público.

iii) *Departamentos.* Actualmente, el servicio está organizado con ocho departamentos a nivel nacional, a saber: de adopción, planificación y control de gestión, administración y finanzas, técnico y restitución de derechos, de justicia juvenil, jurídico, de personas,

158 Artículo 5º del DL 2.465.
159 Artículo 12 del DL 2.465.
160 Artículo 16 del DL 2.465.

y de auditoría.[161] Varios son los deberes que corresponden a estos departamentos.[162]

iv) *Unidades.* El SENAME está dividido en siete unidades que operan en cada dirección regional. Dichas unidades son las de comunicación, infraestructura e inversión, de salud, de comisionado de la infancia y adolescencia, de relaciones internacionales y cooperación, de estudios, de participación. Cada unidad tiene también sus deberes propios.

Las funciones y obligaciones precedentemente descritas, tanto generales, que rigen a todos los funcionarios públicos (especialmente a los superiores jerárquicos), como específicas dirigidas a quienes forman parte del servicio, dan cuenta de la existencia de deberes de supervisión y control del funcionamiento del órgano en sus distintas esferas de competencia. El hecho de que el SENAME mismo no sea el que presta directamente el servicio a los NNA –pues, como se vio, hay esferas completas delegadas a privados colaboradores–, no descarta la responsabilidad de sus funcionarios y autoridades toda vez que estos *no pueden renunciar a cumplir los deberes de supervisión y control*. Es más,

161 Ver diagrama del SENAME en http://www.sename.cl/tactiva/2016/noviembre/organica/organica.html

162 Sin que sea posible abordar todos los deberes de cada departamento, los principales se indican enseguida. Conforme al artículo 7° del DL 2.465, al Departamento Jurídico corresponde: informar en derecho al Director Nacional sobre la correcta aplicación de las leyes, reglamentos e instrucciones de carácter general o particular que afecten al servicio; respecto de la legalidad y procedencia de las resoluciones que dicten las autoridades del servicio, y acerca de las actuaciones de dichas autoridades; asesorar en materias de su competencia al Director Nacional, a los directores regionales y a los jefes de los departamentos; dar forma jurídica y otorgar su visación a los proyectos de normas generales o especiales de carácter obligatorio que el servicio imparta, cuando se lo solicite el Director Nacional. De acuerdo al artículo 8° del DL 2.465, al Departamento Técnico le corresponderá: estudiar y elaborar proyectos de planes y programas de atención de menores, de sistemas asistenciales y de las instrucciones generales a los colaboradores y someterlos a la consideración del Director Nacional; pronunciarse sobre la asistencia técnica, material o financiera que proceda prestar a las instituciones coadyuvantes del servicio para que el Director Nacional resuelva al respecto; mantener actualizados los datos estadísticos y la información sobre los NNA; evaluar los avances de los planes técnicos en ejecución, recomendando al Director Nacional las medidas que se estimen necesarias para su continuidad o modificación. Conforme al artículo 9° del DL 2.465, al Departamento de Administración y Finanzas corresponderá: velar por el cumplimiento de las normas relativas a la administración de los recursos humanos, financieros y materiales del servicio; vigilar la conservación y seguridad de los bienes del servicio y propender al adecuado equipamiento de este; programar y efectuar estudios sobre racionalización administrativa, mediante el análisis sistemático de las estructuras, procedimientos, métodos y sistemas administrativos, relativos al servicio. Según el artículo 10 del DL 2.465, al Departamento de Auditoría le corresponde: pronunciarse sobre la eficacia de las unidades que componen el servicio; verificar el adecuado aprovechamiento de los recursos humanos, financieros y materiales asignados a las distintas unidades del servicio; efectuar las fiscalizaciones procedentes en terreno, para comprobar si la actividad administrativa del organismo se desarrolla en concordancia con el cuadro normativo vigente; proponer normas, procedimientos y programas de control interno.

el hecho de que el SENAME, en un gran ámbito, haya delegado en privados sus funciones es un argumento para decir que su rol principal respecto de dichos colaboradores es vigilar que cumplan la ley, a cuya tarea se debe abocar para satisfacer sus deberes y la función pública del servicio. Una falta o mal ejercicio de las facultades de control establecidas legalmente tiene relevancia penal cuando surge un peligro que el funcionario no controla, debiendo hacerlo, y esa amenaza desemboca en un resultado delictivo, como los que en este caso se han dado. Los sistemas de control, por una parte, y obediencia, por otra, establecidos en el Estatuto Administrativo dan cuenta de la posibilidad, para los superiores y directivos, de incidir en el funcionamiento de los órganos a los que pertenecen y de promover o evitar determinados hechos y conductas. De acuerdo a dicho cuerpo legal, esta intervención es imperativa para aquellos que tienen facultades de supervisión.

Las notas y reportajes de investigación, así como la existencia de una extensa cantidad de información pública disponible acerca de los riesgos y faltas de seguridad para los NNA, hacen imposible argumentar que no existió, al menos, una negligencia grave de parte de las autoridades competentes al omitir medidas mínimas de supervisión y control. Las auditorías de la Contraloría General de la República desde hace muchos años daban cuenta del incumplimiento de medidas de seguridad al interior de varios centros,[163] de la ocurrencia de delitos dentro de los recintos (maltratos y otros de connotación sexual),[164] así como deficiencias en la contratación de personal idóneo para el trato con NNA.[165] Asimismo, el denominado Informe Jeldres constató agresiones físicas por parte de funcionarios en las residencias, a varios NNA[166] así como abuso sexual en contra de los mismos[167] además de prácticas de castigo extendidas, como el aislamiento y la falta de provisión de alimentos.[168] Dicho informe concluía de manera enfática en 2013 que en el 60% de los casos existe una situación de alto riesgo para la salud física y psíquica de los NNA que hacía necesaria la intervención e investigación.[169] Junto a esto, la multiplicidad de testimonios de personas, autoridades del Poder Judicial y la Fiscalía, así como de

163 Contraloría General de la República, Oficio 18.171. *Sobre informes de auditorías efectuados en el Servicio Nacional de Menores que se refieran a organismos colaboradores*, 18 de mayo de 2017, pp. 6-10.

164 Ibíd., pp. 15-16 y 21.

165 Ibíd., pp. 22, 26, 30-32.

166 Carolina Bascuñán y Mónica Jeldres, *Boletín Nº 2: El sistema residencial en Chile*, Santiago, 2013, pp. 53 y ss.

167 Ibíd., pp. 54 y ss.

168 Ibíd., p. 57.

169 Íbid., p. 62. En el informe se señala que solo un 20% de las residencias no representaba un riesgo para los NNA allí internos.

testigos del funcionamiento del SENAME y sus colaboradores, pone en evidencia la facilidad con que las autoridades pudieron haberse enterado y tomado conocimiento de los serios riesgos y delitos que estaban siendo cometidos al interior de los centros.[170]

La individualización definitiva de responsabilidad dependerá de cada caso, según el tipo de resultado de que se trate, la clase de riesgo que lo produjo y las esferas de competencia, funciones y deberes involucrados.

CONCLUSIONES

En este capítulo se ha expuesto el incumplimiento de la responsabilidad del Estado de "prevenir, investigar y sancionar" las vulneraciones a los derechos humanos de los NNA al cuidado del SENAME y sus colaboradores.

En lo que concierne al diseño del servicio y su relación con los privados, la falta de voluntad para emplear de modo más intenso sus facultades de supervisión permite concluir que la externalización de la prestación de los servicios de cuidado ha acarreado, en la práctica, un debilitamiento del compromiso estatal con los derechos. Como si en verdad fuera responsabilidad de otro. La privatización de los servicios en ningún caso puede implicar que el Estado se desvincule de sus obligaciones, menos aun cuando la actividad que ha externalizado no solo incide casualmente, sino que por mandato legal *consiste precisamente en proteger derechos humanos de personas ya vulneradas en sus derechos*.

El servicio es deficiente, asimismo, cuando colabora con los tribunales de familia en la adopción y seguimiento de las medidas de protección de los NNA. La descripción que efectúan los jueces entrevistados da cuenta de la forma rutinaria y despreocupada con la que el SENAME enfrenta sus funciones. Todo esto, además, en un contexto institucional en que los jueces deben satisfacer metas de gestión que restringen aún más la calidad de la protección que debe conferirse a los derechos de estas personas.

La responsabilidad penal por delitos cometidos al interior de los recintos bajo dependencia o supervisión del SENAME debe ser esclarecida como paso mínimo y fundamental para solucionar la actual crisis. Como cuestión fundamental es necesario entender y asumir que se han cometido graves delitos de manera extendida en el tiempo y de modo reiterado en contra de los NNA. Los hechos públicamente difundidos hasta ahora hablan en favor de la plausibilidad de una imputación en

170 Véanse, al efecto, las exposiciones de los invitados a la Comisión Investigadora SENAME II en: Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión investigadora SENAME II*, 3 de julio de 2017, pp. 42 y ss.

aquellos casos en que se han visto afectadas la vida, integridad física, psíquica o sexual de los NNA; lo mismo puede afirmarse respecto a los datos ventilados sobre vulneraciones a la probidad. Deben investigarse las responsabilidades de aquellos que hubieren ejecutado las conductas de manera directa, pero también las que pueden surgir para quienes se encuentran en posición de garantes respecto de los NNA y que, por lo tanto, tienen el deber de evitar daños para los mismos, vigilando y ejerciendo, de acuerdo a la ley, el control adecuado de aquellos que están bajo su supervisión.

RECOMENDACIONES

En concordancia con lo expuesto en este capítulo, es posible efectuar las siguientes recomendaciones:

1. Es necesario, como cuestión inmediata que no requiere modificación legal, que el SENAME se tome en serio sus herramientas de supervisión e instrucción a los colaboradores y las reinterprete para el propósito que el legislador le ordenó, a saber, la protección de los NNA que se encuentran en el sistema de cuidado. La terminación unilateral de los convenios con los colaboradores debe convertirse en una amenaza cierta que disuada a los privados de llevar a cabo prácticas lesivas de los NNA bajo su cuidado. Una implementación escasa y laxa de las facultades de control afecta el grado de cumplimiento de la ley por parte de los privados y mengua las posibilidades de la Administración de conseguir los propósitos legislativos.
2. Desde el punto de vista legislativo, el SENAME requiere profesionalizarse, de modo que los nombramientos en el órgano no sean producto del cuoteo político. La reforma de 2016 que incorporó los cargos de Director Nacional y directores regionales al sistema de Alta Administración Pública es insuficiente para evitarlo. Debe extenderse esta forma de nombramiento tanto como sea posible. Asimismo, han de establecerse sanciones administrativas que sirvan como herramientas para que los colaboradores den cumplimiento a las normas legales y reglamentarias, así como a las instrucciones del SENAME.
3. Debe procederse a la persecución, investigación y sanción de los responsables desde el punto de vista penal, de los distintos hechos vinculados al SENAME. Lo masivo y extendido de las conductas hacen recomendable la adopción de medidas de investigación especiales –como las que actualmente está tomando la Fiscalía, unida a otras adicionales–, que faciliten la

aportación de prueba por parte de las víctimas o testigos de los delitos. Lo propio debe hacerse respecto a delitos especialmente difíciles de probar, como aquellos vinculados a la corrupción de funcionarios públicos y los que afectan la libertad sexual e integridad psíquica de los NNA. A la hora de investigar y sancionar los casos vinculados al SENAME, no solo debe ponerse atención en los causantes o intervinientes activos, sino que también en los funcionarios que tengan deberes de prevención de los delitos. La responsabilización efectiva de los funcionarios públicos es esencial para la prevención de nuevos delitos y la superación de la actual crisis.

4. Desde el punto de vista de la transparencia, debe ponerse a disposición pública, en la página web del servicio, la información sobre supervisión, instrucciones y ejercicio de otras herramientas de control sobre los colaboradores privados. Es necesario que el SENAME transparente sus estadísticas, indicadores de visitas de supervisión, así como todas las circulares e instrucciones que ha emitido.
5. El Poder Judicial debe modificar las metas de gestión, a fin de que el cumplimiento formal o cuantitativo de ellas no sea un obstáculo para la protección de derechos de los NNA.
6. Ha de existir una mejor coordinación y comunicación entre el SENAME y los jueces de familia, debiendo el primero adecuar sus programas a las necesidades de los NNA, conforme a la información recibida por los segundos. Adicionalmente, en línea con el cumplimiento diligente de sus deberes legales, el SENAME debe mejorar sus rutinas internas de entrega de información a los tribunales de justicia, proporcionándoles a estos antecedentes en regla y de calidad sobre los NNA que tiene a su cargo, dejando de emplear información "tipo" o meramente formal. Como señal clara, deben sancionarse los funcionarios a cargo de entregar información a los jueces de familia y que lo hacen de manera deficiente. Los jueces deberían oficiar al SENAME solicitando la apertura de sumarios administrativos al efecto y verificar, en el marco de su función protectora de derechos, que ellos se hayan cursado.
7. Es necesario analizar la política pública de externalización de los servicios de cuidado de los NNA sin prejuicios como, por ejemplo, aquel según el cual la sola circunstancia de que los colaboradores no tengan fines de lucro implica virtudes automáticas en el sistema.