

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**NUESTRA LEY DE MENORES A LA LUZ DE LOS
PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA CONVENCION
DE DERECHOS DEL NIÑO**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

PROFESORA PATROCINANTE: YANIRA ZUÑIGA

JUAN A. GATICA BARRIENTOS

VALDIVIA, 2005

Valdivia, 02 de marzo de 2005

Profesor
Dr. Juan Omar Cofre L.
Presente.

Estimado Señor:

Por intermedio de este acto vengo en evacuar informe de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales presentada por el alumno Juan Gatica Barrientos y que lleva por título "Nuestra Ley de Menores a la luz de los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño"

El referido trabajo de investigación aborda el estudio del estatuto internacional de protección de los niños mediante un análisis de confrontación entre dicha normativa y régimen nacional de protección al menor.

Cabe mencionar que los problemas tratados y enfoques utilizados por el memorista, enriquecen el estudio de un tema que tiene una indudable centralidad en la práctica jurídica nacional aunque, lamentablemente, dicha centralidad no ha resultado acompañada siempre por una adecuada elaboración teórica.

En este contexto, el mérito primordial de la memoria que informo consiste en entrecruzar los elementos ideológicos que informan tanto la normativa internacional en esta materia como la legislación doméstica. El evidente conflicto entre los paradigmas que constituyen el telón de fondo de dichos regímenes de protección pone una vez más en tela de juicio el eficaz cumplimiento por parte del Estado chileno de las obligaciones internacionales que contrae por la vía de tratados internacionales. Este asunto, con el correr del tiempo ha ido adquiriendo mayor importancia no sólo por la reforma del art. 5 de la Constitución sino, además, por los progresivos procesos de integración entre el Derecho Internacional y las legislaciones domésticas que hacen que el postulado dualista pierda cada vez más fuerza.

La memoria en comento, además, sitúa el problema en el marco de la teoría de los derechos humanos y más específicamente dentro del llamado proceso histórico de especificación de los derechos fundamentales respecto de sus titulares. De ahí, que se inicie con una alusión breve pero ilustrativa en torno a las características de este proceso, para continuar con un estudio respecto de la forma en que históricamente la legislación chilena ha abordado la protección de los niños. Este estudio devela la preeminencia de la doctrina de la situación irregular en el tratamiento doméstico de este asunto y anuncia algunos de los efectos jurídicos que de esta opción se siguen.

En la sección destinada al análisis de las normas internacionales que tiene su punto focal en la Convención sobre los derechos del Niño, se estudia- desde una perspectiva teleológica- la doctrina de protección integral de la infancia que informa dicho instrumento y, a su turno, se desprenden en líneas generales las consecuencias jurídicas concomitantes.

La colisión entre ambos enfoques es ilustrado en la parte final de la investigación mediante el análisis de las medidas de protección contempladas por nuestra ley de menores que, a su vez, se conecta con la última sección que contiene un

estudio crítico del nivel de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado chileno con motivo de la ratificación de la Convención.

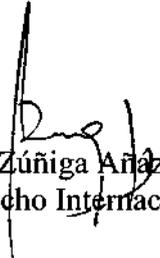
Así las cosas, el trabajo de investigación en comento ha sorteado con corrección las dificultades de un problema como el que se ha planteado el memorista y, por tanto, es un interesante aporte al estudio de este tema.

Por otra parte, el Sr. Gatica ha demostrado en el desarrollo de su investigación el indispensable rigor metodológico, disciplina, correcto nivel de argumentación y destreza en el manejo de fuentes bibliográficas.

Desde el punto de vista metodológico, las fuentes consultadas (doctrina y normas internacionales) son suficientes y pertinentes para la consecución de los objetivos de la investigación. De la misma manera, el régimen formal de referencias bibliográficas usado está adecuadamente construido.

Por último, las conclusiones extraídas de la investigación son coherentes con la argumentación y están correctamente expresadas desde un punto de vista lógico.

Por las razones antes expresadas, la profesora que informa estima que el trabajo de investigación presentado por don Juan Gatica Barrientos merece una calificación de 5.5 (cinco punto cinco)



Yanira Zúñiga Añazco
Profesora Derecho Internacional Público

INDICE TEMÁTICO

Introducción	1
Historia y vigencia de los Derechos Humanos	3
Los Derechos del Niño son Derechos Humanos	7
La realidad Chilena	9
Nuestra Ley de Menores	13
Doctrina de la Situación Irregular	16
La Convención Internacional de Derechos del Niño	19
Los Derechos del Niño conforme a la Convención	21
Doctrina de la Protección Integral de derechos de la Infancia	23
Diferencias entre los dos Modelos	28
Las Medidas de Protección en Nuestra Ley de Menores	29
Obligaciones para Chile en Función de la Convención	32
Conclusiones	35
Bibliografía	37

INTRODUCCIÓN

“Tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso.”

Cuello Calón

Sin duda ésta afirmación destaca claramente la visión imperante durante mucho tiempo en el tratamiento jurídico dado a la infancia en nuestro país. Ello no debe producir extrañeza si consideramos que nuestra legislación de menores, de carácter tutelar, se inspira en la denominada “Doctrina de la Situación Irregular”, que en esencia se resume en la creación de un marco jurídico que legitima la intervención estatal sobre esa suerte de producto residual de la categoría Infancia, constituida por el mundo de los “Menores”. La no distinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de esta doctrina, y en tal sentido la extensión de su uso resulta, sin duda alguna, inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas.

Si bien éste enfoque a recibido serios y continuos cuestionamientos, éstos han sido reiteradamente oscurecidos por la práctica lisa y llana, lo que en los hechos han significado su consolidación.

Sin embargo, este paradigma se ha modificado, a lo menos en el plano formal, con la suscripción de parte de nuestro país de la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante la Convención) y por ello desde 1990 rige en nuestro país la voluntad de transitar desde una legislación inspirada en la Doctrina de la Situación Irregular a otra fundada en la aspiración de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia, vale decir en un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional, dado que la Convención es sólo uno de ellos sí bien el más importante, por los cuales se asigna al niño un valor intrínseco como miembro activo de la sociedad, convirtiéndose entonces en un sujeto de derechos y de absoluta prioridad para la agenda pública.

Con la entrada en vigencia de esta carta magna de los niños se formula una posición no sólo respecto a la sociedad y la familia, sino también ante el aparato público llamado a impulsar las políticas dirigidas a la infancia; de una preocupación por intervenir en la vida de los menores en situación irregular, la administración del estado y por ende la judicatura deben, desde hace más una década, poner su empeño en brindar protección integral a los derechos de todos los niños y adolescentes chilenos, sin discriminación alguna.

Las obligaciones contraídas por el Estado en ésta materia abarcan a todos los poderes públicos. Por ello, es obligación del gobierno implementar políticas públicas para la promoción y garantía de los derechos consagrados en la convención, impulsando leyes en este sentido; el no actuar de éste modo es una violación a un instrumento internacional de derechos humanos.

Existen, a nivel de discurso, altos niveles de consenso en torno a la urgencia de reformar el actual sistema e instaurar las nuevas concepciones sustentadas en el paradigma establecido por la Convención. No obstante, a más de una década de su aprobación debemos recordar que la adecuación de la legislación nacional pueda adquirir dos modalidades radicalmente diferentes, a saber una adecuación formal de carácter eufemístico, o bien una adecuación real que signifique la introducción efectiva de los principios incorporados por la Convención.

Optar, como lo ha hecho nuestro país, por la protección integral de los derechos de la infancia exige cambios globales que adecuen la legislación interna a los principios que inspiran la Convención, superando así la problematización de la situación de la niñez y juventud, para centrarnos en su emancipación y su desarrollo.

Es nuestra impresión el que en el ámbito interno se ha optado por legislar en base a iniciativas dispersas que sólo constituyen pasos graduales hacia una plena adecuación al nuevo paradigma, que impera hace más de una década.

Por ello sostenemos que nuestra Ley de Menores, Ley 16.618, se ha ajustado recientemente y de manera imperfecta a las directrices establecidas en la Convención. Para demostrar nuestra hipótesis recurriremos al análisis comparativo de las disposiciones contenidas en nuestra Ley de Menores y la Convención a objeto de vislumbrar las incompatibilidades existentes, las cuales obedecen a la diferencia de enfoque de ambas normativas.

No parece exagerado entonces el señalar que bajo un discurso Garantista subyace aún una práctica Proteccionista en el tema Infancia y que urge una modificación de fondo a nuestra Ley de Menores, para cumplir a cabalidad el mandato constitucional por el cual la Convención se incorpora plenamente a nuestra legislación interna.

No es la intención de este trabajo el ofrecer modelos acabados que den una respuesta definitiva al problema, sino el fomentar la discusión en torno a un tema de gran trascendencia, no sólo jurídica sino también social y cultural, a objeto de que se genere un sistema de protección a la Infancia al servicio de los niños, niñas y adolescentes del país, contribuyendo así a consolidar una sociedad más democrática.

HISTORIA Y VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

“El Lenguaje de los Derechos Humanos está ahí para recordarnos que algunos abusos son realmente intolerables y que algunas excusas por dichos abusos son realmente insoportables”

Michael Ignatieff

La historia de los Derechos Humanos es en verdad tan larga como la historia de la humanidad y no es más que la lucha por condiciones más dignas de vida.

Ya desde el Derecho Romano y el Derecho Natural de inspiración religiosa, es posible hallar elementos recogidos posteriormente por alguna doctrina de los Derechos Humanos e inclusive la Carta Magna, del año 1215, es vista como un antecedente, sin embargo estos nunca fueron tratados de modo sistemático sino hasta el siglo XX.

La existencia y relevancia de los Derechos Humanos se sustenta en dos hitos históricos fundamentales: La Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, que limita el poder de la monarquía y en donde la idea de libertad es opuesta al Absolutismo, desempeñando los Derechos Humanos un rol revolucionario al echar por tierra las palabras de Luis XV, quién declaraba en 1770 “No recibimos nuestra corona más que de Dios y el derecho a hacer leyes nos pertenece sin división ni dependencia”¹. Surgen en esta época histórica los llamados derechos civiles o políticos, o de primera generación, basados en la idea de libertad y cuyo contenido apunta a limitar el poder político de los Estados, los cuales deben abstenerse de realizar ciertas conductas o garantizar ciertas actividades de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, los horrores derivados de la Segunda Guerra Mundial y el Holocausto, generaron el consenso de los Estados para la creación de un estatuto jurídico común, con énfasis en los derechos. Estos debían garantizarse a cualquier ser humano, en todo el mundo y en todo momento, independiente de las diferencias de raza, sexo, clase o etnia. Surge así la Declaración Universal de Derechos del Hombre, que señala en su artículo 1º “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente unos con otros” y agrega además que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción

¹ Cortéz Morales, Julio; “La Convención de los Derechos del Niño como instrumento internacional de derechos humanos”; Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas. Corporación Opción. LOM Ediciones. 2001. Pagina 48.

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”².

Se expresa así la voluntad de lograr mejores condiciones de vida y se consagran derechos para todos los seres humanos independientemente de las diferencias, las que son reconocidas abiertamente, pero señalando que no se pueden transformar en argumentos para discriminar.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre es, entonces, el primer instrumento internacional de amplio alcance concerniente a Derechos Humanos y consolida como pilares fundamentales de esta disciplina la Dignidad humana y la Igualdad básica entre los seres humanos, conforme expresa su Preámbulo. Estos dos criterios se transforman entonces en la base de la normativa de Derechos Humanos plasmada en los tratados posteriores y ello porque la Declaración no constituye en sí un instrumento jurídico obligatorio, pero a partir de ella se desarrollarán los derechos que se consagrarán en instrumentos jurídicos internacionales que sí son obligatorios, vale decir vinculantes³.

La significación de estos hitos y la aceptación de que goza el tema de la protección de los Derechos Humanos no nos deben hacer obviar la complejidad del tema, ya que los Derechos Humanos están en permanente construcción por lo cual se transforman, dado su carácter dinámico, en una herramienta para promover la justicia social y la dignidad de todas las personas, es por ello que a partir de la Declaración Universal de Derechos del Hombre se han diversificado y desarrollado para dar solución a nuevos problemas y necesidades de la vida en sociedad.

Asumiendo entonces la indivisibilidad de los derechos conquistados hasta ahora, se señala que el reconocimiento de los Derechos Humanos tiene un carácter progresivo, lo cual ha permitido agruparlos en tres generaciones de derechos: Así conforme al orden de aparición se clasifican en, los de primera generación o Derechos de Libertad, también llamados Civiles y Políticos y entre los cuales se encuentran el derecho a la vida, la integridad y seguridad de las personas, la igualdad ante la ley, la participación política. Ya conocemos el contexto en que surgieron, aún cuando en muchos países aún no se conquistan o rigen sólo de modo simbólico.

Posteriormente surgen los derechos de segunda generación o de Igualdad, consagrados como derechos Económicos, Sociales y Culturales, vale decir laborales, de salud, de vivienda,

² Declaración Universal de Derechos del Hombre

³ La Declaración como tal no es vinculante, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que codifica normas consuetudinarias sobre derechos humanos.

educación y otros, los cuales no han sido suficientemente reconocidos por los Estados, inclusive se señala que no son propiamente derechos sino expectativas, cuyo cumplimiento obedece a decisiones políticas y no a acciones de tipo jurisdiccional⁴.

Por derechos de tercera generación se entiende un conjunto de derechos recientes, tales como derecho al medio ambiente, la paz, derechos reproductivos y todos los temas de minorías. Se diferencian por cuanto sus titulares no son sólo individuos sino sujetos colectivos como pueblos, homosexuales, indígenas, etc.

No podemos sino reforzar la necesidad de un instrumento específico como este, basado en razones de orden histórico y cultural que dan cuenta de una relación Infancia – Derechos Humanos aún en construcción y que nos permiten adherir a la definición de Derechos Humanos formulada por Emilio García Méndez, quién señala, citando a Michael Ignatieff, que “Son el lenguaje a través del cual los individuos han creado una defensa de su autonomía contra la opresión de la religión, el Estado, la familia y el grupo”⁵.

Aún queda mucho para hacer respecto a la definitiva consolidación de los Derechos Humanos y a objeto de lograr este objetivo la O.N.U. pretende implementar sus objetivos en todos y para todos los Estados del mundo, basada en el principio de Igualdad Soberana de todos los Estados miembros, lo que implica que no importa lo grande o poderoso de un Estado ya que ante la O.N.U. son todos iguales, y en el principio de la Buena Fe en el cumplimiento de las obligaciones que se impone a los estados miembros. Es por ello que ha elaborado una serie de instrumentos de Derechos Humanos, algunos de carácter universal y otros referentes a materias específicas dentro de determinada categoría de Derecho Humanos, a saber: Convención de Ginebra para todos los Prisioneros de Guerra; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Social; Declaración de Derechos del Niño; Convención sobre la Tortura y otros Tratos Crueles y degradantes; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Internacional de Derechos del Niño.

Además, para el mismo objeto, más allá del quehacer de la O.N.U. a nivel mundial, los Estados se han aglutinado en base a referentes comunes, idiomas, intereses, problemas y han creado instancias regionales desde las cuales impulsan la formación y vigencia de los Derechos Humanos. En el caso americano, la O.E.A. ha sido fundamental para la elaboración

⁴ Cortéz Morales, Julio; “*La Convención de los Derechos del Niño como instrumento internacional de derechos humanos*”; Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas. Corporación Opción. LOM Ediciones. 2001. Pagina 52.

⁵ García Méndez, Emilio; “*Derechos Humanos: origen, sentido y futuro. Reflexiones para una nueva Agenda*”. Revista de Derechos del Niño. Número 2. 2003

de Pactos y Convenciones de Derechos Humanos de índole regional y es así como, también en 1948, se consagra la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Para dar efectividad a estos instrumentos, se contemplan una serie de normas y mecanismos de protección y defensa de los individuos que ven afectados sus derechos y estos son puestos en movimiento sólo si se han agotado los recursos judiciales internos, admitiéndose incluso que en situaciones determinadas se recurra directamente a un organismo jurisdiccional con competencia internacional y ello porque en principio, cada Estado parte que suscribe un instrumento es responsable por los actos violatorios de Derechos Humanos cometidos por sus agentes o instituciones, inclusive por los actos emanados de los Tribunales de justicia que contravengan Derechos Humanos consagrados a nivel internacional.

LOS DERECHOS DEL NIÑO SON DERECHOS HUMANOS

Debemos tener absoluta claridad de que los derechos del niño son Derechos Humanos y los textos que los contienen son parte de un conjunto de instrumentos que pretende reconocerlos y garantizarlos.

El avance en el reconocimiento de los derechos del niño ha corrido por dos vías paralelas: El reconocimiento de que los niños gozan de los derechos propios de todas las personas y el reconocimiento de derechos específicos en su favor, por vía de instrumentos destinados sólo a ellos. La Convención rompe esa distinción tajante entre niño y persona adulta, para dar paso a la comprensión del niño como una persona con iguales derechos que un adulto y una batería adicional de derechos, plasmada en instrumentos como Constituciones, Tratados Internacionales, propios de su condición de niño y ello es perfectamente congruente con la doctrina de los Derechos Humanos por la cual los derechos de las personas le deben ser reconocidos independientemente de su edad, sexo o condición.

Así entonces, los derechos del niño consagran derechos reconocidos a todas las personas, en función del principio de la no discriminación e igual protección ante la ley plasmados en los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y los profundizan y adecuan en función de la condición particular de su portador. El niño se transforma entonces un sujeto de derecho dotado de una “supraprotección” o “protección complementaria”, ya que se agregan nuevos derechos por sobre los que corresponden a todas las personas. Los instrumentos internacionales sobre derechos del niño contienen disposiciones comunes con otros tratados de Derechos Humanos, así como aspectos nuevos sobre sobrevivencia y desarrollo de la Infancia, los llamados problemas emergentes, y derechos particulares y específicos, como el derecho de Participación.

En el ámbito de los instrumentos internacionales, existen entonces instrumentos generales de Derechos Humanos y otros específicos para la Infancia, algunos abarcan todos los derechos humanos o del niño y otros sólo aspectos particulares, también hay instrumentos de carácter mundial y regional, por ello el tema debe estudiarse como un todo.

Sin embargo, los derechos del niño tuvieron un hito confirmatorio del status de persona del niño con la Convención, la cual dejó atrás las dudas acerca de la aplicación de

instrumentos internacionales a favor de la Infancia, entre otras razones por lo expuesto en su artículo 41⁶ que consagra el principio de reserva de una norma más favorable.

La Convención supera así la visión de los niños como algo separado de los Derechos Humanos y el niño se transforma en destinatario directo de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al combinar derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales e inclusive excede a la Declaración Universal de Derechos Humanos al incorporar normas del Derecho Humanitario y nuevos derechos nunca antes protegidos por un tratado.

Sin embargo, esta consideración no garantiza automáticamente el respeto por los derechos del niño, por lo cual para promover su plena aplicación, incluido el ejercicio de sus derechos por parte de los propios niños, se torna necesario cumplir con la obligación generada luego de la ratificación de la Convención, en cuanto a que toda la legislación interna sea plenamente compatible con esta.

Se torna entonces impostergable el aplicar la Convención y para ello recurrimos a la definición por la cual la aplicación es “El proceso en virtud del cual los Estados parte toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción.”⁷

⁶ “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectara a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El Derecho Internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

⁷ Comité de los derechos del Niño. Observación General N° 5, año 2003.

LA REALIDAD CHILENA.

Históricamente la responsabilidad por la educación y crianza de los niños y adolescentes había sido una materia propia del ámbito familiar, era la familia la responsable del niño. Con el correr del tiempo la familia comienza a perder su rol primordial y el Estado asume un rol más activo, en principio apoyando a entidades sociales de la sociedad civil y luego asumiendo directamente un rol protagónico, eso sí, acotado a aquellos niños en situación irregular vale decir los que viven en situación de vulnerabilidad, requeridos de asistencia o que han infringido la ley; A fines del siglo XIX esta tendencia se ha consolidado y se da así una respuesta única a 2 problemas diversos, por ello la Ley 16.618, del año 1967, sólo viene a profundizar la senda trazada por la Ley 4.447, de 1928, reforzando las estrategias que privilegian la internación de niños y adolescentes.

A comienzos del siglo XX el Estado expande el gasto público, asumiendo una política de bienestar extensiva al conjunto de la población; Esto varía drásticamente a partir de 1973 ya que el gobierno militar inicia un cambio radical, en relación a la sostenida expansión del gasto público generada por un concepto de Estado social imperante hasta entonces, al fomentar el Estado subsidiario y el mercado como centro de la toma de decisiones, en lo relativo a la asignación de recursos, lo cual implicó, en lo relativo a la infancia, la creación de un sistema de subvenciones administrado por SENAME y el traspaso de los centros a instituciones privadas.

A fines de la década de los 80 Chile presentaba adecuados indicadores de desarrollo humano, sin embargo un importante sector de la población vivía en condiciones de pobreza y particularmente negativa era la situación de los niños y adolescentes, ya que más del 50% de ellos vivía en condiciones de pobreza, según señala el autor Cristóbal Tello⁸.

La ratificación de la Convención por parte de Chile, implica sin duda alguna posicionar al niño como sujeto prioritario de las políticas públicas, obligando, por expreso mandato de su artículo 4, a una profunda reforma del sistema tutelar imperante. Más este interés en el niño, como sujeto prioritario de las políticas públicas, estaba en verdad supeditado al afán de nuestro país de adaptarse al desarrollo experimentado por los Derechos Humanos en el plano internacional. Chile suscribe la Convención a un año de la negociación política, entre el gobierno militar y la Concertación, que culminó con una reforma constitucional que tenía como objetivo el asegurar un sitio principal para los Derechos

⁸ Tello Escobar, Cristóbal; “Niños, adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿Una oportunidad para construir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile?” Revista de Derechos del Niño. Número 2. 2003.

Humanos, dada la enorme importancia que su fomento y respeto implica para una democracia estable.

Por lo demás, una vez perdido el Plebiscito del 5 de Octubre de 1988 el gobierno militar procedió a ratificar varios instrumentos internacionales, a saber: Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Además promulgó y publicó el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales y publicó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En tal contexto, deseable a nivel internacional, el primer gobierno democrático decide ratificar, promulgar y publicar la Convención.⁹

Esta ratificación, sin lugar a dudas, debió posicionar en la opinión pública la necesidad de considerar a los niños y adolescentes como sujetos de derecho. Sin embargo, la implementación de los cambios necesarios, en el plano legislativo, requería, además, de una alta prioridad en la agenda política, lo cual ha sido difícil de lograr, ya que no se trata de una decisión basada en un amplio debate social en torno a la realidad de la infancia en Chile o en una disposición profunda para modificar el sistema tutelar, vigente desde 1928, sino en la preocupación del gobierno por ampliar el ámbito de protección de los Derechos Humanos.

Recién a un mes de haber ratificado la Convención, Chile asiste a la Cumbre Mundial de la Infancia, en Nueva York, en donde contrajo, al igual que los demás asistentes, la obligación de elaborar un plan dirigido a la infancia y adolescencia, así se aprueba en 1992 el “Plan Nacional de la Infancia: Metas y líneas de acción en favor de la Infancia, Compromiso con los niños de Chile 1992 – 2000 (en adelante Plan de la Infancia), el que pudiendo ser una gran ocasión para generar un proceso de discusión en torno a las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención, se limitó a una discusión interna, a nivel de gobierno, generando un conjunto de medidas sectoriales sin mayor coordinación.

Durante el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle se pretendió generar mayor coordinación y para ello se creó el Comité de Ministros Sociales, al que entre otras tareas correspondía “Servir como instancia para el análisis e información de temas que sobrepasan el ámbito de acción de cada ministerio en particular y la generación de acuerdos entre aquellas secretarías de Estado que cumplen funciones en ámbitos similares o relacionados entre sí”¹⁰.

⁹ Chile suscribe la Convención con fecha 26 de Enero de 1990, siendo ratificada con fecha 13 de Agosto de 1990. El 27 de septiembre de 1990 es publicada en el Diario Oficial N° 33.779.

¹⁰ Oficio N° 1463. Gabinete Presidencial. 8 de noviembre de 1996

Una de las tareas de este comité fue analizar las políticas sociales dirigidas a grupos prioritarios: Infancia y adolescencia, jóvenes, adulto mayor, mujeres, personas discapacitadas y pueblos indígenas.

Se desarrolló así un análisis de la oferta pública dirigida a la infancia – adolescencia, a cargo del Grupo de Trabajo de Infancia y Adolescencia, el que recomienda:

- Otorgar a la Infancia primera prioridad.
- Otorgar a la Convención un rol efectivamente orientador de las políticas y programas dirigidos a la infancia.
- Definir una política nacional de la infancia inspirada en la Convención.
- Necesidad de contar con un ente articulador al más alto nivel, que cuente con el respaldo político, técnico y social suficiente.
- Generar un nuevo instrumento de planificación, preparado y consensuado, con la participación de los más amplios sectores¹¹.

Cabe destacar que es al interior del propio Estado donde se recomienda dar a la infancia y adolescencia la primera prioridad, pero esta recomendación proviene de un grupo de carácter técnico, el cual logra convencer al ente político: El Comité de Ministros.

Apoyado por la UNICEF, el Grupo de Trabajo de la Infancia y Adolescencia elaboró el año 2000 una política nacional que, a diferencia del Plan Nacional de la Infancia de 1992, convocó a diversos ministerios, servicios públicos y fundaciones, generando así discusión y reflexión por medio de consultas regionales en las que participaron instituciones públicas, la sociedad civil, niños y adolescentes, conocida como “ Política Nacional y Plan Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia, 2001 – 2010” (en adelante la Política).

Constituye un hito el que la Política adoptara la Convención como marco orientador, consolidando así a los niños y adolescentes como sujetos de derecho, lo que se traduce en aspectos como:

- La decisión de elaborar una política universal, esto es, dirigida a todos los niños y adolescentes y no sólo a los grupos más vulnerables de ellos.
- El esfuerzo de no utilizar un enfoque sectorial, sino que una mirada integral de los procesos y ciclos de desarrollo del niño.
- La adopción de estrategias de acción que definan el marco político de cómo desarrollar las acciones propuestas¹².

¹¹ Mideplan; *Caracterización y Análisis de la Política dirigida a la Infancia y adolescencia*. Resumen Ejecutivo. Santiago. 1999.

¹² Tello Escobar, Cristóbal; “Niños, adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿Una oportunidad para construir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile?”. Revista de Derechos del Niño. Número 2. 2003

El lanzamiento de la Política se efectúa en marzo de 2001 y es el propio Presidente Ricardo Lagos, en el Palacio de La Moneda, quien señala “El carácter estratégico de esta política significa pasar de programas basados en la consideración de la Infancia como grupo “vulnerable” de la sociedad hacia la consideración de la Infancia como un sujeto y actor estratégico para el logro del desarrollo del país. El resultado de esta nueva mirada es avanzar desde políticas asistenciales y compensatorias, hacia una política que reconozca los derechos de los niños como obligaciones para el Estado, las familias y la sociedad”¹³

Este podría haber sido el comienzo de una profunda transformación. Sin embargo, luego de un intenso trabajo intersectorial el proceso sufrió un estancamiento y si bien no puede desconocerse el impacto de la Política a nivel sectorial, regional y local, al transformarse en un marco regulador del quehacer de muchas instituciones, la falta de seguimiento y respaldo político por parte de MIDEPLAN atentaron contra su plena validación.

Sin duda, tan o más importante que el diseño de un proyecto es su etapa de implementación y podemos decir que, a pesar del discurso, la Infancia y Adolescencia no se han consolidado como un actor prioritario, conforme al anuncio de Marzo de 2001, por lo que la infancia constituye una prioridad a nivel técnico pero no político. Debemos agregar además que no resulta cómodo realizar reformas en un ámbito de responsabilidad propia del poder ejecutivo, ya que las deficiencias apreciadas son fruto de su quehacer, por ello la crítica tiende a atenuarse y se plantea el tema en forma positiva ... se apunta a realzar los logros obtenidos y no a revertir ineficiencias.

¹³ Discurso del Presidente Ricardo Lagos E. *Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia*. Gobierno de Chile. Santiago 2001. Pagina 7.

NUESTRA LEY DE MENORES

Para entender nuestra Ley de Menores, sin duda debemos también entender el contexto social e histórico en el cual fue dictada y que sin duda moldea una determinada visión de la Infancia; Como señala Julio Cortés “Analizar la situación de la institucionalidad, las leyes y las políticas públicas para la Infancia es un ejercicio complejo que requiere una buena dosis de labor arqueológica, con el objetivo de contextualizar y comprender correctamente de donde emanan los principales pilares del sistema actual de consideración jurídica y atención de la Infancia. Sin el elemento histórico corremos el serio riesgo de ver sólo los árboles y no el bosque, por decirlo de una manera simple y gráfica”¹⁴.

En nuestra evolución legislativa los primeros esbozos de preocupación por la niñez vulnerable se centraron en la alta incidencia del abandono y la mortalidad infantil entre los pobres urbanos, así en 1912 se promulgó la Ley N°2.675, sobre la Infancia desvalida. A partir de 1910 se da una lucha por regular el trabajo infantil y ello dio origen en 1931, a la reglamentación del trabajo de los menores de 18 años; La Ley de Instrucción Primaria Obligatoria, de 1920, vino a coronar un proceso de preocupación por la niñez.

El inicio de periodo tutelar comienza con la dictación de la Ley N° 4.447, de 1928, que significó la consagración definitiva en Chile del modelo creado en Illinois, Estados Unidos, y exportado a Europa a principios del siglo XIX, a través de la estructura jurídico institucional denominada Tribunal de Menores y la construcción de la subcategoría de los “Menores” dentro del universo Infancia. Ello porque la familia y la escuela son entendidas como los elementos socializadores por excelencia por lo que se genera una diferenciación socio-cultural respecto a quienes no acceden a ellos y para los que se crea un instrumento de control socio-penal: El tribunal de Menores.

La motivación subyacente en la dictación de esta ley queda de manifiesto al analizar la exposición de motivos que hizo el gobierno cuando dicha ley ingresó a tramitación y que señala “La infancia desvalida, abandonada y delincuente es un hecho de tan grave y notoria trascendencia social que no es posible continuar más tiempo ante él en una actitud de simple expectación. En efecto, por una parte el niño abandonado o delincuente es síntoma de un grave mal que urge remediar y, por otra, es en si mismo un peligro permanente que es indiscutible corregir (...) las causas del abandono y la delincuencia infantil, son en primer

¹⁴ Cortés Morales, Julio; “*La actual situación de la institucionalidad y las políticas públicas para la infancia en Chile, a la luz del modelo de protección integral de los derechos del niño*”. Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas. Corporación opción. LOM Ediciones. 2001. Pagina 81.

término (...) la constitución irregular de las familias y la desorganización de éstas, por irresponsabilidad o inmoralidad de los padres: En cuanto a las consecuencias, de íntimo interés para la conservación de la sociedad y de la raza, son tan visibles (...) que no ha menester insistir para convenir que la solución de éste problema es de gran urgencia”¹⁵.

En la discusión parlamentaria de 1928 se afirmaron entonces los elementos de una orientación médico - pedagógica en las intervenciones, ello dado que las principales preocupaciones eran las malas condiciones de vida de la familia pobre las consecuencias que ello tendría sobre la moral del niño, asumiéndose su inevitable degeneración y el tratamiento correccional como remedio.

La Ley N° 4.447 creó una judicatura y legislación específica para los menores y es la misma normativa que rige hasta nuestros días, a través de la Ley N° 16.618, del año 1967, que en su momento se limitó a reunir en un solo cuerpo legal la ley de 1928 y sus modificaciones.

En mayor o menor grado, éste es el panorama legal e institucional con que se cuenta en 1990, al ratificar la Convención, al que podemos agregar como otro hito la dictación de la Ley N° 19.806, publicada el 31 de mayo del 2002 y conocida como adecuación de las normas vigentes a la reforma procesal penal, la que introdujo modificaciones a la Ley de Menores y en lo concreto, por medio de una nueva redacción de sus artículos N° 29 y 30 y la derogación del tristemente célebre artículo 32, dispuso una separación de las medidas aplicables a los niños infractores y a los necesitados de protección.

Sin embargo, y a pesar de estos progresos los riesgos de confusión de vías aún subsisten y lo más importante, subsiste aún el enfoque doctrinario basado en la Doctrina de la Situación Irregular, lo que hace que todo proceso legislativo que no traduzca en una reforma integral sea sólo un esfuerzo parcial que deja subsistente el choque entre el modelo vigente y el incorporado por éste nuevo instrumento llamado Convención Internacional de Derechos del Niño.

Esto ha determinado que existan dificultades para una efectiva separación entre los procedimientos dirigidos al bienestar de la infancia y aquellos surgidos frente a las infracciones cometidas por niños y adolescentes y ello se plasma en una perspectiva centrada en el control social y no en el ejercicio de los derechos del niño, dada la persistencia de una concepción de la infancia a la que se percibe con un sentimiento que mezcla el temor y la compasión.

¹⁵ *Visión retrospectiva de la justicia de menores.* Boletín Jurídico. Ministerio de Justicia. Año 1. N° 1. Septiembre 2002. Pagina 12.

Si no se modifica sustancialmente el escenario actual, la protección de la niñez puede confundirse con la sanción penal y nos desenvolveremos en un contexto adverso y contradictorio, que nos obligue a escoger la alternativa menos perjudicial para los derechos del niño.

DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.

“Si con la mirada se hiciera un recorrido por cada uno de los países de la región, sus cifras de mortalidad, desnutrición, enfermedad, analfabetismo, explotación laboral y sexual, abandono, encontraríamos que se podría afirmar que los derechos de los niños son los derechos humanos más prematuramente y más extensamente violados”.

Teresa Albanez, jurista, Directora de Unicef para América Latina y el Caribe

Debemos asumir que en determinado contexto social e histórico existe, para el caso específico de nuestro trabajo, una representación de la infancia y determinadas condiciones de vida que al plasmarse en el ámbito jurídico permiten entender el derecho como un hecho social.

Así entonces cuando en 1899 se implementa en Chicago el primer Tribunal de Menores, declarando en su acta de constitución que tenía como inspiración “El concepto fundamental de que el estado debe asumir la guarda de todo menor que se encuentre en condiciones sociales o individuales tan adversas que pueden conducir a la comisión de un delito” y que “El menor no será tratado como delincuente ni será acusado legalmente de cometer un delito sino que será considerado como pupilo del Estado sujeto a su atención, vigilancia y disciplina, al igual que los menores abandonados o desvalidos, y en cuanto sea posible recibirá el mismo tratamiento que deberían dispensarle sus padres” se comienza a implementar un modelo de respuesta estatal frente a la realidad juvenil que fue rápidamente recogido en Europa y Latinoamérica, conformando un conjunto de justificaciones doctrinarias e ideológicas que presentan uniformidad y continuidad hasta hoy¹⁶.

Este sistema diseña una respuesta estatal que se aplica frente a situaciones de supuesta infracción por parte de los menores de edad como también ante situaciones de abandono, carencias materiales y formas de vida inadecuadas. Así la intervención del Estado se concibe como destinada a otorgar protección o tutela, se faculta así al Estado para reemplazar a los padres y asumir la decisión más adecuada para el futuro del niño, ello exige que los procedimientos sean sumamente flexibles, sin forma de juicio y contemplen exámenes destinados a diagnosticar la anormalidad o trastorno bio - psico - social del niño o joven.

¹⁶ Cortes Morales, Julio. *“El concepto de protección y su relación con los derechos humanos de la infancia”*. Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas. Corporación Opción. LOM – Ediciones. 2001. Pagina 115

Así entonces bajo éste modelo teórico doctrinario, al que responde aún el derecho tutelar de menores en Chile, se pretende que la delincuencia infanto - juvenil como otras “Situaciones Irregulares” que pueden abarcar el abandono, consumo de drogas, prostitución infantil, deserción escolar, maltrato entre otros, deben ser tratadas de un mismo modo, lo cual según Jaime Couso Salas ¹⁷ se traduce en:

- Entregar la competencia a una sola autoridad, el Juez de Menores.
- Mediante un procedimiento común para cualquiera de las situaciones.
- Pudiendo adoptarse ciertas medidas enumeradas en un catálogo único y común para todas esas situaciones.
- Medidas que serán ejecutadas por programas en los que el sujeto de atención se diversifica desde un punto de vista puramente técnico, pero no desde un punto de vista jurídico.

Bajo esta lógica no es de extrañar que se constituya una categoría residual del universo Infancia conformado por el mundo de los menores: el sector más desprotegido, aquél que ha quedado fuera o no se ha adaptado a las instancias de socialización constituidas por la familia y la escuela y en el que se aprecia, en todo momento, a un potencial delincuente..

Para este menor - peligroso se constituye un modelo correccional - represivo que se enfrenta al niño o adolescente desde lo que no es, no sabe, no tiene o no es capaz en la lógica de proteger y controlar; Así la oferta de protección esta siempre acompañada de pérdida de los derechos y deberes de crianza para la familia y los padres.

Los criterios de defensa social subyacentes en esta teoría establecen que los problemas sociales, psicológicos o familiares son enfocados como causas directas de la delincuencia y, por ende, los niños afectados por estas situaciones son vistos como unos potenciales delincuentes, así entonces cobra forma la figura del “Menor abandonado - delincuente” abordado con un mismo procedimiento y un mismo catálogo de medidas que por lo general tienden a privilegiar, de forma actual o potencial, la privación de libertad.

Conforme a este modelo, la persona que se protege es concebida más que como persona, como un objeto de protección necesitado de una intervención estatal, por vía judicial. Lo que se protege en tanto, son las necesidades de estos menores que son entendidas como carencias y evidencian una situación de marginalidad y pobreza que hace recomendable la separación del niño respecto a su familia.

¹⁷ Couso Salas, Jaime. *“Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas entre la vida penal juvenil y la vía de protección especial de derechos”*. De la Tutela a la Justicia. Corporación Opción – UNICEF. LOM – Ediciones. 2ª Edición. 2002. Pagina 67.

Si bien se discute el hecho de que se considere como una Doctrina a un conjunto de situaciones y prácticas no homogéneas, no cabe duda que estos criterios imperantes muestran una asombrosa continuidad y gran influencia en la práctica y el debate, conformando una práctica jurídica que ampara una respuesta punitiva encubierta y reforzada, conforme plantea Julio Cortés¹⁸: Encubierta porque se declara una finalidad de protección, pero una protección que parte de la base de la incapacidad jurídica del sujeto protegido y que viola o restringe derechos. Reforzada ya que dada la finalidad declarada y la negación del carácter punitivo de la intervención, se aplica sin necesidad de comprobar la comisión de un hecho delictivo y sin las garantías mínimas de un juicio.

La aplicación del modelo tutelar imperó en toda Latinoamérica mediante una legislación especial, que tiene como pilares los Tribunales de Menores y una institucionalidad específica para la Infancia en situación irregular.

¹⁸ Cortes Morales, Julio. *"Algunas reflexiones sobre el problema de la respuesta estatal frente a los menores de edad acusados de cometer hechos punibles, su historia y perspectivas"*. Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas. Corporación Opción. LOM – Ediciones. 2001. pagina 145.

LA CONVENCION INTERNACIONAL DE DERECHOS DEL NIÑO: GENESIS

“Resulta paradójico, y es de esperar como positivamente premonitorio, que en el contexto de “la década perdida”, la comunidad internacional haya sido capaz superar conflictos de naturaleza diversa para construir una Carta Magna de los derechos de la Infancia. Un instrumento que resulta imprescindible situar y que no constituye, ni retórica hueca, ni una vara mágica para enfrentar graves problemas estructurales”.

Emilio García Méndez – María del Carmen Bianchi

Al referirnos a la Convención nos referimos a un convenio de las Naciones Unidas que describe la gama de derechos que tienen todos los niños y establece normas básicas para el bienestar de éstos, en todas las etapas de su desarrollo.

Los Estados parte de la Convención aceptan someterse a sus estipulaciones y deben informar regularmente, cada 5 años conforme al artículo 44, respecto de sus avances al Comité de los Derechos del Niño.

La trascendencia de la Convención es enorme, es el primer código universal de los derechos del niño legalmente obligatorio en la historia y reúne, en 54 artículos, todos los asuntos relativos a los derechos del niño, los que podemos dividir en cuatro categorías:

- Derecho a la Supervivencia
- Derecho al Desarrollo
- Derecho a la Protección
- Derecho a la Participación

Si bien en 1948 se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que incluía los derechos del niño en forma implícita, existía consenso mundial en cuanto a que las necesidades de los niños debían ser especialmente definidas, dada la particularidad de éstos.

En 1959 la O.N.U. aprobó la Declaración de Derechos del Niño, que contenía 10 derechos pero que carece de efecto vinculante.

En 1978 el gobierno polaco sometió a la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U. una versión provisional de la Convención y durante 1979, Año Internacional del Niño, se creó un equipo de trabajo para coordinar ideas respecto a dicho documento, las que fueron analizadas por los gobiernos de todo el mundo. Tras 10 años de estudio y negociaciones, la Convención fue concluida en 1989 y adoptada por la Asamblea General de la O.N.U. el 20 de Noviembre, si bien se conserva el espíritu de la Declaración de los Derechos del Niño la

Convención refleja problemas e intereses surgidos en los últimos tiempos, tales como la protección ambiental, el consumo de drogas y la explotación sexual.

Tras ser ratificada por 20 países, la Convención entró a regir en 1990 y para el 1º de Diciembre de 1995, ya 175 países la habían ratificado.

LOS DERECHOS DEL NIÑO CONFORME A LA CONVENCION

La Convención reconoce a los niños una serie de derechos declarados para los seres humanos en otros instrumentos internacionales.

Se puede efectuar una clasificación de los derechos reconocidos en la Convención según diversas categorías o tipos, seguimos aquí la clasificación efectuada por Jaime Couso conforme a la cual una primera distinción puede referirse al tipo de obligaciones que impone, vale decir la actitud a asumir¹⁹. Así entonces puede tratarse de una actitud negativa como en el caso de la tortura, en que la primera obligación corresponde a los funcionarios de la policía del Estado y es de abstenerse de torturar; o bien de una actitud positiva o activa, en lo relativo a un nivel de vida adecuado para el niño y para su desarrollo físico, mental, espiritual y social, en que se exige a los padres y al Estado proveer los medios necesarios. En todo caso, la vigencia efectiva de los derechos exige una actividad por parte del Estado, ofreciendo medios económicos e institucionales.

Puede también resultar interesante distinguir según que organismos del Estado o sectores de la sociedad son responsables del respeto efectivo de los derechos. Así entonces, el acceso a la educación demanda una política educacional del Poder Ejecutivo, por otra parte el derecho del niño cuyos padres viven separados a mantener una relación regular con ambos, pasa especialmente por el respeto de dichos padres por ese derecho y una acción eficaz por parte del Estado en caso de conflicto.

Por último, conforme al autor ya citado otra clasificación es la conocida como la de las “3 P” que agrupa a las categorías Previsión, Protección y Participación y que parece ser la más apropiada por cuanto pone acento en la perspectiva del niño. En relación a la Previsión, el niño tiene derecho a ciertos bienes y a determinados servicios, la Protección implica impedir determinados actos y prácticas que atenten contra su desarrollo integral, la Participación implica la facultad de realizar libremente ciertos actos y expresiones.

Así entonces, para la protección efectiva de los derechos del niño se requiere que los padres, la comunidad y el Estado asuman una actitud, sea haciendo, no haciendo o dejando hacer.

Además de los derechos expresamente contenidos en la Convención, resulta muy útil tener en cuenta los criterios de interpretación que le son aplicables. En cuanto a las normas

¹⁹ Couso Salas, Jaime. “*Diagnóstico de la situación personal, familiar y social del niño y joven: Marco Jurídico que lo hace necesario y límites que le impone*”. De la Tutela a la Justicia. Corporación Opción – UNICEF. LOM Ediciones. 2º Edición. 2002. Pagina 40.

internacionales de protección de derechos humanos, estas se influyen recíprocamente y no es posible interpretar una disposición aisladamente, por lo que dado su objeto existe la obligación de inclinarse siempre por la interpretación que más favorezca al individuo en el caso concreto, lo que se conoce como interpretación pro hominis. En segundo lugar, la interpretación de las normas debe ser siempre dinámica, conforme al momento histórico y el contexto. Surge así como consecuencia que la formulación de derechos debe ser interpretada ampliamente y la restricción de estos debe interpretarse restrictivamente.

En lo relativo a la Convención, el principio pro hominis y el contexto de su dictación permiten fijar algunos criterios generales de interpretación:

- La finalidad de las normas es la protección de derechos los niños.
- Estos derechos deben ser considerados en su integralidad e interdependencia, y no aisladamente²⁰.
- Ante dudas en la interpretación debemos atenernos al criterio de decidir siempre lo que implique una menor vulneración de los derechos involucrados.
- Las restricciones o limitaciones a los derechos deben interpretarse restrictivamente, en su intensidad y temporalidad.
- En comparación a una situación similar en que estuviera involucrado un adulto, el niño no puede ser sujeto a un tratamiento más desventajoso.
- A medida que aumenta la edad aumenta el grado de autonomía y el poder de decisión del niño frente a su propia vida.

²⁰ El artículo 31 de la Convención de Viena, relativo a la interpretación de Tratados, establece la interpretación de buena fe y de acuerdo al objeto y fin del tratado. Ello ha sido ratificado por la Corte Interamericana en opiniones consultivas y sentencias. Por otra parte, la Declaración de Viena, de 1993, estableció los principios de indivisibilidad e interdependencia como criterios de interpretación.

DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS DE LA INFANCIA

“...Nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otro hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra”

Gabriel García Márquez

Al referirnos a esta Doctrina hacemos alusión a un cambio de paradigma que modifica, o debiese modificar, los conceptos y valores de la sociedad en relación con el tema de la infancia – adolescencia.

Desde la entrada en vigencia de la Convención se reivindica la lógica de los derechos y las garantías, invirtiendo una lógica que consideraba a los niños como objetos de protección para ser considerados ahora como sujetos de derecho. Conforme a Emilio García este trascendental cambio puede resumirse en la frase “del menor como objeto de compasión – represión, a la infancia – adolescencia como sujeto pleno de derechos”²¹ ello por cuanto la Convención es, en esencia, un instrumento internacional que aspira a regir para toda la infancia y no sólo para un sector de ésta, el menor abandonado – delincuente, como resulta de la letra y práctica de las legislaciones que se sustentan en la Doctrina de la Situación Irregular.

Si bien la Doctrina de la Protección Integral de Derechos de la Infancia está sustentada en varios instrumentos jurídicos de carácter internacional, a saber: Convención Internacional de Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para Jóvenes Privados de Libertad, Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Directrices de Ríad) y todos estos instrumentos reconocen como antecedente la Declaración de Derechos del Niño, no cabe duda que, a pesar de no ser el primero, la Convención se ha consolidado como el instrumento más importante y ello porque constituye el marco para la interpretación de toda la normativa relativa al tema Infancia.

²¹ García Méndez, Emilio. “*La Convención Internacional de Derechos del Niño: De la Situación Irregular a la Protección de la Infancia*”. *Nuestro Compromiso: los derechos del niño y el adolescente en una sociedad democrática*. Ediciones SENAME. 1992. Página 115.

Para comprender a cabalidad esta Doctrina debemos analizar los aspectos que la caracterizan y que deberían constituirse en principios y límites para las nuevas formas de acción en materia de Infancia. Como un primer aspecto debemos destacar la modificación operada en la apreciación del niño, quien pasa de un ser inmaduro, incompleto y en ocasiones peligroso, a un niño – adolescente reconocido como sujeto de derechos dada su condición de persona y fundamentalmente su condición de niño. El niño reconocido como un sujeto de derecho es reconocido también como un sujeto social, vale decir participante activo y directo del medio en que se desenvuelve, por ende el niño es portador de una lectura particular de su propia realidad, la que está dada por su familia, amigos, escuela y entorno.

Por otra parte, el niño – adolescente es considerado además como ciudadano, abarcando entonces el conjunto de derechos civiles que garanticen la libertad individual, los derechos políticos y los derechos sociales, que permitan a cada individuo disfrutar del bienestar y vivir de manera digna, conforme al nivel de desarrollo alcanzado por la sociedad en que vive.

Un segundo elemento a caracterizar es la conceptualización de las necesidades como derechos, se deja así de considerar a las necesidades como carencias y se convierten en derechos exigibles o ejercibles conforme a la realidad social. Los modelos de desarrollo deben entonces estructurarse de modo que garanticen a todos el desarrollo de sus potencialidades y el ejercicio de sus derechos, conforme al desarrollo económico – social de la sociedad.

Un tercer elemento, y quizás uno de los más significativos, es la Participación, vale decir el derecho a formarse una opinión y expresarla libremente, así como a ser escuchado en el ámbito judicial y administrativo. Superada entonces la idea de incapacidad asociada al niño, debemos entender que el juicio formulado por éste tiene un gran valor como reflejo de su propia realidad.

Un cuarto elemento a considerar es la reestructuración de la forma en que se relaciona el niño con su familia y la sociedad, incluido por supuesto, el Estado. Así entonces y conforme al artículo 5° de la Convención, es una función primordial de los padres y la familia el impartir dirección y orientación para que el niño ejerza sus derechos, además y en función del artículo 18 de la Convención, se establece claramente la obligación del Estado de respetar la autonomía familiar, por ello debe prestar la necesaria asistencia para el desempeño de las funciones de ésta. Por otra parte, el artículo 19 de la Convención limita esta autonomía por la legítima preocupación del Estado por proteger a los niños frente a situaciones específicas de maltrato, así entonces sólo en situaciones expresamente determinadas por el artículo 9 de la Convención el Estado puede separar a los niños de sus padres. Debemos entender que las

necesidades del niño, entendidas como potencialidades de desarrollo y derechos, se satisfacen en el seno familiar y conforme a su nivel de desarrollo, si existe una gran brecha entre lo que la sociedad y la familia pueden ofrecer, es deber del Estado apoyar a la familia en sus funciones.

En este contexto el Estado en su actividad sancionatoria – preventiva se encuentra con un ciudadano enfrente, al que debe ofrecer los medios necesarios para garantizar sus derechos. Por otro lado, frente a la violación o amenaza de los derechos del niño, sus padres y el Estado resultan obligados no sólo a no cometer violación o abuso de derechos sino también desde una postura activa, imponiéndose el deber, especialmente al Estado, de remover obstáculos y promover las condiciones para la vigencia de los derechos del niño e intervenir cada vez que se reclame la restitución en el goce de sus derechos. Con lo anterior resultan claramente separadas la intervención sancionatoria, que implica una limitación de la libertad del niño, y la intervención en resguardo o restitución de los derechos violados o amenazados, la que en ningún caso puede implicar una restricción de derechos.

Debemos tener cuidado de no asimilar los conceptos de maltrato o descuido con conceptos como peligro o abandono material o moral, que engloban situaciones que afectan exclusivamente a los pobres conforme se desprende de la definición dada por la jurisprudencia, concretamente por la Corte Suprema, quién define el peligro material como “el riesgo físico en que puede encontrarse un menor, como la falta de alimentación, desarrollo en ambiente tóxico u otro que afecte su integridad corporal” y, según este mismo órgano, el peligro moral “dice relación con el riesgo que puede afectar a su comportamiento con sus semejantes y consigo mismo, peligro de su desarrollo conductual, vivir en ambientes antisociales.”²².

En verdad, la intervención estatal, y en lo posible comunitaria, para resguardar los derechos del niño presenta variadas formas y engloba problemas diferentes, que trascienden la restringida y superada visión de peligro material o moral, como los malos tratos de parte de los padres, la decisión de aspectos civiles relativos a la relación entre padres e hijos, como la tuición, derecho de visitas y alimentos, la protección jurisdiccional de derechos económicos y sociales del niño, la protección contra la dependencia del alcohol y drogas, el combate contra el trabajo infantil, problemas que tienen en común en que se justifica la intervención estatal a objeto de hacer efectivos y garantizar los derechos del niño y no “la protección a la sociedad” o “al orden público”. Por otra parte, si las amenazas o violaciones a los derechos del niño

²² Corte Suprema, 2 de Octubre de 1978. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXV, Sección 1, Página 453.

proviene de acciones u omisiones del Estado debiésemos entrar en el plano de los recursos de carácter constitucional como el de Amparo o Protección, así como también, conforme a la evolución en el Derecho comparado, acciones para la protección de intereses difusos y colectivos de carácter económico, social o cultural. Dada la visión imperante en Chile, la verdad es que los derechos enumerados como fundamentales no tienen resguardo jurisdiccional, vale decir no se ha consolidado el Recurso de Protección como su arma de defensa por excelencia y ello porque no es suficientemente integral.

Los Derechos Humanos se conciben, en nuestro país, como derechos subjetivos, en oposición a los derechos de intereses difusos. No se trasciende más allá del interés personal.

Un quinto y último elemento a destacar, conforme al artículo 3º de la Convención, es que en todas las medidas que conciernen al niño se deberá atender primordialmente al Interés Superior del Niño, si bien se ha criticado abiertamente la indeterminación de este principio, y por ende la imposibilidad de arribar a un criterio único en su aplicación, la doctrina se ha inclinado por entenderlo, conforme a la definición de Cillero, como “nada más pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”²³ y le atribuye funciones de garantía, norma de interpretación, resolución de conflictos jurídicos y de orientación para la formulación de políticas públicas. Este principio se torna así en una directriz a seguir por la administración del Estado, en el afán de asegurar la mayor cantidad de derechos.

Resulta obvio que luego de la Convención y del reconocimiento del niño como sujeto de derecho, lo que se protege y promueve son precisamente derechos. En un primer nivel debemos entender que la Protección Integral de estos derechos, vale decir su promoción y respeto, implica una protección general y permanente, expresada en políticas públicas y una institucionalidad adecuada, el artículo 4º de la Convención exige a los Estados parte adoptar todas las medidas que den efectividad a los derechos contemplados en la Convención “hasta el máximo de los recursos de que dispongan”. En un segundo nivel, la protección de derechos se refiere a situaciones concretas de vulneración o amenaza, que ameritan la denominada Protección Especial, la cual puede ser entendida como la intervención ante amenazas o violaciones actuales de un derecho o como el que los niños gozan de los mismos derechos que toda persona, además de derechos adicionales que conforman una protección adicional en virtud de su condición de niño.

Debemos tener en cuenta que en este escenario la protección no tiene porque ser asimilada a protección judicial y que, conforme al artículo 19.2 de la Convención “las

²³ Cillero, Miguel. “*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”. Justicia y Derechos del Niño N° 1. UNICEF – Ministerio de Justicia. 1999.

medidas de protección deberían comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales que proporcionen asistencia al niño y a quienes cuiden de él”. El Estado no debe limitarse entonces a fiscalizar la conducta de los padres o los encargados del niño y a intervenir mediante la adopción de sanciones, sino que debe proveer programas que aseguren el compromiso de la familia en la protección del niño, las medidas judiciales se tornan entonces sólo eventuales.

Debemos asumir que con este nuevo paradigma no cambia la realidad, sino la forma de observarla. La realidad sólo será modificada en la medida que esta nueva forma de concebir la Infancia se desarrolle en la práctica judicial y social.

DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS MODELOS

El conflicto entre el modelo inspirador de nuestra legislación de menores y el incorporado por la Convención es evidente y para graficarlo en sus aspectos esenciales nos remitimos a lo expuesto por Julio Cortés²⁴:

- Para la Convención el niño es un sujeto de derechos, no un objeto de control y protección coactiva.
- El niño debe gozar de iguales derechos y garantías que el adulto, además de derechos adicionales por su condición particular, que amerita una mayor protección. Para la Doctrina de la Situación Irregular muchas veces el niño presenta, en iguales supuestos, desventajas ante un adulto.
- La protección de derechos busca desde ahora el reconocimiento y promoción de estos, no su restricción o violación.
- Los jueces se encuentran ahora limitados por garantías y ya no ejercen su jurisdicción como “buenos padres de familia”, con todas las facultades que ello implicaba,.
- La esfera de la asistencia y protección deben separarse de lo infraccional, no confundirse, priorizándose así la desjudicialización del problema.
- La privación de libertad sólo puede operar respecto a los infractores de ley, como último recurso y por el menor tiempo posible, no se permite la privación de libertad por supuestos diferentes ni por periodos indeterminados.

²⁴ Cortés Morales, Julio; *“La actual situación de la institucionalidad y las políticas públicas para la infancia en Chile, a la luz del modelo de protección integral de los derechos del niño”*. Infancia Y derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas. Corporación Opción. LOM Ediciones. 2001. Página 83.

LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN NUESTRA LEY DE MENORES

En materia de medidas de protección, el niño está en contacto con el sistema en situaciones que son siempre conflictivas o al menos están lejos de la normalidad, por ello ser catalogado como menor al que se aplica la Ley de Menores es encontrarse en una categoría que se traduce en mayor injerencia del Estado en la vida social y personal, cuando la verdad es que la tendencia actual es la opuesta.

Al analizar la aplicación de medidas de protección, la función del Estado aparece legitimada obviándose así el tema de la defensa jurídica del niño y por ende, la representación de sus intereses. Ello resulta complicado si observamos que en los procedimientos para aplicar medidas de protección la defensa de derechos se confunde peligrosamente con la potestad tutelar del Estado y se afectan derechos de estos al producirse la internación, cobra entonces relevancia la representación de intereses de niños y adolescentes ya que por regla general serán afectados por una decisión heterónoma.

Si el nuevo paradigma reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, debemos considerar como se traduce ese reconocimiento respecto a la defensa jurídica de sus intereses.

Nuestra Ley de Menores distingue, dentro del procedimiento común, entre aquellos asuntos en que existe contienda entre partes y aquellos en que no existe. En el primer caso, aplica el procedimiento sumario, con algunas particularidades, y en el segundo caso, el procedimiento es verbal y sin forma de juicio, dictando el Juez sus resoluciones con conocimiento de causa. La ley no contempla un criterio para determinar aquellas cuestiones con carácter de contenciosas, por lo que aparentemente este carácter se reserva para materias relativas al Derecho de Familia.

Aquí debemos considerar, una vez más, la lógica tutelar de nuestra Ley de Menores y ello porque se sustenta en la idea de que no existe una contienda entre las partes, en lo relativo a procedimientos de menores, ya que el objetivo del proceso es la protección del niño. La intervención del Estado se concibe así como una facultad para reemplazar la patria potestad; Es el Estado quién, a través del Juez de Menores, se pone en el lugar de “un buen padre de familia”, que actúa frente a una persona definida por sus carencias. Las medidas de protección emanan entonces de la potestad tutelar del Estado y gracias a tal razonamiento no existe un criterio de racionalidad en cuanto a la oportunidad y justificación de la intervención estatal, olvidando que la familia debe ser el entorno privilegiado, prescindiendo de verificar si la

aplicación de una medida contribuirá a superar la situación de vulneración y en definitiva, rara vez se reestablecen los derechos amenazados o vulnerados.

Cada vez que se aplica una medida de protección existe contienda entre la potestad tutelar del Estado y los intereses del niño, por ello el procedimiento debiese tener carácter contencioso, a menos que la medida sea fruto del consenso o voluntad del interesado.

Al considerar que no existe contienda, el procedimiento no tiene forma de juicio, formalmente es verbal y no contempla ninguna de las garantías mínimas del debido proceso, el único requisito para el Juez es dictar sus resoluciones con conocimiento de causa. Si llega a haber oposición por parte de los padres, guardadores o cualquier otra persona que tenga al niño a su cuidado, se seguirán las reglas del juicio sumarial. Nótese que no se considera relevante la oposición del propio niño, niña o adolescente.

Además sólo se contempla la posibilidad de apelar la sentencias definitivas o las interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación, en circunstancias que muchas de las resoluciones que afectan derechos de los niños se adoptan mediante autos que no son apelables y se reponen ante el mismo tribunal.

El artículo 36 de la Ley de Menores señala “El Juez de Letras de Menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuese posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimara conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimara necesarios”²⁵, por lo que excluye al niño como protagonista procesal o, al menos, no considera prioritario oírlo, dejando al arbitrio del tribunal la posibilidad de escucharlo y sin poder recurrir ante la decisión de no hacerlo. Este artículo poco feliz realiza una distinción discriminatoria entre púberes e impúberes ya que la Convención, en sus artículos 5 y 12²⁶, señala el derecho de todo niño, niña y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean consideradas, conforme a la evolución de sus facultades. El inciso final del mismo artículo aumenta la precaria situación del niño al establecer que los menores no

²⁵ Artículo 36 Ley 16.618

²⁶ Artículo 5: Los estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Artículo 12: 1. Los estados parte garantizarán al niño que este en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

necesitan representante legal para concurrir ante el Juez. Se clausura así todo derecho a defensa, en sus dos aspectos: Defensa material o autodefensa y defensa técnica o letrada.

Para profundizar más en el tema debe considerarse no sólo la vertiente jurídica, ya que el derecho no es sólo un conjunto de normas sino también una práctica, en la cual la rutina de los distintos operadores son también muy relevantes. Un estudio de la UNICEF, efectuado en Chile y citado por Patricio Millán y Luis Villavicencio²⁷, señala que un 84% de las internaciones provisorias se decretan por tiempo indeterminado, cuatro de cada diez fallos carecen de fundamento y sólo dos de cada diez recurren a texto legal expreso en su fundamento. Un 85% de las internaciones se producen en instituciones cerradas, vale decir aquellas que mantienen internados a los niños y donde por ende se encuentran separados de sus familias. Sólo en un 35% de las causas revisadas declaran los niños y se constata mayor relevancia de los informes psicosociales que de las declaraciones, estos aparecen consignados en un 65% de los casos.

De estos datos se constata la precariedad en que se encuentran los niños en la representación de sus intereses y como su defensa es casi irrelevante, lo que no es de extrañar ya que la Doctrina de la Situación Irregular ha contribuido a una visión restrictiva, para los niños, de derechos reconocidos expresamente a los adultos.

Esta situación es abordada, dando cuenta del cambio de paradigma, en la ley que crea los Tribunales de Familia, ya que consagra que en todos los asuntos de su competencia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes, el Juez deberá velar porque se encuentren debidamente representados. Además considera la posibilidad de que existan intereses contrapuestos entre el niño y quién debe representarlo, otorgando al Juez, cuando lo estime necesario y por motivos fundados, la facultad de designar a una persona diferente a aquella a quién corresponda la representación legal, la que actuará como curador Ad-litem. Sería, sin duda, más adecuado un abogado e idealmente uno especializado, de confianza del niño, que debiese participar en su designación, pero ello es ya un avance que debiese consignarse en el proyecto de ley de Protección de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, destinado a reemplazar a nuestra Ley de Menores, garantizando asistencia especializada para el niño en los asuntos que le competen, al pretender apoyar la protección del niño por su propio entorno familiar, social y comunitario y establecer sólo como medida excepcional la separación del niño de sus padres.

²⁷ Millán Patricio, Villavicencio Luis. “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”. Revista de Derechos del Niño. N° 1. 2002. Pagina 54.

OBLIGACIONES PARA CHILE EN FUNCION DE LA CONVENCION

Chile ratificó la Convención con fecha 13 de Agosto de 1990, promulgándola como Ley de la república el día 14 de Agosto y la publicación de su texto se efectuó el 27 de Septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia. Con ello se recepciona en el derecho interno una norma de carácter internacional, por lo cual la Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y genera obligaciones en el plano interno y en el internacional.

En el plano internacional, la Convención es obligatoria para Chile y genera la responsabilidad consagrada en el artículo 4 de ésta, en cuanto a adoptar las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella. En este escenario se hace entonces necesario diseñar un nuevo sistema de protección, administrativo y judicial, para los niños amenazados o vulnerados en sus derechos.

En sentido estricto, el Estado asume la responsabilidad de adecuar las normas e instituciones nacionales a los preceptos de la Convención. De ello da pruebas el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos, quién en el Mensaje del Proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia señala en sus fundamentos que el gobierno que preside se ha propuesto, como un importante desafío, la completa reformulación de las leyes relativas a la Infancia y la Adolescencia de modo de adecuarlas a los nuevos requerimientos jurídicos y sociales del país y, en especial, a los principios y directrices contenidos en la Constitución Política y los Tratados Internacionales vigentes, ratificados por nuestro país²⁸.

Un segundo aspecto es la facultad de supervigilancia en torno al cumplimiento de las obligaciones contraídas por los estados, así el artículo 44 de la Convención ordena a los Estados presentar al Comité de los Derechos del Niño, por vía del Secretario General de la O.N.U., informes sobre las medidas adaptadas y los progresos alcanzados en el goce de los derechos.

²⁸ Mensaje N° 128-351. *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia*. Santiago. 2 de Julio de 2004.

En lo que respecta a nuestro país, los cambios y avances registrados a la fecha de elaboración del 2° Informe, el año 1998, eran evaluados como insuficientes, sin desmedro de los grandes avances obtenidos, y se constata en el informe “La falta de una política nacional de la Infancia acordada y sancionada por todos por todos los actores que participan en las diversas acciones, dirigidas desde el sector público y privado, hacia los niños y niñas”, “A la fecha no existe una institucionalidad que coordine, integre, oriente y supervise las políticas sociales dirigidas a la infancia y adolescencia”, “Lo anterior se aprecia en que la mayoría de los Ministerios e instituciones públicas ofrecen servicios o atención a los niños, los que a pesar de trabajar sobre la misma población y muchas veces sobre los mismos problemas, no se coordinan adecuadamente”²⁹.

En el ámbito interno, en base al artículo 5° de la Constitución Política, la doctrina mayoritaria y los principios y normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debemos entender incorporado a la Constitución y con su misma jerarquía, los derechos fundamentales consagrados en la Convención, de modo que los abogados podrán invocarla en sus actuaciones y nuestros jueces deberían aplicar esta norma internacional. Todo parece indicar que en caso de conflicto entre el derecho interno y las normas de la Convención, debiese prevalecer lo preceptuado por esta.

Queda de manifiesto que los postulados de la Convención debiesen constituir la base de toda política pública implementada en el área de la Infancia, preparando al niño para su adecuada participación y a la sociedad para la plena integración de éste.

Para dar cumplimiento a las obligaciones generadas por la Convención, los Estados parte y por ende Chile, deberán emprender varias tareas, que a juicio de Francisco Pilotti están interrelacionadas, ellas son³⁰:

- Examinar su legislación nacional y verificar su conformidad con las disposiciones de la Convención.
- Formular, o bien reformular, políticas sociales que pongan en práctica algunos de los derechos consagrados en la Convención.

²⁹ Gobierno de Chile. *Segundo informe sobre medidas adoptadas por el estado de Chile para dar cumplimiento a la Convención*. 1998.

³⁰ Pilotti, Francisco. *Institucionalización de la participación comunitaria: Políticas públicas y sociedad civil*. Nuestro compromiso: Derechos del niño y del adolescente en una sociedad democrática. Ediciones SENAME. 1992. Pagina 129.

- Diseñar un sistema para recolectar información que permita un seguimiento efectivo del progreso en el cumplimiento de los derechos del niño.
- Preparar los informes periódicos que exige la Convención

Sin duda una disposición innovadora y que fomenta una participación más activa de la sociedad, es la contenida en el artículo 44.6 de la Convención que señala que “Los Estados partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos”, ello cobra relevancia si consideramos que los mejores proyectos de ley pueden producir efectos contrapuestos si no se socializan y discuten con todos los sectores involucrados en el tema. Al parecer la crisis de participación existente ha incidido también en este tema y es necesario asumir la incapacidad de la sociedad civil para conformar un referente sólido y propositivo, capaz de ser un interlocutor ante el Estado.

CONCLUSIONES

- La convención postula una nueva forma de ver al niño, como un ciudadano y no ya como un individuo completamente dependiente de los adultos y ello debiese generar cambios en las relaciones entre el niño, sus padres, la comunidad y el Estado.
- Según las modernas tendencias, la política de protección para la infancia, debe diseñarse en base a un trabajo conjunto (estado – familia – comunidad), por ello la actual legislación en trámite constituye una gran oportunidad para consolidar en los hechos el nuevo paradigma imperante en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes del país. Esta visión de la infancia debería también reflejarse en el debate parlamentario y en el diseño de mecanismos legales e institucionales que protejan los derechos del niño en su relación con los sistemas de salud, educación y protección social.
- En el decenio posterior a la aprobación de la Convención se han logrado importantes avances en el tema de los derechos de la infancia, eso si en base a una legislación dispersa que constituye sólo un paso gradual hacia una plena adecuación al nuevo paradigma imperante desde hace mas de una década, ello como consecuencia de la aplicación de un sistema democrático y un mayor respeto por los derechos humanos y porque prácticamente todas las esferas del quehacer gubernamental afectan a los niños directa o indirectamente.
- Existe amplio consenso en la necesidad de regular el régimen de protección de los derechos del niño con la normativa acorde a los principios inspiradores de la convención y en reemplazo de la actual ley de menores, generando así un modelo coherente en todas sus instancias y con todos sus actores

- Mientras no opere esta modificación legal continuará existiendo, a nuestro juicio, una situación de maltrato por que todo comportamiento que transgreda las necesidades y los derechos del niño contenidos en la filosofía de la Convención debe ser considerado un maltrato. El estado de bienestar de un niño no es un regalo o el efecto de la buena o mala suerte, al contrario es un proceso humano no sólo individual, ni siquiera familiar, sino el resultado de un esfuerzo conjunto de la comunidad

BIBLIOGRAFÍA

- Ley N° 16.618, Ley de Menores
- Ley 19.806. Ley Adecuatoria de las Normas Vigentes a la Reforma Procesal Penal
- Convención Internacional de Derechos del Niño
- Barudy, Jorge. *Maltrato Infantil... Ecología Social: Prevención y reparación*. Editorial Galdoc, Santiago. 2000. 2ª Edición.
- Corporación Opción. *De la tutela a la Justicia*. UNICEF. Santiago. 1998.
- *Los Niños de Chile... Al encuentro con sus derechos*. UNICEF. Santiago. 1997.
- Corporación Opción *Infancia y Derechos Humanos: Discurso realidad y perspectivas*. Santiago. 2001.
- Ministerio de Justicia *.Boletín Jurídico*. Año 1. N° 1. Septiembre 2002.
- García Méndez Emilio. “*La Convención Internacional de los derechos del Niño: De la Situación irregular a la protección de la Infancia*”. Nuestro Compromiso: Los derechos del niño y del adolescente en una sociedad democrática. Ediciones SENAME. 1992.
- Pilotti, Francisco. “*Institucionalización de la participación comunitaria: Políticas públicas y sociedad civil*”. Nuestro Compromiso: Los derechos del niño y del adolescente en una sociedad democrática. Ediciones SENAME. 1992.
- UNICEF. *Infancia*. Documento de Trabajo N° 1. Abril 2003
- UNICEF. *Infancia*. Documento de Trabajo N° 5. Octubre 2004.

- Millán Patricio, Villavicencio Luis. *“La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”*. Revista de Derechos del Niño. UNICEF – Universidad Diego Portales. N° 1. 2002.
- García Méndez, Emilio. *“Derechos Humanos: origen, sentido y futuro. Reflexiones para una nueva agenda”*. Revista de Derechos del Niño. UNICEF – Universidad Diego Portales. N° 2. 2003.
- Tello Escobar, Cristóbal. *“Niños, Adolescentes y el Sistema Chile Solidario: ¿Una oportunidad para construir un nuevo actor estratégico de las políticas públicas en Chile?”*. Revista de derechos del Niño. UNICEF – Universidad Diego Portales. N° 2. 2003.
- Gabinete Presidencial. *Oficio N° 1463 de fecha 8 de Noviembre de 1996*.
- *Caracterización y Análisis de la Política dirigida a la Infancia y Adolescencia. Resumen Ejecutivo*. MIDEPLAN. Santiago. 1999.
- Discurso de S.E. el Presidente don Ricardo Lagos Escobar. *“Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia”*. Gobierno de Chile. Santiago. 2001. página 7.
- Mensaje N° 128-351. *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia el Proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia*. Santiago. 2 de Julio de 2004.
- *Gobierno de Chile. “Segundo Informe sobre medidas adoptadas por el Estado de Chile para dar cumplimiento a la Convención”*. 1998.