



## TESINA

Escuela de Derecho

Universidad de Valparaíso

“¿Satisface los estándares del “derecho a la familia de los NNA”  
la jurisprudencia de familia nacional?”

Yarela Clark Macuer - Autor

Abraham Zett Urzúa- Profesor guía

Diciembre 2018

## **Tabla de contenidos**

### Capítulo I. Hacia la estructuración el estándar. 7

- 1.-Tipos de estándares de Ronald Dworkin.7
- 2.-Otros estándares. derechos humanos y valores. 9
- 3.-Estándares en el ordenamiento jurídico chileno del derecho a la familia.10
- 4.-Hacia la delimitación del concepto de familia a la luz del derecho de los NNA de crecer en el seno de una familia. 14
- 5.- importancia de determinar los estándares en el ámbito judicial.16
- 6.- Normas sobre como sentenciar, fundamentación y valoración en Chile y LTF. 17

### Capítulo II. Alcances internacionales del deber de protección judicial de los tribunales de familia a la luz del Comité de los derechos del niño.19

### Capítulo III. Análisis jurisprudencial.23

- 1.- Sentencia Recurso de protección. Corte Suprema.2017. SENAME (RP-CS). 23
- 2.- Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2016): Caso Gálvez/Curti. (P). 26
- 3.- Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2006): Caso Valdivia Orellana. (P). 27
- 4.- Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2011): Caso Díaz/Contreras (P).31
- 5.- Sentencia del tribunal de familia de Viña del Mar (2016): Caso Fuentes (P) (TOP).34
- 6.- Sentencia del Juzgado de Familia de Santiago y Preferente del Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago. (2014): caso Gómez Losada. 37
- 7.- Sentencia del juzgado de letras de Villarrica (2003): Caso López v/s Atala. (CP). 42

Capítulo IV.- conclusiones.

Capítulo V.- Bibliografía

## **Tabla de abreviaturas**

NNA: niño, niña, adolescente

CDN: convención de los derechos del niño

CPR: Constitución política de Chile

LTF: Ley de tribunales de familia.

CCC: código civil chileno

VIF: Violencia intrafamiliar

SENAME: servicio nacional de menores

CREAD: Centro residencial de administración directa del SENAME

OCAS: Organismos colaboradores de administración subsidiaria

PPF: Programa de prevención focalizada.

COMITÉ: Comité de los derechos de los niños.

P: Protección

CP: Cuidado personal

RP: Recurso de protección

CS: Corte Suprema

## **Resumen**

Existen instrumentos jurídicos vigentes en Chile, que contiene varios estándares, en especial principios y reglas, que los tribunales de familia en relación al derecho a la familia de los NNA y en su decisión judicial deben conjugar de modo de obtener una única solución justa. Por otro los tribunales de familiar deben dar protección judicial en cuanto poder del Estado obligado a la protección de los derechos de la infancia en virtud de la CDN. Que un derecho de los NNA a la familia es de contenido impreciso, puesto que no existe definición legal, no obstante, su trascendencia para su desarrollo de la infancia y el ejercicio de otros derechos. Por ello es de relevancia elaborar un concepto de familia a la luz de los estándares que permiten ir perfilándolo para su correcta defensa y protección. de los NNA consagrados en la CDN y otros instrumentos, pudiendo así brindar protección. Que solo los tribunales de familia pueden en virtud de resolución judicial separar a los NNA de sus “familias”. Que estos factores motivan una preocupación, cual es las reales posibilidades de protección a los niños de este derecho.

## **Palabras claves**

Familia- derecho a crecer- CDN- protección judicial- NNA- sentencia.

## Introducción

Este trabajo evaluará la existencia o no de un razonamiento judicial correcto sujeto a derecho llevado a cabo por los tribunales de familia plasmado en las sentencias o resoluciones judiciales, en que el derecho a la familia de los NNA esté relacionado en casos judiciales reales, identificando sus falencias tanto de fundamentación por omisión, diferencias de criterios en tornos a considerar el valor jurídico y jerárquico a los principios, valores, reglas y normas, todas jurídicas, que se disponen en nuestra legislación y por último si por estas causales los tribunales de familia son responsables de vulnerar el derecho a los NNA a una familia.

Para llevarlo adelante identificaré jerárquicamente el derecho a la familia de los niños a partir del derecho internacional vigente en Chile y del derecho nacional. Se pone en relieve la Convención de los derechos del niño por el triple hecho de: ser el instrumento jurídico internacional ratificado en Chile y vigente de la más alta jerarquía en materia de derechos de la infancia, por contener el los valores, derechos humanos y unas cuantas reglas, previamente prescritas en otros instrumentos tales como la declaración de los derechos del niño, en este sentido es el idóneo que compila las materias más trascendentales en materia de infancia, porque los tribunales de familia deben dirigir su actuar y considerar siempre el Interés superior del niño, sin perjuicio que este Interés se reconoce en la LTF, no obstante, al ser jerárquicamente obligatoria, se conjugan y lo refuerzan, sin perjuicio, de las interpretaciones en la aplicación de este en sus fallos, he allí el problema con su consecuencial vulneración del derecho a la familia por parte del estado a través de los tribunales. Luego me haré cargo del análisis de sentencias, cotejando los antecedentes de hecho y la fundamentación de las sentencias, y a fin de cuentas valorar o criticar la resolución alcanzada, en base a si cumplen debidamente el deber de protección judicial, para lo anterior tendré a la vista causas reales principalmente relacionada con medidas proteccionales, sin perjuicio, de criticar, ciertas sentencias emblemáticas, como ha sido el caso López/Atala, en relación al alcance de la familia, las vulneraciones detectadas por la Comisión, y visibilizar que la garantía de este derecho a fin de cuentas, podría incluso conjugarse con falencias de otros poderes estatales relacionales, en particular, con el poder ejecutivo a la luz del recurso de protección de los funcionarios del SENAME en relación a las vulneraciones de derechos a causa de la institucionalización. Finalmente, para concluir que las sentencias de familia en relación al derecho de los niños a la familia, incumplen con este deber de protección judicial en su mayoría.

## Capítulo I. Hacia la estructuración del estándar.

### 1.- Tipos de estándares a la luz de Ronald Dworkin

Concepto de estándar principios y reglas.

DWORKIN(1931) afirma que el derecho se trata de un “conjunto de normas”, y estas normas consistirían en estándares, luego existirían dos tipos de estándares: reglas y principios. Estándar es un patrón, reglas, en este caso, serán aquellas que establecen un nexo directo entre un antecedente y la específica conclusión. Por otro se denominan “principios” al conjunto de estándares que no son reglas o normas, así principios serán normas generales y abstractos, iluminan desde lo alto, luego, aplicados estos principios a la función jurisdiccional, serán los patrones que el juez “emplea” en dicha función, reglas, que iluminan desde lo alto para la correcta aplicación del derecho.

Tipos de principios. Los principios se dividen en dos grupos: las “políticas” en tanto estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado en algún rasgo de la comunidad, de labor legislativa y principios propiamente tales, o derechamente “principios”, que constituyen un estándar que ha de ser observado porque es una exigencia de justicia, de equidad u otra dimensión de la moralidad, que precisamente indica Dworkin, *es asunto de los jueces*, lo que quiere decir *que éstos pueden (y deben) invocar principios para justificar sus fallos*, pero no pueden hacerlo con las políticas. Véase en Capítulo III, Sentencias Corte suprema, Santiago (2017) Funcionarios SENAME/SENAME.

Distinción entre reglas y principios. son: las reglas se aplican de la manera todo o nada, a modo ejemplar el cumplimiento de una causa legal incuestionable para hacer cesar un derecho, por ejemplo, cumpliendo la edad legal el alimentario, el alimentante podrá demandar cese de alimentos, se coteja la norma con el hecho de haberse cumplido dicha edad, probada con el respectivo certificado, y la regla ha de aplicarse si o no, puesto que la edad es incuestionable. Por otro los principios se aplican del modo “más o menos”, los principios tienen una dimensión de peso e importancia que las reglas carecen, en un ejemplo frente a dirigir el tribunal de familia sobre con cuál de los dos padres el NNA deberá vivir el menor, debe atender al interés superior del niño. El autor afirma que frente a un “conflicto de normas” acarrea que el juez en la decisión

judicial deba desechar o acoger solo una de ellas, en cambio en “conflicto de principios”, éstos no se desechar, ambos son válidos, pero con pesos distintos, más uno y menos del otro, se ponderan, nunca se excluyen. Ambos estándares cumplen funciones distintas. (Squella, Villavicencia y Fajuri, 2011: p.151)

Pertinencia de la teoría.

La pertinencia de acoger esta teoría del derecho, radica en la conveniencia para la investigación en el sentido de servir como pauta de corrección de un razonamiento judicial correcto. Así las cosas, si bien sujeta las normas de valoración pertinentes al caso concreto, no es menos cierto que orgánicamente no existe una delimitación clara, ni menos conceptos, de los estándares a aplicarse en el derecho de familia, sino sólo escasas normas instructivas de valoración, tampoco bien definida, como lo es la valoración de la sana crítica, y sin perjuicio de ello, se obliga al juez que al fundamentar sus sentencias se hace cargo o “debiese hacerse cargo” de estos estándares, y esta falta de demarcación y disparidad al abre la posibilidad de que dramáticamente se resuelva de un modo discrecional, o bien o en conjunto, a este océano del valoración de la sana crítica, podría, inclusive sentenciar en sentido contrario a estos estándares, justificando “superfluamente” su decisión solo en escasas reglas, como si el ordenamiento jurídico no otorgara más insumos jurídicos normativos (conjunto de estándares) al respecto. Por ello el cómo se visualiza la estructura y la fundamenta el razonamiento judicial es central. y si seguimos a Dworkin, concluyo que sería una garantía de que labor de protección judicial a los niños se ajuste a “todo el derecho” ergo, sea justa.

Por otra, el autor nos informa, que la distinción de los estándares repercute en la función jurisdiccional, puesto que la existencia de principios permite encontrar una *única* solución, que las normas por sí sola no las dan. Esta preexistencia de principios evitan la discrecionalidad de los jueces, agrego, incluso dentro de la operación intelectual de la valoración de la sana crítica, puede llegarse a una sentencia “injusta” aun sin discrecionalidad, precisamente por no estructurar, jerarquizar y aplicar todos los estándares, *los principios tienen la virtud que permiten no sólo hallar una única solución, sino que garantiza que esa única solución sea la correcta que tales casos tienen, es decir “justa”*. Debiendo constituir por tanto, el afán de los jueces la preocupación de formarse una convicción necesariamente con una sólida fundamentación, precisamente, dado que la respuesta

*única* correcta, argumentando jurídicamente y técnica formación de la convicción en la fundamentación del fallo, lo que excluiría la discrecionalidad.

Según Dworkin los principios a considerar por el juez son los de un derecho dado así como los que están en el límite moral de este y que responden a una idea de justicia que gira en torno a los derechos básicos de las personas, concuerdo plenamente.

## **2.- Otros estándares. derechos humanos y valores.**

Existen “otros estándares”, que se suman a las reglas y principios de Dworkin, a saber “derechos fundamentales” y “valores superiores” del ordenamiento jurídico como componentes, interpretan y aplican los jueces a través de un razonamiento jurídico- judicial. Estos son los derechos humanos y los valores superiores.

Con respecto a los derechos humanos, existe en Chile un derecho positivo de los derechos humanos, de raíz interna o internacional, más sistemas de declaración y protección universal y regional, por tanto, se compone de constituciones, tratados internacionales, fallos internacionales, acuerdos, resolución de cortes y recomendaciones de comisiones de derechos humanos. Este estándar se entenderá incorporado a la gran clasificación de principios y reglas, por la sencilla razón que los derechos de los niños en relación a la familia, para Chile, provienen jerárquicamente del derecho internacional en materia de derechos humanos, por ello, que distinguirlos como una categoría distinta los principios y normas resulta poco pertinente, por dado acepto desde ya, una transversalidad de los principios y reglas, a lo largo de toda la escala jerárquica del ordenamiento. No obstante, si cobra específica relevancia, el hecho que hallándose el punto de partida de este entramado normativo, en el derecho internacional de los derechos humanos, hace obligatorio para Chile como Estado parte y en particular de la convención internacional de los derechos del niño su estricta aplicación y aún más específico aún la labor jurisdiccional de protección de los nna, que en Chile aplican los tribunales de familia. Luego siendo el poder judicial, parte del poder estatal, esto, es el Estado de Chile, recaen responsabilidades de carácter internacional en sus funciones jurisdiccionales. Ver Capítulo II. Alcances internacionales del deber de protección judicial de los tribunales de familia a la luz de la CDN.

En cuanto a los valores superiores considerados como estándar, el autor destaca importante es su incorporación en la legislación sea leyes o constituciones ya que gozan de mayor generalidad, abstracción y concisión que los principios. Sin definirlos solo indica que valores superiores obedecen al ámbito de moralidad universal que se tiñen, de sesgos culturales, en este sentido si para la Constitución es un valor fundamental la seguridad nacional, en Bután lo es la felicidad. En este trabajo no se avocará al estudio de éstos, ya que, abarcaría la rama del derecho constitucional y no es el objeto de este trabajo de investigación. No obstante, los enteré ínsitos en el ordenamiento jurídico reducido a la CDN, lo anterior, en razón de ser el instrumento jerárquico mayor obligatorio para los tribunales de familia. No obstante. esta investigación se centra en principios y reglas principalmente, que se aplican en las resoluciones judiciales.

### **3.- Estándar en el ordenamiento jurídico chileno, del derecho a la familia de los NNA.**

contamos con un catálogo de normas del derecho de familia y sus efectos jurídicos, por supuesto con el código civil, por LTF, ley de menores, ley de violencia intrafamiliar, ley de abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, ley de matrimonio civil, principalmente. Pero insuficientes, dado que discurren en mayor medida sobre efectos jurídicos de relaciones de origen matrimonial y/o paterno/materno- filiales. Sin embargo, lo central no es tratar el derecho de la familia en este sentido expuesto, no de una sola forma de familia y sus efectos filiales. Por tanto, el derecho a la familia de los NNA, dado la normativa escasa, dispersa y limitante, presenta dificultad al insertarlas en cada categoría de estándar. Con todo, la puerta de entrada al análisis de un derecho a la familia de los nna, es el artículo 5 de la Constitución política que dispone que los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes son parte del ordenamiento jurídico chileno. Nos hallamos así, con el gran y relevante instrumento jurídico de aplicación de la función jurisdiccional en Chile, que es la Convención de los derechos de los niños, que a su vez integra otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo es la declaración universal de los derechos del niño, entre otros.

Analizando la CDN podemos identificar y por tanto delimitar el siguiente estándar de reglas y principios:

Reglas:

1- Art.2.1. Derecho del NNA a ser respetado en sus derechos por cualquier condición sea, del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2- Art 2. 2. Deberes respecto de los NNA, de sus padres, tutores u otras personas responsables ante a la ley.

3- Art 5. Derechos y deberes de los padres, en su caso de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, de los tutores u otras personas encargadas del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección, y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.

4- Art 7.1 Derecho del NNA a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

5- Art 8.1. Derecho del NNA a preservar sus relaciones de familia.

6- Art 9. Derecho del NNA a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos y del derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, excepcionalmente, será separado o no mantendrá dicha relación, cuando fuere necesario en el interés superior del niño, en casos particulares, por ejemplo en caso de maltrato o descuido.

7- Art 10. Derecho a mantener periódicamente, relaciones personales y contacto directos con ambos padres.

8- Art 14. Derechos y deberes de los padres y en su caso de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de sus derechos de modo conforme a la evolución de sus facultades.

9- Art 16. Derecho del niño de no ser objeto de injerencias arbitrarias en su familia.

11- 18.2. Deber de los padres y los representantes legales en su caso, de desempeñar la crianza del NNA y de su cuidado.

12- 19.1. Deber de los padres, representante legal o de cualquier otra persona que tenga al NNA bajo custodia, de no infligir por sí, ni por terceros, mientras esté a su cuidado, al NNA:

sufrimiento por perjuicios, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual.

13- 20. 1 Derecho del NNA privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, a la protección del estado (institucionalización).

14- 26. Derecho del NNA a ser mantenidos económicamente.

15- Art 27. 1.- Derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

16- Art 27. 2.- DEBER y responsabilidad primordial, de los padres u otras personas encargadas del NNA, de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño. Incluyendo la responsabilidad financiera de los padres y de las personas a su cargo.

17.- Art 12.1. Derecho del NNA, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectaren, teniendo en cuenta esa opinión, en función de su edad y madurez. (si bien, se extiende a cualquier ámbito, puede aplicarse a una opinión en relación a su derecho a la familia)

18- Art 12.2. Derecho del NNA, a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, conforme a la ley nacional. (entendiendo que por regla general, en aquellos procedimientos judiciales en los cuáles importa su opinión, precisamente vera sobre situaciones en relación a su familia, para determinar efectos jurídicos respecto de los padres o quien lo tuviere a su cargo, por ejemplo en causas protectorales, para decidir sobre su institucionalización, y su posterior egreso a la familia de origen o adoptiva en su caso.

Esta última regla, se debe necesariamente conjugar con la regla del artículo 16 de la LTF, lo que, cambia el carácter del estándar, pasando de una regla a un principio, norma que expresa: "...su derecho a ser oído, son principios rectores que el jue de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento".

Por tanto, para el derecho internacional es un derecho humano y una garantía, y para la legislación es un principio rector, pese a su nomenclatura de "derecho".

19- Derecho del NNA a crecer en el seno de una familia. Se consagra en el preámbulo, del cual se desprende que consiste en el derecho de crecer en el seno de una familia, en condiciones de bienestar, felicidad, amor y comprensión, que garanticen el desarrollo de su personalidad de modo pleno y armónico.

## Principios

1.- Principio del Interés superior del NNA. Art 3. 1 “en todas aquellas medidas concernientes a los NNA que tomen... los tribunales... el interés superior del NNA será una consideración primordial.

No cabe duda, a diferencia del derecho a ser oído, que el interés superior del niño es un principio rector. Lo que se confirma, al cotejarlo con el artículo 1 de la LTF que prescribe “el interés superior del NNA... son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

No obstante, no queda claramente definido qué comprendería efectivamente ese interés y además de carácter superior.

2. Principio de la Corresponsabilidad. Art 18. 1. Principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbe a los padres, y en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será la del interés superior del niño.

Necesariamente se coteja con el artículo 224 inciso 1 del código civil que consagra el principio a nivel legal de modo expreso, en relación a cuidado personal de los hijos, prescribiendo que el cuidado personal se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos.

Por tanto, o queda duda que estamos frente a un principio.

#### **4.-Hacia la delimitación del concepto de familia a la luz del derecho de los NNA de crecer en el seno de una familia.**

La familia como ideal, medio familiar, padres a la luz de la CDN.

-La infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Llama la atención que la CDN no defina infancia. Y lo refiera en alusión a que es la Declaración de los derechos del niño que dispone que el NNA tiene derecho a cuidados de y asistencias especiales. Luego, niño es todo ser humano menor de 18 años (en el caso de Chile).

- El preámbulo declara principalmente valores, derechos humanos a partir de los instrumentos que le anteceden y complementan. El cuerpo se ocupa de derechos humanos también, de principios y de reglas.

- Respecto al concepto de familia, no la define, sin embargo, se puede deducir el concepto, no obstante, se desprende la CDN que el derecho de lo niños no es a una familia, papá, mamá un tercero, a secas, la familia no debe entenderse en su natural biología libre de toda otra valoración, sino que familia en la Convención obedece a un concepto jurídico compuesto a su vez de, principios, valores, reglas, y derechos humanos. Tanto es así, que la CDN discurre constantemente en el sentido que los derechos de los niños se garantizarían dada ciertas condiciones del “medio familiar” (no origen, ni fin), que no incorpora como elemento esencial el origen, necesariamente, precisamente al reconocer como “medio familiar” derechos y deberes, muchos más amplios que a una mera reducción del/los padres, reconociendo estructuras no parentales que si constituyen “medio familiar”. Por otra la tampoco es un fin, principalmente por el elemento temporal de la infancia, esto es, hasta la mayoría de edad y porque es la misma CDN reconoce una expectativa valórica superior, a saber, al prototipo de persona a que se aspira alcancen los niños al final de la infancia con este rol del “medio familiar”, a saber “una persona independiente para la vida en sociedad e imbuidos por los ideales de la carta”. Es un valor superior.

- El “medio familiar”: contexto jurídico ideal compuesto de condiciones que garantían el ejercicio de los CDNN, ergo, el niño se desarrollará plenamente y en armonía. La CDN prescribe el derecho a crecer en el “seno de una familia” en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. No es una “familia”, si a “su” familia, sino al *seno de una de familia*. En la misma línea, “seno” se

define por la RAE, como “regazo: cosa que recibe en sí a otra amparándola”, a su turno “amparar” es “*valerse del apoyo o protección de alguien o algo*”. Interpretando deductivamente que familia es *alguien, algunos o algo que brinda el apoyo o protección a un otro*, luego, lo sea en *un ambiente de felicidad, amor y comprensión*. Este escenario permitiría el crecimiento y el bienestar que este medio, tiene por principal deber el respeto y velar por el ejercicio de los derechos de la convención, por ello se entrega a la “familia” que conforme a la evolución de las facultades de los NNA, cumplan la labor de guía, dirección y orientación conforme a estos, implicando con ello educarlo en el espíritu de los ideales de la Carta, con el fin de un desarrollo de la personalidad del niño, desarrollo más pleno, y en armonía en todos los ámbitos, todo lo anterior orientado al resultado de ser una persona preparada para la vida independiente y con estos valores. Sin duda se extrae que la aludida protección principalmente es de dirección estatal al NNA, y que la labor de custodia es el cuidado, sin perjuicio que al cuidar se protege al NNA, sin embargo, la obligación internacional de protección es estatal, no existiendo mayor sanción por la falta de cuidado, sino más bien produce un efecto como podría ser, cada vez en aumento en Chile, la separación del NNA de su medio familiar, en estricto rigor las consecuencias negativas derivadas de la falta de cuidado siempre la reciben los NNA, por el hecho mismo, así en cuanto a la reacción del estado, un niño violentado pierde dos veces.

-Así las cosas, se reconoce explícitamente que la labor de cuidado corresponde no solo a los padres sin más, sino también a la familia extendida (por ello un deber de los abuelos en Chile es dar alimentos), Tutores (cuidado personal por terceros naturales, implica derechos y deberes de cuidado), lo mismo respecto de representantes legales y con todo, cualquier “otra institución de cuidado”. Distinto es “el entorno familiar” como realidad respecto de la ubicación social y especial de un menor en la sociedad, “*entorno familiar*” con *potencialidades de familia*, si se brinda la asistencia adecuada, se acoge y protege. Con todo, la protección no es a la familia propiamente tal dado que la familia no es un derecho, es un valor superior, se protege a fin de cuentas el ejercicio de los derechos de los NNA que dentro del medio familiar debieran haber sido garantizados, no obstante, se han violado, tanto es así, que la medida judicial pertinente, por ejemplo proteccional o cautelar, como en algunas de las sentencias analizadas, se resuelve fundamentando no sobre el derecho de todo niño a la familia, sino en consideración al hecho que vulnera o pudiera vulnerar cualquier otro de derecho del catálogo de la CDN, principalmente vida, salud, educación, cabe preguntarnos en el caso que se analizará, qué se protege de un NNA

de 4 años abusado sexualmente por su padre? ¿Se protege su derecho a la familia? No, sino los derechos humanos violados, otra porque sería absurdo garantizarse su familia, ¿si ha sido ésta precisamente que lo ha vulnerado? entorno familiar, padres, son entes entremezclados, pero no agotan en cada uno de ellos el concepto de medio familiar que si tiene pretensiones de integridad jurídica y por tanto garante de los NNA. Por otra, porque de concebir que dicho NNA tiene derecho a la familia, se sujeta a la discrecional del juez en entender qué se entiende por familia, por otro, se resuelve generalmente separarlos “de su entorno familiar”.

Por último, de la familia y las relaciones familiares, reitera la CDN que son derechos en el sentido que mantener relación, contactos permanentes y regulares, fomentando a los NNA privados de libertad, refugiados, y con familiares dispersos, su reunión y mantener una “relación”, desde mi punto de vista, una “relación” dista bastante de las exigencias de un medio familiar, el primero un derecho más, a relacionarse con sus familiares, el segundo aborda principios, valores, reglas y valores. Lo que afirma mi postura en torno que la CDN perfila un estándar de familia en términos de “medio familiar”. No obstante, en cuanto al “ambiente” del medio familiar en términos de *felicidad, amor, comprensión*, si bien son un estándar valórico, sino las condiciones necesarias para constiuir este medio idóneo, donde el NNA crecerá y se desarrollará.

Por tanto, concluyo como concepto de familia aplicado a los NNA, el siguiente *“Es un grupo humano constituido de dos o más personas, cuya función primordial y responsabilidad es el amparo de los NNA, que constituye el medio idóneo para su crecimiento en condiciones de amor, felicidad, comprensión y bienestar permiten el desarrollo pleno y armonioso de los mismos, cualquiera sea el origen fundante de dicho vínculo, en aras de forjarlo para que en una vida adulta alcance la independencia imbuida de valores y virtudes”*.

## **5- Importancia de determinar los estándares en el ámbito judicial**

La primera dice relación con el rol de los principios en la actividad del juez de familia.

Los principios *dirigen el actuar de sujetos y poderes*, dentro de éstos los poderes normativos, y a su vez, a los vinculados a la *aplicación del derecho*. Orientan la actividad del operador jurídico juez. Cumple la función interpretativa de reglas individuales, y soluciona antinomias de reglas, integración lagunas de reglas, particularmente relevante en esta tesis es la función justificativa, esto es, fundamentar las decisiones de los jueces y por último, la función correctiva, en el sentido

de que evita consecuencias notoriamente injustas e inconvenientes de la eventual aplicación de una regla no prevista por el legislador.

La segunda, radica en la operación sentenciadora debería necesariamente conducir a una única solución justa, como resultado de la ponderación de principios y aplicación de reglas, y a su vez, por exigencia legal, las sentencias deben hacerse cargo del veredicto a través de su fundamentación. Que implica hacerse cargo del mérito del proceso, fundamentar la resolución de conflicto de reglas (por antinomias normativas, jerarquía, cronología y especialidad), la resolución de conflictos de principios, esto es, cómo éstos se ponderan (como se prefiere uno, si desechar el otro, también considerado vigente, pero en menor medida).

En este sentido, el artículo 6 de la Constitución Política dispone que *“los órganos (y el juez de familia) deben someter su acción la constitución y a las normas dictadas conforme a ésta”*. Por tanto, deben someterse a la normativa pertinente sea de la LTF, del CPC en su caso, y de las demás normas pertinentes. Sin embargo, el gran problema que se anticipa radica en que, por regla general, de las sentencias analizadas, no existe fundamentación, o ésta, solo se entiende cumplida con una mera enumeración de normas, que tampoco abarcan todas las pertinentes. Los jueces en ese sentido incumplirían la normativa legal constitucional e internacional.

## **6- Normas sobre como sentenciar, fundamentación y valoración en Chile y LTF**

Sin perjuicio de las normas del Código de procedimiento civil, la LTF en el artículo 65 dispone respecto del fallo *“indicará los fundamentos principales tomados en consideración para dictarla”*. Luego, en cuanto al artículo 66 de la misma ley, establece el contenido de la sentencia de familia, destaco: 3) síntesis de los hechos y alegaciones de las partes. 4) el análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión. 5) razones legales y doctrinarias que sirvieran para fundar el fallo. 6) la resolución de las cuestiones sometidas a la decisión del juzgado. Como veremos en las sentencias de esta investigación, las fundamentaciones se limitan a expresar con certeza al menos *“conforme al mérito del proceso”* y *“la opinión del consejero técnico”*, luego en las medidas protecciones y cautelares de los NNA, que por tratarse de vulneración a los derechos más esenciales, no destinan más de dos líneas, y

que no cumplen con el contenido legal que una sentencia de familia y en estas materias debiera tener.

Por último, con respecto a la valoración de la prueba, el artículo 32 de la ley en comento prescribe que “*los jueces apreciaran la prueba de acuerdo a las reglas de la sana critica*. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. La sentencia deberá hacerse cargo en toda su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenida en cuenta para no hacerlo. En circunstancias que se en general se limita a recitar un check list de normas, al mérito del proceso, opinión de alguna persona, “se resuelve”.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia. Lo anterior, generalmente se incumple, solo se enuncian, es existe argumentación fundada.”.

## Capítulo II. Alcance internacional del deber de protección judicial de los tribunales de familia a la luz de CDN

Falencias judiciales a partir del informe de la Comisión de los derechos de los niños:

Los tribunales de justicia son los únicos competentes para separar al NNA de su familia biológica o de quien los tenga a su custodia legal y derivarlo una residencia como medida excepcional y transitoria cuando no hay otra alternativa al medio familiar.

El SENAME se crea con dos finalidades: 1.- como sistema de reinserción social de adolescentes en conflictos con la ley, y 2.- como sistema de protección de NNA vulnerados en sus derechos, a través de dos programas: los ambulatorios y los residenciales. En particular, me abocaré a la segunda finalidad. Los programas residenciales están destinados a la atención de NNA carentes de entorno familiar adecuado, se ejercen a través de dos principales centros, los CREAD y OCAS (ver abreviaturas).

En julio de 2016 el Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas, recibió una solicitud de investigación enunciando la situación de NNA privados del entorno familiar en centros residenciales del SENAME. En mayo de 2017, tras la recepción de las observaciones Chile, decide realizar una investigación confidencial sobre la potencial vulneración grave y sistemática de diversas disposiciones de la CDN respecto de NNA bajo la tutela del Estado, designando dos visitas que Chile acepta. Se visitan 4 residencias (CREAD: Playa Ancha y Galvarino, OCAS: Aldeas Silva Henríquez y Pequeño Cotolengo, Santiago).

Para desarrollar el tema, me baso en el Informe de la comisión de los Derechos del Niño de 2018 que hace a Chile, este informe en general plantea las vulneraciones de derechos que el estado de Chile realiza a los derechos garantizados a los niños en la CDN, sin embargo, en particular, afirma *la vulneración de los tribunales de justicia en este sentido*, de lo que me hago cargo precisamente para argumentar en gran parte mis conclusiones en las sentencias analizadas.

Como producto de la investigación, se concluye: la existencia de una violación grave y sistemática a los derechos de los NNA que se encuentran en centros de protección en Chile bajo el control directo o indirecto del SENAME.

“Violaciones del Estado relativas a los NNA privados de un entorno familiar”.

En particular en el ámbito estrictamente judicial y en cuanto al rol protector en relación al derecho a la familia y, recordando que en Chile el único ente que puede separar a los NNA de su familia son los tribunales de justicia de familia, se advierten las siguientes violaciones que destaco saber:

- Viola el artículo 2 CDN en cuanto a la obligación de garantizar la no discriminación por cualquier razón, incluida la posición económica de los niños. Advirtiendo que la viola, al permitir el ingreso de los NNA a centros residenciales en razón de carencias económicas como consecuencias de denuncias de maltrato o falta de cuidado personal. E ingresan fundado en la carencia económica *por resolución judicial*, sin que los Tribunales de familia “activen” la ayuda material que requiere la familia para poder otorgar los cuidados, privilegiando la internación sobre otras medidas enfocados en soluciones alternativas como medida de intervención.
- Viola el artículo 3.1 y 25 CDN: Al derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que todas las medidas concierne a NNA que tomen los tribunales. La separación de la familia debe ser la última alternativa a su medio familiar inmediato o su familia extensa, se destaca la *“ausencia de motivación suficiente de las sentencias, impide conocer los elementos considerados, la ponderación de los mismos, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinación del interés superior de NNA a internar*. Existe separación de hermanos en distintos centros por razones administrativas y no por el interés superior. Prima la internación por sobre otras medidas de intervención con la familia. *No existen criterios y circunstancias que deban ponderarse para la evaluación y determinación del interés superior y no motivar suficientemente la evaluación y determinación del interés del NNA en las sentencias de internación*. Prolonga los tiempos de internación sin control.
- Viola el artículo 3.3 CDN de cumplir las normas por las instituciones encargadas de protección. Los centros presentan una extensa lista de falencias, materiales, de higiene, sobre todo de recursos humanos, en cuanto número y principalmente en formación especializada, la mayoría han sido golpeados, abusados, violados. Sin ahondar en ello, y *en relación al deber de protección judicial*, existe la obligación de supervisión de los centros, y dentro de ellas al no existir informes de avance de los centros, solo fiscalizan materialidades, por otra, *las sentencias de los NNA al no estar fundamentadas incluso prescindan de la invocación de los derechos que en particular han sido vulnerados*, en este sentido, la revisión

del juez tampoco se sustenta, e incluso se detecta la permanencia en centros sin medida vigente.

- Viola el artículo 6 CDN en cuanto a que el sistema de protección no garantiza la separación de los NNA de acuerdo a su perfil, los NNA de alta complejidad convive en centros de protección simple. Por otro NNA vulnerados en sus derechos, conviven con otro NNA vulnerados en sus derechos pero que a su vez vulneran los derechos de los primeros. NNA adolescentes conviven sin fundamentación con NNA de corta edad.
- Viola el artículo 9 CDN. El derecho a la “no separación” de la familia salvo el interés superior del niño. Las reglas de esta separación son: la excepcionalidad y la transitoriedad. Que el juez de familia, en general, decide en sus sentencias separar al NNA de su familia y entregarlo al cuidado del estado, con escasa o nula participación de los NNA y de su familia, especialmente de la familia extensa, sin evaluar condiciones y medidas para ayudar a la familia para obtener otra alternativa para el NNA. Por tanto, viola CDN al permitir que NNA ingrese al sistema residencial sin ofrecer a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el proceso. Desarraigo en MMA al derivar a centros en otras localidades, sin que fuere necesario en su caso por resolución judicial.
- Viola el artículo 12. Derecho a ser oído en todo procedimiento judicial. El 86% de los NNA conoce sus causas de ingreso al ser informados de ello por el propio juez de familia en las audiencias. El 32% dice tener la oportunidad de hablar con el magistrado, el 38% con algún abogado “que lo represente” en la causa. Luego, en el 4,1% de los centros, los NNA no se encuentran autorizados a hablar con el juez en caso de requerirlo, en el 4 % de los centros reportan que en la última visita del juez, éstos no hablaron con los NNA, y el 7% no sabe si los jueces lo hicieron.

Por tanto, se ha considerado una violación sistemática de los derechos de los NNA en particular con los tribunales de familia por: *“existencia y uso extendido y continuo de medidas judiciales que fallan en su propósito de protección y recuperación”*.

Que la judicialización del “sistema protección jurisdiccional” es excesivo: los jueces tienen la obligación de adoptar todas las medidas de “protección”, desde ambulatorias a residenciales. Sin embargo, los jueces no tienen un conocimiento preciso de los recursos alternativos a la internación, ni el tiempo adecuado para el estudio individual, ni la capacitación para saber cuál es la medida social mas adecuada para cada NNA. Los tribunales de familia tienen poco personal

capacitado, (tienes, como los consejeros técnicos, pero es escaso e insuficiente) y por último, es indelegable, ya que *los tribunales únicamente tienen la facultad de separarlos a sus familias*.

#### Recomendaciones

Establecer criterios claros y estrictos para la decisión de cuidado alternativo a la familia, con garantías procesales que garanticen el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Establecer un sistema de revisión judicial del sistema administrativo de protección.

### **Capítulo III. Análisis jurisprudencial.**

- 1.- Sentencia Recurso de protección. Corte Suprema.2017. SENAME (RP-CS)
- 2.- Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2016): Caso Gálvez/Curti. (P)
- 3.- Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2006): Caso Valdivia Orellana. (P)
- 4.- Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2011): Caso Díaz/Contreras (P)
- 5.- Sentencia del tribunal de familia de Viña del Mar (2016): Caso Fuentes (P) (TOP)
- 6.- Sentencia del Juzgado de Familia de Santiago y Preferente del Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago. (2014): caso Gómez Losada
- 7.- Sentencia del juzgado de letras de Villarrica (2003): Caso López v/s Atala. (CP)

#### **1.- Sentencia Recurso de protección. Corte Suprema.2017.**

Presidentes de Asociaciones nacionales de trabajadores y funcionarios de SENAME en contra del SENAME. Principios políticos.

ROL 67.467-2016

Materia: Recurso de protección

Recurrentes: Presidentes de dos asociaciones de funcionarios del SENAME

Recurrido: SENAME

NNA: de los centros de reparación especializada Galvarino y Pudahuel y Cerrado San Joaquín. Desvinculados de su familia de origen por tribunales de familia por violaciones graves a sus derechos.

Pretensión: Amparo constitucional frente a la amenaza y eventual quebrantamiento de los derechos a la integridad física y síquica de los NNA y de los empleados de dichos centros.

Arguyen sobredotación que sobrepasa cobertura, sin mediar cambios en la política, en la orgánica del servicio ni menemos presupuesto fiscal, produce condiciones de hacinamiento y sobrepoblación que afecta a sus NNA. Fundamentan que el derecho conculcado corresponde al artículo 19 numeral 1 de la Constitución política. Solicitan que ordene a SENAME impedir el acceso de nuevos NNA a dichos recintos, mientras no cuente con dotación presupuestaria que permita ampliar la planta de los mismos.

Contrapretensión: que se rechace, sin perjuicio reconocer sobredemanda, informan que la capacidad cierta en los recintos es superior a la formal y también ha de considerarse el tipo de centro específico de marras. Arguye que el SENAME obedece resoluciones de los tribunales de justicia y de garantía, atribuyendo única y exclusivamente la responsabilidad a los tribunales referidos.

Fallo: rechaza la acción, fundamenta en particular los artículos 8, 19, y 26 de la convención americana de derechos humanos, 40 de la CDN, 68 de la ley 18.868 y en general, cubre la fundamentación jurídica invocando “lo dispuesto en en convenios internacionales y en la ley patria” en su conjunto. Sostiene que es inconcuso que todo niño violentado en sus derechos debe ser protegido debiendo los tribunales deben adoptar todas aquellas providencias y medidas de protección que estimen suficientes para ampararlo, resolviendo el ingresos de los mismos a estos centros, haya o no cobertura, toda vez que la existencia o no de vacantes no es una responsabilidad judicial sino un responsabilidad política administrativa, dado que es obligación del Estado suministrar los recursos para su materialización, más aun considerando que los centros de autos, obedecen a centro de alta complejidad cuya población infantil y juvenil han ido expuestos a experiencias altamente traumática en situaciones de especial gravedad, que torna imprescindible su adecuada atención por su derivación no es opcional, y que por lo debas se ejerce dentro de la esfera de sus atribuciones a la luz del artículo 150 del código procesal penal en concordancia con el 38 de la ley 20.084. Sin perjuicio de constatar la vulneración a la garantía constitucional inculcada, no es posible a éste tribunal prohibir su ingreso.

Remite los antecedentes al Ministerio de justicia, de quien depende SENAME, con el fin que el estado cumpla con su deber internacional que por lo demás debiese ser en aras de este derecho, uno de los ejes centrales de la política pública

Comentario: Este fallo, pone de relieve la diferenciación de dos tipos de estándares, esto es los principios en cuanto políticas y en cuanto principios propiamente tales. Fallo de un genuino descontento general, sin embargo, ajustado a derecho, a mayor abundamiento, ajustado a la CDN y a la Convención americana. En este sentido siempre en aras del principio del interés superior del niño, los tribunales deben dar protección en caso de transgresión grave de derechos a través de la separación de su medio familiar, como última medida de protección, el máximo tribunal diferencia claramente entre los principios propiamente tales como la “máxima consideración” en la resolución de los tribunales, y por otra las “políticas”, y ello se constata a través de la remisión de los antecedentes al ministerio de justicia argumentando que “se trata de un problema público que concierne a los NNA” y que por tanto, por ser público y no judicial “debiera constituir uno de los ejes centrales de las políticas públicas”. Se aplaude del fallo que jurídicamente, se hace cargo de la argumentación, fundamentación y razonamiento lógico, en tanto que al distinguir los principios propiamente tales y los principios en tanto políticas, sólo le resta por no acoger y remitir los antecedentes al ministerio de justicia. Por último, esta sentencia es una manifestación indirecta del control judicial a una decisión política, que a nivel de derecho administrativo, plantea una situación de excepción, frente a la no revisión de asuntos de mérito oportunidad y conveniencia de una decisión ejecutiva política, pese a que técnicamente dicha remisión de antecedentes no es vinculante.

No obstante, surge la interrogante, si relacionamos esta sentencia con el Informe del Comité analizado previamente en este informe, si acaso la causa de dicha sobrepoblación en los centros de residencia obedecen estrictamente a una resolución de ultima ratio como única y última vía de protección la separación de su medio familiar, o si bien por otro, fueron escasos los esfuerzos por parte del juez, en hallar ese seno familiar distinto del nuclear que haya evitado dicha institucionalización, en términos generales no existe certeza que la regla general sea garantizar el derecho de estos NNA el crecer en el seno de una familia y que sólo de un modo excepcional haya sido privado de ésta. El comité es enfático y concluye esta última opción, teniendo a la vista un sin número de sentencias, de paso en mi análisis sólo hallé una sentencia que a cabalidad demostraría una plena protección a este derecho (véase caso RIT P- 873- 2006).

## **2.- Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2013): Caso Gálvez/Curti.**

RIT P-2014-2016.

Materia: Proteccional por VIF

NNA: C.G.D (niño, 4)

Pretensión: requerimiento medida de protección y medida cautelar.

Contrapretensión: niega los hechos, no objeta medidas.

Hechos: niño vive con su madre y abuela, mantiene RDR informal con su padre desde enero. De marzo a diciembre observa conductas sexualizadas en el menor, tales como se baja con frecuencia el pantalón, “les ponía el trasero” a sus tíos cuando estaban sentados, tocaba zona íntima a ellos y a su madre. Que en noviembre el niño llora porque no quiere ir a casa de su padre. Menor narra a la abuela que su padre “le tocaba el pene y que lo había metido por el potito” “que le había dolido y que lloró mucho”, que a la madre le manifiesta lo mismo, agrega “que si no se dejaba no le iba a comprar más juguetes”.

Iniciativa requerimiento: personal y directo al tribunal.

Fallo:

1.- Medida proteccional: Ha lugar a la medida de protección permanente: se confiere el cuidado personal proteccional del niño a su madre. Medida de proteccional ambulatoria: Se deriva al niño y grupo familiar, con asistencia obligatoria al programa de reparación de maltrato grave PRM Maihue por 6 meses.

Fundamentación: mérito de los antecedentes, lo expuesto en la audiencia, opinión de consejería técnica y curador Ad litem, a la vista el informe DAM, artículo 75 de la LTF y 3 CDN, y demás pertinentes.

2. Medida cautelar: Prohibición al padre de acercarse a 100 mts a la víctima por 180 días.

Comentario: *No fundamenta*, incumple el artículo 65 y 66 de la LTF, numeral 4, esto es, por *no analizar* la prueba rendida, hechos que estime probados, ni expresa el razonamiento que condujo a la conclusión. Más bien se limita a un check list de normas, incumplimiento de deberes judiciales en la función de protección judicial a los derechos de los NNA. ¿cuál fue la conclusión arribada por la magistrada respecto del Informe DAM? No hubo, “solo lo tuvo a la vista”, mas, no explica cómo se hace cargo del contenido del informe en su labor interpretativa, a mayor abundamiento, pudo haberlo tenido a la vista sin haberle dado valoración alguna, sin embargo, al carecer de fundamentación lo desconocemos. Por otra, difícilmente pudo haber resuelto que hubo vulneración, si no consta en el proceso la afectividad de la violación o abuso, no existió pericia a la fecha de la dictación, y el padre lo desconoce. Por tanto, la hipótesis es otra, la amenaza de vulneración, pero no vulneración. En el sentido expuesto, la medida correcta es sólo la cautelar, y no la proteccional por falta de fundamento.

### **3. - Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2006): Caso Valdivia Orellana.**

RIT P- 873-2006,

Materia: Proteccional por abandono, cuidado negligente y riesgo material y moral.

NNA 1: E.V.O (niña, 7). Situación de discapacidad auditiva. (autorizante, hoy 20 años).

NNA 2: P.V.O (niño, 10)

NNA 3: J.V.O (niña,12)

Iniciativa: Oficina de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia, OPD Valparaíso

Pretensión: requerimiento medida de protección y medida cautelar: internación de los NNA por situación de negligencia y riesgo, en los términos que más se conformen al interés superior de éstos. Fundamento de derecho: Ley de menores, LTF, CDN y demás pertinentes. (noviembre 2006)

Contraprestación: de la madre no hay (no es habida, por tanto, no comparece durante todo el proceso). Padre sólo comparece después de 15 meses del requerimiento, no asiste a la mayoría de las audiencias. Padre se allana a las medidas, indicando que los visitará cuando pueda.

Hechos: padres de los menores se separan de hecho, abandonando la madre el hogar común y desconociéndose su paradero. (Previamente, madre accede a alcohol y drogas). Padre por dicho abandono cae en depresión, extensa carga laboral, no ha sido capaz de asumir el cuidado de los niños, se encuentran inescolares y permanecen solos en su hogar la mayor parte del día. Padre se siente sobrepasado en el cuidado y crianza de los menores, no existe familia extendida que desee colaborar en ello, abuela materna que habita en el terreno niega ayuda (finalmente fallece durante el trascurso del juicio de cáncer hepático). Padre indica que los niños no van al colegio porque “los molestan”. Precarias condiciones habitacionales, de material ligero emplazado en toma, agua potable por aljibes, descarga de aguas servidas a la quebrada, energía eléctrica compartida, vías de acceso sin pavimento, “mascotas perros famélicos” que duermen bajo la mediagua junto a acumulación de ropa y basura. Sin atención médica desde el año 2000, sin calendario de vacunación. La menor es Evelyn, la informante, quien presenta discapacidad auditiva. Por tanto, dinámica familiar disfuncional asociado a episodios conflictivos, principales dificultades ligadas a factores socioeconómicas vulnerable. Conforme Informe DAM se vulneraría Art 3, 5, 18, 27 y 28 CDN.

Fallo Medida Cautelar: ACCEDE.

Teniendo presente la opinión de la Consejera Técnica y el mérito de los antecedentes vertidos en esta audiencia y considerando que los niños, de acuerdo a estos antecedentes se encuentran en una situación de riesgo junto a su progenitor y de conforme los artículo 68 y 71 letra C de la Ley 19.968, se dispone en primer término, orden de búsqueda y de retiro de los niños del hogar o lugar donde se encuentren y su ingreso a los determinados hogares mencionados en la causa.

Hecho relevante: tras 7 meses de haber accedido a la medida cautelar, aún no son internados. Se reitera la solicitud por parte de la parte requirente (OPD). Se acoge, nueva audiencia. Se resuelve idéntica resolución, sin perjuicio de suspender por falta de estampe de notificación a los padres. Nueva audiencia que se realiza, 1ª audiencia preparatoria (febrero de 2098). 15 meses después del requerimiento de protección.

Fallo medida de protección: SE ACOGE (20/98/2008).

Noveno. Que, conforme al mérito de la prueba rendida, apreciada conforme a las reglas de la sana crítica, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 32 de la Ley N ° 19.968, se decretó la medida cautelar prevista en el artículo 71 letra c) de la citada Ley, ingresando los niños a los Hogares de Protección en los que hasta el presente se encuentran.

“Atendida la misma prueba se acreditan los hechos” (que he descrito sintéticamente en los hechos de esta síntesis del caso), que, con antecedentes que permiten concluir que los menores, han sido vulnerados en sus derechos a ser cuidados personal y responsablemente por sus progenitores, a mantener con su madre un contacto directo y regular permanente, a tener un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y el derecho a la educación, conforme lo ordenan los artículos 9, 18, 27. 1 y 2 y 28 de la CDN.

Decimo: Que, conforme a la actualización de la Calificación Diagnóstica del padre, e informes de situación actual de sus hijos, presentados por los respectivos Hogares, se concluye en el presente aquéllos permanecen vulnerados en sus derechos, como se indica en el fundamento que antecede, especialmente, considerando que su padre se encuentra incapacitado para asumir su cuidado personal, situación que deberá revertirse con una psicoterapia y apoyo laboral, de modo que en un futuro cercano aquél se encuentre en condiciones de cumplir el rol parental que le corresponde, de modo que, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 8 ° N ° 8 y 68 de la Ley N ° 19.968, la solicitud de Medida de Protección presentada por la Oficina de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia será acogida.

Undécimo: Que, el artículo 3° de la CDN, número 1.- dispone que, “ En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Este principio es acogido por la Ley N ° 19.968 en su artículo 16, al establecer que “ esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia deber tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.”

Por estas consideraciones y, teniendo además presente, lo dispuesto en los artículos 3, 12, 9, 18, 19, 21 .1, 28 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 8 ° N ° 8°, 16 , 68 y siguientes de la Ley N ° 19.968, se resuelve:

1.- Que ha lugar a la solicitud de Medida de protección presentada por la OPD de la Infancia y Adolescencia, en cuanto se mantiene la medida de internación de los menores en los hogares de menores.

2.- El padre de los niños, deberá mantener una relación directa y regular permanente con sus tres hijos, en la forma que determine cada hogar, en lo posible permaneciendo con ellos los fines de semana en su hogar y procurando el encuentro de los tres hermanos durante el ejercicio del régimen comunicacional.

3.- El padre deberá recibir terapia psicológica para recibir apoyo en cuanto a capacidades parentales que le permitan, en un futuro cercano, ejercer responsablemente el rol paterno. Y deberá realizar las gestiones necesarias para poder capacitarse laboralmente, acudiendo a la Oficina Regional de Intermediación Laboral.

#### Comentarios:

La presenta causa es una síntesis de un proceso de 10 años. Fue seleccionada, por tratarse de la causa de protección más extensa de todas las consultadas, por tratarse una de las menores en situación de discapacidad auditiva, por existir groseros lapsos de vulneración proteccional de parte del Estado con los NNA que ameritan su crítica, sin embargo, se rescata la sentencia, por hacerse cargo íntegramente del mérito del proceso, se hace cargo de todas las pruebas aportadas, por su fundamentación jurídica que incorpora reglas pertinentes así como de los principios, sin embargo, no realiza el razonamiento lógico, más bien, enumera normas y transcribe eel principio del interés superior del NNA, y por tanto, el razonamiento judicial es insuficiente, pese a constatar que a la luz de los antecedentes efectivamente la internación fue la última ratio, cumplimiento con el carácter de excepcionalidad al derecho a crecer al seno de una familia. Así mismo, llama la atención, las medidas restantes en beneficio directo del padre e indirecta para los menores, en una comuna donde a la luz de los fallos investigados no es habitual, tales como indicación de diligenciar capacitación laboral para el padre, no obstante, las medidas relacionadas

con el padre, tendientes a la efectividad eventual de re-habilitarlo en sus competencias parentales, para garantizar el derecho de estos menores a crecer en el seno de una familia fueron insuficientes, versus por ejemplo, todo el aparataje desplegado que se constata en la causa P-873-2006 del CMC de Santiago, que condujo al éxito de re-habilitar a los padres y de paso garantizar el derecho al NNA al crecer en el seno de una familia, no pude hallar mayor despliegue en ninguna causa analizada de la región de Valparaíso. Importante considerar que los menores de mayor edad, fueron oídos, sin embargo, la menor E.V.O, no pudo ejercer dicho derecho, pese a manifestarlo a su representante legal, lo que evidencia una vulneración del derecho o principio a ser oído por razones de discriminación intra sistema. Con todo, en la presente causa, constan las fugas de los menores de mayor edad de los hogares de menores, uno colaborador (privado) y el otro un centro directo de SENAME, lo que pone de manifiesto la falta de protección efectiva en los centros de internación, misma falencia detectada en la causa RIT P- 1125-016 del mismo tribunal. Por último, esta causa evidencia una falta debida en la protección jurisdiccional de los NNA, toda vez que el requerimiento se efectuó en noviembre de 2016, la medida cautelar se dictó en febrero de 2017, para ingresar a los hogares requeridos (con cupo disponible desde el requerimiento) recién transcurridos más de medio año. El proceso, se conforma y avanza más bien a petición de parte, en circunstancias que ya tomado en conocimiento el perfil de los NNA, del tipo de vulneración, y de la situación eminente riesgosa, las medidas proteccionales y sobre todo cautelares fueron anacrónicas, repercutiendo en la mantención de una falta de nutrición adecuada y asistencia sanitaria oportuna.

#### 4. Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2011): Caso Díaz v/s Contreras.

RIT P- 1125-2016,

Materia: Proteccional

NNA 1: V.C.G (niña, 9)

NNA 2: I.C.D (niño, 13)

Pretensión: requerimiento medida de protección de cuidado personal provisorio de la niña a la abuela paterna e internación residencial para el niño

Contrapretensión: padre no asiste por privación de libertad. Madre toma posición colaborativa en última audiencia.

Hechos:

- La Abuela D.D asiste a OPD por sus nietos.
- El padre privado de libertad en cárcel de Valparaíso por robo con fuerza.
- La menor fue dejada en enero en casa de la abuela paterna por la madre.
- La menor presenta inestabilidad emocional, tiende a mentir, “actúa como persona adulta, muestra su físico y se viste con faldas muy cortas”
- El menor, desescolarizado, que cuando su madre llegaba al domicilio alcoholizada, el menor la cuidaba. El menor de 13 actualmente vive solo, en una pieza cedida “hace tiempo anda de lugar en lugar, lo cuidan otras personas” “hace una semana estuvo enfermo y solo”.
- Que los menores vieron a sus padres ebrios y en contexto de VIF. Nadie de la familia materna quiere hacerse cargo.
- La madre indica que su hijo vive al cuidado de una tercera persona hace un mes por problemas económicos de la madre. Que por acuerdo la madre paterna cuidaría a la menor por el año escolar, y que al parecer no deseaba continuar con la niña. Que su intención es recuperarlos cuando encuentre trabajo. Manifiesta requerir atención psicológica para ella y sus hijos “por todo lo que han pasado”.
- La menor manifiesta que en 1° básico presentaba inasistencias porque su mamá se quedaba dormida, “yo la despertaba y no se quería levantar”. Que donde vive la tratan

bien, me compran coas, me mandan al colegio y cuando estoy enferma me cuidan”. En relación a sus papás manifiesta que cuando salían con el papá le gustaba, pero que ahora la trata mal, me retaba y pegaba con l anos a mi y a mi hermano le pegó con la escoba “me dice que me tendré que ir con ella porque tendrá trabajo... yo no quiero ir a vivir con ella, sino con mi abuelita y a mi papá lo visito los viernes (a la cárcel)”.

- El menor es cuidado por R.A en calidad de “adulto responsable informal”, esta refiere que como administradora de una pensión facilitó una pieza para la madre y el menor, ella se fue, el menor quedó solo, ella se hizo cargo dentro de lo que puede, pero no puede asumir la responsabilidad, sin perjuicio de eso, lo escolarizó. Que la madre es alcohólica, y que el menor se relaciona con gente con consumo de drogas y delincuencia. Matías ha manifestado agresividad por temor de informar en el colegio que no vive con su mamá.

Derecho: Solo OPD: artículos 3, 18, 28 CDN, Artículo 5 inciso, y 19 n°1 CPR. Ley de menores 16.618, artículo 68 y siguiente de LTF y demás pertinentes. (opd)

Fallo: Ha lugar a las medida de protección a los niños por encontrarse gravemente vulnerado sus derechos, concernientes a la exposición a peligros morales y materiales graves, especialmente los del artículo 18 CDN. La medida de protección por 1 año, y la menor internación en centro residencial Hogar Arturo Prat.

Fundamentación: en mérito de los antecedentes, lo expuesto por las parte en audiencia, oídos curador ad litem, artículo 5 inciso 2 CPR, 3.1 y 18 CDN, 8, 16, 68 y siguientes, en especial artículo 75 LTF, y 30 Ley 19.618.

Comentario:

1.- No fundamenta, incumple el artículo 65 y 66 de la LTF, numeral 3,4 y 5 , y el artículo 12 CDN. Nuevamente “conforme al mérito del proceso” eso no es fundamentar. Llama la atención en este caso que al mayor de los NNA, en audiencias no se le dio la palabra para ser oído, atendida las circunstancias del caso, desde la primera orden de internación, el menor huye, se resiente, incluso desde antes lo previó, manifestando un temor a ello, sin embargo, ya en audiencia se vulnera el artículo 12 CDN. Con todo, en el requerimiento de OPD consta mayor justificación normativa que en la misma sentencia, el juez no se hace cargo de todas las alegaciones hechas

por las partes. Nuevamente la sentencia se limita a un “check list” de normas, a mayor abundamiento sólo 2 normas en autos sobre graves y urgentes vulneraciones a los NNA. Es palmario el incumplimiento de deberes judiciales en la función de protección judicial a los derechos de los NNA. El tribunal indica “en base a los antecedentes expuestos”, dos de estos, fueron dos causas previas de protección, y consta en todo el proceso de aproximadamente 5 años, que el juez no se hizo cargo de estos antecedentes que constan en el proceso. Finalmente incumple su deber proteccional el propio juez. Finalmente la abuela de la menor, la abandonó, y por una nueva medida de protección, la tercera, fue definitivamente ingresada a un CREAD. Por su parte, el menor escapó de CREAD de Playa Ancha, posterior a su paso por el Hogar Arturo Prat, coincidentemente el año en que el Comité visitó el CREAD y estimó una grave y sistemática violación a los derechos de los NNA en dicho recinto.

## 5. Sentencia del tribunal de familia de Viña del Mar (2016): Caso FUENTES.

RIT P- 1156-2016, X- 529-2016.

Materia: Proteccional por vulneración al derecho a la indemnidad sexual. Por abuso sexual reiterado y violación infantil.

NNA 1: B.M.P. (niña 16)

Pretensión: requerimiento medida de protección y cautelar.

Contrapretensión: agresor no comparece.

Hechos: Psicóloga cumple su deber legal, informa a la madre, y en conjunto con la menor realizan denuncia penal. Se procede a tramitar medida cautelar principalmente y de protección. Desde la denuncia en policía de investigaciones, para luego asumir el patrocinio el estudio jurídico importante, quien lleva a cargo la tramitación penal y familiar. El agresor finamente es sentenciado a 15 años de reclusión. PDI envía antecedentes al Tribunal de familia, tribunal inicia el proceso de oficio, dentro del marco de una terapia psicológica, a la cual es llevada por su madre por desorientación sexual a los 11 años, luego a los 1 años sigue en terapia con iniciar cortes en sus brazos, se suspende terapia, en noviembre de 2015 muy angustiada llantos, retorno alimenticio, ya el 2016 se desmayó, y se reintegró a terapia, agregando terapia psiquiátrica diagnosticada con trastorno ansioso depresivo. devela finalmente a su psicóloga sobre los abusos sexuales y violaciones reiteradas de la pareja de su madre de larga data y lo ratifica en la denuncia ante la brigada de delitos sexuales de la PDI. narra: desde que su madre se casó con F (agresor), desde el 2010 -2011 mientras su madre dormía o no estaba en casa, le realizaba tocaciones en su vagina, para luego darle un beso en la frente e indicarle que no volvería a pasar, generalmente antes de acostarse cuando la menor se vestía con camisa de dormir. Esto sucedía en el living o en su pieza, hasta el 2013 con abusos sexuales que fueron evolucionando, con besos en la boca, y eyaculaciones fuera de ella, sin penetración. Y en el 2013, fue la primera penetración vaginal, hubo un intento de penetración anal frustrado, pero lo empujó porque le dolía mucho, sin embargo, ya de bastantes meses la obligaba a realizarle sexo oral. Violaciones una vez a la semana aproximadamente, ahora con mayor fuerza, sostenía sus brazos o le callaba la boca. Un año que no recuerda, tuvo atraso en su menstruación, el agresor le dio pastillas para que abortara. Todos los meses vivía preocupada de no quedar embarazada, aunque a veces F.F usaba condón. En el

año 2013 intentó suicidarse con cortes en las venas. Siente temor más que antes ahora con la denuncia, porque él alguna vez fue al psiquiatra y “nos va a matar” dice. Quiere que esté preso, que su mamá se divorcie luego y que lo obliguen a alejarse de ella, de su mamá y de su hermano.

Fallo:

Visto y Oídos:

Y atendido lo señalado por la parte, los antecedentes de la causa, el tiempo previsto de tramitación en la sede penal, la sugerencia de la consejera técnica y lo dispuesto en el artículo 8 N° 7 de la Ley 19.968, se determina como medida de protección para B.M.P, la siguiente:

I.- Mantener a la adolescente B.M.P al cuidado de su madre doña C.N.Q, quien deberá seguir responsabilizándose debidamente por todos sus cuidados y fundamentalmente cautelando su asistencia a las terapias a las que ya se encuentra incorporada en forma privada, con la psicóloga y psiquiatra, debiendo remitir al Tribunal informe dentro de tres meses, que dé cuenta del tratamiento de la adolescente y los avances del mismo.

II.- Se mantiene como medida cautelar de conformidad a lo prevenido por el artículo 7° de la Ley 20.066, existiendo una situación de riesgo, se decretada la medida cautelar establecida en el artículo 92 B°1 de la Ley 19.968, consistente en la PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO por F.F.A hacia V.F.M y a su grupo familiar compuesto por su madre y el menor, hijo del agresor con su madre, M.F.M , por una distancia menor a 200 METROS de su domicilio y/ o de su lugar de trabajo, de estudios, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concurra o visite habitualmente. Por 180 días o hasta que la sede penal resuelva al respecto o nuevas situaciones de riesgo grave como lo ocurrido o que afecten en mayor grado la precaria estabilidad emocional de la adolescente.

Finalmente se decreta el egreso reciente, por cumplir mayoría de edad.

Comentarios:

1.- Esta causa es escogida, por tratarse una de las vulneraciones de mayor gravedad y perjuicio hacia un menor, en el tránsito de la niñez a la adolescencia, por acaecer en un nivel socioeconómico no vulnerable.

2.-La presente causa, tuvo tramitación coetánea con la causa en el tribunal de garantía y el de juicio oral, ambos de viña del mar, que concluyó con sentencia condenatoria para el imputado por el delito de abuso sexual y violación reiterada, con una pena de 15 años de cárcel. Importante además considerar que *uno de los fundamentos del tribunal el juicio oral, fue la comprensión que el ofensor y la víctima constituían familia, en cuanto a que el vínculo afectivo, económico y relación cotidiana lo era en una relación de confianza y aparente afecto, pese a no existir vínculo biológico ni filiación entre ambos*, sin embargo, para el tribunal de familia de viña del mar no se pronunció en dicho sentido. Asume el patrocinio de ambas causas, un connotado estudio jurídico de la provincia, por otro la terapia psicológica y psiquiátrica es privada.

3.-La resolución que otorga y prorroga la medida cautelar, no se hace cargo del razonamiento judicial resuelve en el sentido de bridar protección a la menor, no existe un razonamiento judicial que concluya en un determinado sentido, en la misma línea, no cumple con los requisitos legales. Llama la atención, que ya extendiendo sentencia condenatoria firme y ejecutoriada, el tribunal de familia pese a ser requerido, no dicta resolución alguna en orden a afirmar la afectividad de haber sido vulnerada en sus derechos.

3.- Importante es destacar, que la menor vulnerada, decide no ejercer su derecho a ser oída, no obstante, para ser aprobada el no ejercicio, se debió otorgar al tribunal certificación psicológica en orden a no ser lo conveniente atendida su afectación. ¿Cabe preguntarnos, el derecho o principio (según la postura que se siga) a ser oído del NNA, es efectivamente un derecho? ¿Es posible disponer del mismo cuando la declaración de la menor sea indispensable para la acertada resolución del asunto? Concluyo que no es renunciable, por su naturaleza normativa. No obstante, de asumir que es un principio, como lo consagraría la LTF, debiese el tribunal ponderarlo con el principio del interés superior del NNA, necesariamente debe prevalecer este último, tornándose imposible la obligatoriedad de la declaración de la menor de autos.

**6.- Sentencia del Juzgado de Familia de Santiago y Preferente del Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago. (2014): caso Gómez Losada.**

RIT P- 873-2006,

Materia: Proteccional

NNA 1: A.G-L (1 mes). Menor chileno hijo de padres bolivianos migrantes.

Pretensión. Requirente madre.

Contra pretensión: conciliación.

Hecho: madre da a luz al menor el 1 de septiembre de 2014, apesadumbrada por sus malas condiciones de vida y económicas, con su pareja decidieron publicar un aviso en un foro de internet señalando la necesidad que alguna persona que se hiciera cargo de su hijo, ya que por problemas económicos no podía hacerse cargo, ni para pañales. En pocos días tomó contacto con N.L V a través del foro, luego el 14 de febrero de 2014 se reúnen en Santiago, haciéndole entrega la madre del menor de 2 semanas a N.L V y su pareja, quienes parten con rumbo desconocido, no hubo dinero transado. El 15 de setiembre madre se arrepiente, contacta a N.L.V y a su pareja para que le devuelvan al menor, la pareja se niega. Madre denuncia. Son citados a audiencia especial cautelar, asisten con el menor, al tribunal. Los requeridos una sola vez no comparecen más.

Otros antecedentes de los padres: familia bi-parental, migrantes bolivianos, madre (28, 2 hijos en Bolivia) padre (20, 1 hijo adicional en Bolivia). Se identifica familia extendida de padres sin que sepan que existe el menor. Relación de 3 años de convivencia (2 hijos en común). Ambos reportan VIF. Ninguno de los hijos bajo su cuidado personal.

Se hace parte el SENAME

Aprobándose conciliación. el menor es ingresado a CREAD. vinculación progresiva.

Este caso se tratará de forma diferente a los anteriores, y la importante de su elección radica en versar en un caso de existo jurisdiccional, en aras de brindar al NNA la debida protección del derecho a crecer en el seno de una familia, para lo cual fue indispensable paradójicamente la institucionalización temporal del NNA.

1º resolución en Audiencia preparatoria especial.

Resolución Medida cautelar en audiencia preparatoria se decreta en ingreso del NNA al CREAD CASA NACIONAL y ordena informe de calificación diagnóstica de requirentes y requeridos: atendido el mérito de los antecedentes, la opinión de la Consejera Técnica y lo dispuesto en el artículo 71 letras C) y D) de la Ley N°19.968, Informe de calificación diagnóstica debe enfatizar en sus habilidades parentales de los padres y de los requeridos N.L.V y su pareja S.A.A.

2º resolución en Audiencia Preparatoria: atendido el mérito de los antecedentes (antecedente relevante es la incomparecencia de los requeridos), la opinión de la Consejera Técnica y lo dispuesto en el artículo 71 letras C) y D) de la Ley N°19.968, se ordena como medida cautelar:

1. A contar de esta fecha y hasta la audiencia de juicio, que el niño, permanezca ingresado en el CREAD.
2. Derivación a sus padres a la clínica de migrantes de una universidad.

3º Audiencia de Juicio. CONCILIACION. Los padres, desde la denuncia hasta esta resolución, han asumido los hechos constitutivos de vulneración, sin embargo, manifiestan estar arrepentidos y colaboran plenamente en la causa.

Resolución: Las partes llegan a la siguiente solución colaborativa en virtud del artículo 75 de la ley 19.968.-

- 1.- Se mantiene el niño, en Cread hasta que los padres terminen las evaluaciones, en el inter tanto la institución deberá visualizar y dará autorización para que los padres puedan retirar al niño de la residencia durante unos días, esto posterior al 20 de diciembre que comiencen su intervención.
- 2.-A contar del día 20 de diciembre del presente, los padres realizarán un proceso de acercamiento familiar hacia el lactante.

Este proceso de acercamiento hacia el lactante, trajo aparejado los resultados en escalada positiva, confirmado en los Informes de Cread de SENAME.

Informes.

a) 20 de octubre de 2014.

- Existencia de un estado de vulneración: Si, toda vez que ha sido su familia nuclear representada por sus padres, quien entrega de modo directo al menor a manos de terceras personas desconocidas.

- Condiciones de vulnerabilidad socioeconómica: Si, ambos sin trabajo estable para su mantención, arriendan una pieza que no otorga óptimas condiciones para el NNA.

- Rol significativo de la madre. *ha mostrado un real y genuino compromiso con el niño, visitándolo regularmente, denotando la existencia de apego. Madre se comunica telefónicamente con dupla psicosocial para saber de su hijo. Madre desea reparar la situación, mostrándose dispuesta a realizar todas las gestiones y evaluaciones necesarias para asumir el cuidado del hijo, una vez que se estabilice del punto económico y habitacional.*

- *Rol del padre: lo visita, asiste cuando se le solicita, su preocupación en cuanto al rol con el menor es encontrar trabajo.*

- Situación del menor: Ha presentado problemas de salud tales como neumonía, otitis entre otras, duerme la mayor parte del día y cuando está despierto está irritable. No obstante, la medida de protección ha permitido que el niño cuente con las atenciones de salud, nutricionales, pedagógicas y psicosociales.

- Sugerencia SENAME: mantener la medida de protección., mientras continua la evaluación d competencias parentales.

b) 20 de febrero de 2015. Evaluación psicológica y habilidades parentales.

Padre:

-Del punto intelectual cognitivo: capacidad intelectual normal lento. Personalidad limítrofe con rasgos infantiles y características egocéntricas, impidiendo asumir responsabilidades como la función paterna entre otras áreas. - Del punto emocional con el hijo: manifiesta interés con empatía disminuida. En cuanto al Vínculo con el menor: asiste a todas las visitas, es afectuoso y contenedor con el niño, muestra interés. Por tanto, podría mejorar sus habilidades parentales.

La madre: Rendimiento cognitivo básico algo disminuidas en especial la reflexión. Personalidad neurótica con rasgos infantiles, de carácter afable y temperamento tranquilo. Emocionalmente empática en cuanto a la emoción y necesidad del otro. Posee recursos internos importantes, que favorecen su parentalidad. En cuanto al Vínculo actualmente empatiza con su hijo, en tanto necesidades y emociones y en cuando al daño psicológico por la exposición a la institucionalización. Persona afectuosa, contenedora, muestra arrepentimiento. Frente al estrés presenta trastornos adaptativos ansiosos depresivos, dificultándole adaptare a las situaciones. La madre, ha aprendido a apoyarse y buscar ayuda. Podrá ejercer en algún momento una adecuada parentalidad con el niño.

c) 21 de marzo de 20107.

La madre: a través del proceso de intervención existió un fortalecimiento de los recursos marentales de la progenitora, en cuanto a la empatía respecto de las necesidades del menor y en la habilidad de protección. Actualmente, luego este proceso de intervención se constituye como una figura protectora capaz de cubrir de manera favorable las necesidades tanto físicas como emocionales del menor. Se encuentra trabajando establemente como asesora del hogar.

El padre: se visualiza un cambio en su responsabilidad siendo más participativo en el proceso educativo y desarrollo del niño. Ha fortalecido el vínculo padre- hijo. Se encuentra trabajando como carnicero.

El menor: sano e integrados a las redes, con participación positiva de los padres en el establecimiento educacional del menor.

Sugerencia SENAME: Es posible referir que la asistencia, participación y compromiso por los padres de los progenitores en el PPF ha sido favorable para el cumplimiento de las metas propuestas. Por tanto, se sugiere: el egreso del menor a su grupo familiar del PPF por cumplimiento de los objetivos planeados a fin de cambiar la situación que idió origen a la situación proteccional.

#### 4° Resolución final:

A sus antecedentes oficio remitido por el PPF, atendido lo informado y el mérito de autos, sé se dispone: Habiéndose dado cumplimiento a los objetivos del plan propuesto, egrésese al NNA junto a su grupo familiar de la presente institución con esta fecha.

Comentario: Esta causa, evidencia la perfección en cuanto a cómo las resoluciones de los tribunales de familia, pueden garantizar el derecho del NNA a crecer en el seno de una familia, la pertinencia en decisión y en tiempos, inspirados siempre en que el principio del interés superior de ese NNA, y la oportuna ejecución de dichas resoluciones a través de un trabajo multidisciplinario y especializado, que no sólo abarca al NNA individualmente considerado, sino que engloba a su familia, hace posible la debida protección estatal en su conjunto de este derecho. Sin perjuicio, que debe hacerse las siguientes consideraciones: 1.- Las resoluciones de la presente causa, no establece realmente un verdadero razonamiento judicial en cuanto a requisitos formales de una resolución de este tipo. 2.- No obstante, nos ilustra en los hechos la aplicación transversal tanto de principios propiamente tales, como es el interés superior del NNA, nos informa en algunas resoluciones, si bien escasas, reglas pertinentes, aplica derechos humanos, en tanto, no sólo se encarga de un NNA vulnerado, sino que migrantes ilegales, en condiciones de extrema pobreza y vulnerabilidad, sin mayor formación, sin redes de apoyo, no obstante, brinda las oportunidades para establecer o restablecer el ejercicio de sus derechos fundamentales, y reconoce el valor de la familia, como un valor superior de carácter supranacional, por sobre las diferencias de nacionalidades, raza, origen social y condición, entregando las oportunidades de re-habilitación de habilidades parentales, en personas que no las tuvieron de modo óptimo. 3.- Estos casos de éxitos, sin embargo, son más bien aislados, la regla general confirmada por el Comité en casos de similitud a la causa P- 1125- 2016.

## 7. Sentencia del juzgado de letras de Villarrica (2003): Caso López v/s Atala “Caso Atala”

Materia: Cuidado personal

Menores: M (8) V (4) y R (3). L.A

Pretensión: padre demanda cuidado personal de las menores en contra de la madre.

Hechos: contrajo matrimonio con la demandada, nacieron 3 hijas. Que a raíz de la conducta poco maternal y cariñosa, falta de paciencia y mal humor, capacidad de infligir castigos físicos a los hijos, a la separación de hecho fundamentalmente por el reconocimiento expreso de la demandada de su opción sexual de lesbiana y que las hijas tanto, por la separación de hecho y la consecuencial ausencia del padre en el hogar, han sido espectadoras directas de la nueva imagen asumida por la demandante, quien ejerciendo un rol marital, trajo a convivir a su pareja mujer, asumiendo esta última un rol maternal de las menores. Que las niñas se hallan en conflicto, competitividad y agresividad con figuras masculinas, entre ellas el padre. M.L (8) evade conversaciones que involucre conductas de la madre, las otras se han masturbado (4) y (3). En el aspecto interno y psicológico ameritan un llamado de alerta por “el concepto distorsionado de familia” por el “ambiente familiar”. Y que la madre se mantiene incólume frente a esta situación.

Derecho:

- CPR art 1 inciso 2. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y es estado DEBE darle protección.
- CDN art 12. Derecho a ser oídas.
- CDN. Art 3. Estados partes consideración primordial el interés superior del niño.
- CCC. 225, 226, en relación al 26 Ley de menores, numeral 7, Inhabilidad moral de la madre. cualquiera otra causa que coloque al menor en peligro moral y/o material.

Contrapetensión. Se rechace.

Hechos: mismo matrimonio e hijas. Relata historia marital fracasada, entre ellos por distanciamiento progresivo del denunciante y daño psicológico a ella y las niñas a raíz del

abandono. Como último intento se someten a terapia familiar con psiquiatra instando a una relación de amistad y colaboración profesional fraternal, mas no de matrimonio, dado que un aspecto de la identidad de la madre era su condición de lesbiana reprimida desde la niñez y la necesidad de asumirlo. Ella queda con cuidado personal, el padre visitas. Madre recibe asesoría psicológica para un tránsito no perjudicial para las niñas de su identidad a asumir. Basada en su derecho a ser feliz y a realizarse en todas las esferas de la vida, inicia una relación con una mujer, a posteriori, la pareja, se traslada al hogar y se incorpora “al núcleo familiar”. Declara la demandada cumplir todos sus derechos y deberes maternos. La nueva convivencia jamás evidenció a las niñas manifestaciones lésbicas. Las hijas la incorporan como un referente mas de la familia. Que el padre es violento, canalizando su agresividad a través de las artes marciales, ser padre de fin de semana, por lo que no conoce el cotidiano de las niñas. Que no resulta desviado lo que el padre llamó “masturbación” de dos de las niñas, sino que responde a un proceso normal de exploración corporal natural.

Derecho:

- 1.- Ni la CPR ni los Tratados internacionales de DD.HH reducen el concepto de familia a la unión entre un hombre y una mujer. Por tanto, el argumento es discriminatorio.
- 2.- Califica en abstracto y negativamente per se, de la identidad sexual de lesbiana subsumiéndola en la hipótesis del “estado de peligro moral y material” y que al vincular el 225 del CCC y 42 de la ley de menores, resulta falaz.
- 3.- No existe norma del derecho de familia que establezca como causal de inhabilidad la identidad sexual de los padres. Por tanto, carece de fundamento.

Fallo: “Que, analizada en conciencia la prueba rendida en estos autos, este tribunal ha llegado a la convicción que no existe ninguna causa legal que inhabilite a doña Jacqueline Karen Atala Riffo para tener el cuidado personal de sus hijas menores, razón por la cual la demanda será rechazada”.

Considerandos relevantes:

- 1.- En cuanto a la inhabilidad moral y física de la madre: *la orientación sexual no es un impedimento para desarrollar la maternidad*. La homosexualidad no es una conducta patológica. No presenta

patología psiquiátrica ni contraindicación psicológica para ejercer el rol de madre. No existe ninguna inhabilidad legal, ni peligro moral para las niñas.

2.- En cuanto a la convivencia con otra mujer y las niñas: las niñas perciben desacuerdos entre padre y madre. *Manifiestan confusión de percepción de roles, sin embargo, no se señala ni se prueba que sean consecuencia de la convivencia.* Basta prueba bibliográfica sesgada por estereotipos, no objetivos ni jurídicos. Informes de Universidad de Chile y Universidad católica de Chile son concluyentes que la identidad sexual de los padres no tiene impacto directo en la de los hijos.

3.- Quedan probadas las manifestaciones objetivas de preocupación constante de la madre por la hijas en cuanto a su *salud y educación*, en consecuencia queda por establecido que la demandada *ha velado por la crianza, cuidado personal y educación de sus hijas.*

4.- Interés superior del niño: Es necesario precisar que este interés superior del niño no es un derecho por si solo y que tampoco se trata de una norma para aplicar en forma directa, sino que, más bien, *es un PRINCIPIO que orienta, conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad respecto de los niños y que se debe manifestarse en todos los ámbitos.*

- Que en materia jurisdiccional es un *PRINCIPIO ESPECIAL que sirve para lograr una interpretación armónica que tenga como fin la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables.*

- El principio del interés superior del niño *cobra aplicación específicamente* frente a colisión de derechos cuyo ejercicio simultaneo resulta incompatible.

- Concepto de *familia*: nuestra legislación no proporciona un concepto de familia y la constitución tampoco, sólo se limita a señalar que es un núcleo fundamental de la sociedad,

Comentarios:

1.- Se advierte que esta causa se substanció con antelación a la promulgación la Ley de tribunales de familia, por tanto, no es relevante en este caso el procedimiento sino la fundamentación jurídica y en particular la amplitud conceptual del término “familia”.

2.- El artículo 255 del en los términos de la causa, también ha sido modificado, en rigor se elimina la casusa de maltrato, descuido u otra causa calificada, y se sustituye por la circunstancias lo

requieran el interés superior del hijo lo haga conveniente, lo que implica la eliminación de la inhabilidad de uno de los padres, que fue uno de los argumentos del demandante.

3.- Se valora el considerando en cuanto a que en la labor interpretativa del juez toma una posición, a partir del del concepto de “familia” del punto jurídico, en efecto, *no existe concepto de familia*. Por otro, percibo el desdén intelectual de la pretensión de definición de la CPR, la Constitución “sólo se limita a señalar...” que es el núcleo fundamental de la sociedad, restándole valor a la definición constitucional (aunque en estricto rigor en un valor). Con todo, opino que lo anterior no obsta a la posibilidad de haber fundado una la argumentación en favor de la demandada, precisamente en él, en efecto ¿por qué una familia homosexual no puede el núcleo fundamental de la sociedad?, sin embargo, el trasfondo de la argumentación es positivo, interpreta a fin de cuentas que es un grupo humano que brinda protección y cuidado.

4.- Se valora la dedicación en cuanto al interés superior del niño, en efecto asume que es un principio, y “especial” a la jurisdicción de familia en cuanto insumo para lograr una interpretación válida en aras de la tutela judicial efectiva.

5.- Con respecto al interés superior del niño, discrepo, indica que sólo cobraría aplicación frente a colisión de normas, lo que estimo que es incorrecto. Porque si aceptamos que es un principio, y siguiendo la teoría de Dworkin, los principios no sólo sirven frente al conflicto de derechos o normativo, sino incluso en ausencia de normas, por otro lo reduce a un medio y no un fin en sí mismo. Pese a previamente a afirmar que *el interés superior no es un derecho ni una norma, en sí mismos, sino que es un principio, que conduce, determina, fundamenta y limita la actuación de la sociedad respecto de los niños y que se debe manifestar en todos los ámbitos*. Con ello, la interpretación fue errónea al excluir el principio, trajo como colación que derechamente por reducir la utilidad del principio solo al conflicto de normas o derechos, reitero se prescindió de este y advierto que por ello, no se dio la correcta y adecuada protección a las menores. Consta en el proceso y lo afirma la magistrada las menores efectivamente presentan conductas psicológicas alteradas, *omitiendo protección judicial al respecto*, reduciendo la sentencia sólo al pronunciamiento de la pretensión y contrapretensión como interpretación de normas como reglas, en términos de uno o lo otro. Si bien se hace cargo de normas, valores, derechos humanos indirectamente, no satisface la garantía proteccional estatal conforme al principio “interés superior del niño”. Tampoco se pronuncia derechamente al derecho a a tener una familia, sino más bien solo al concepto antes aludido, si lo hubiera.

Durante la sentencia discurre más bien sobre los derechos y deberes de los padres en cuanto reglas, y no en el derecho de las menores, no hubiera por tanto contradictorio haber asumido que las menores precisamente por el derecho a una familia consecuentemente tenían derecho a que esta familia extendida u otro modelos no tradicional, hubiera sido garantía para el ejercicio de sus derechos por el ser medio familiar eficaz, sin considerar la calidad de este en cuanto a la identidad de quienes lo conforman. Por tanto, asume incorrectamente el rol del principio del interés del niño y no lo considera, debiendo considerarlo. Si bien, se comprende la mayor rigidez de la valoración por la época previa a la entrada en vigencia de la Ley TF, no es menos cierto que la CDN data de 28 años, que es una obligación del poder judicial y por tanto, su inobservancia por exclusión interpretativa es injustificable a pretexto de tratarse de normas, bajo la estructura de los estándares de Dworkin, el resultado necesariamente sería diverso.

## Capítulo IV. Conclusión

1.- Concepto de familia aplicado a los NNA. Es un grupo humano constituido de 2 o más personas, cuya función primordial y responsabilidad es el amparo de los NNA, que constituye el medio idóneo para su crecimiento en condiciones de amor, felicidad, comprensión y bienestar permiten el desarrollo pleno y armonioso de los mismos, cualquiera sea el origen fundante de dicho vínculo, en aras de forjarlo para que en una vida adulta alcance la independencia imbuida de valores y virtudes.

2.- Derecho a crecer en el seno de una familia: Derecho del cual todo NNA es titular, a crecer en un medio estimado idóneo en el evento de cumplirse las condiciones de amor, felicidad, comprensión y bienestar, por otra, que permita su desarrollo pleno y armónico, y por último, compuesto al menos de 2 personas o más, incluido el NNA. Este derecho se conculca, de fallar cualquiera de dichas condiciones, debiendo el Estado velar por el restablecimiento de este derecho, sea en mismo seno, adoptando todas las medidas necesarias, o bien en un nueva seno.

3.- “¿Satisface los estándares del “derecho a la familia de los niños” la jurisprudencia de familia nacional?” a raíz de falencias intrínsecas a la labor judicial, a saber: falta de un razonamiento judicial elaborado y sujeto a derecho, así las cosas no basta con narrar los hechos, enumerar una que otra regla, mencionar que “conforme al mérito del proceso” y que en base al interés superior del NNA se concluye X, ello sólo describe aisladamente elementos necesarios para una fundamentación, que sin embargo, no son suficientes si no entrelazan, se sigue un hijo argumentativo y se concluye en base a las premisas previas. Que, no obstante, es perfectible y podría responder en garantía de dicho de dicho derecho, a través de la aplicación transversal de todos los estándares pertinentes, única vía de garantizarlo, toda vez que una resolución judicial en este sentido integrativa sólo tiene una única solución en justicia.

4.- Efectos de la aplicación correcta de los estándares en la interpretación y aplicación de la justicia de familia en Chile: a.- eliminación de institucionalizaciones que no sean de última ratio, garantizando el derecho en comento al resolver el reconocimiento de otros miembros de la familia sea ésta de cualquier tipo, siempre que cumpla con las condiciones idóneas descritas en el concepto previamente indicado. b.- tránsito temporal necesario y suficiente, para restablecer este derecho, evitando el letargo en las revisiones de medidas cautelares. c.- con ello liberación de cupos para garantizar situación de extrema vulneración de derechos. d- mayor eficacia en la

labor de protección judicial. e.- adecuación a fenómenos sociales que inciden en este derecho, tales como, familias con integrantes en situación migratoria, discapacidad, culturas. f.- reinterpretación del interés superior del niño de la mano con un mayor desarrollo del medio familiar, en este sentido, resolver medidas para sus miembros con el fin de habilitar habilidades parentales y reeducar en cuanto al rol de la familia, sin perjuicio que esto último debe ir integrado con una fuerte red multidisciplinaria financiada por el poder ejecutivo, esto último, a mi juicio es el mayor obstáculo en el pleno ejercicios de los NNA de este derecho.

## **Bibliografía**

1. Sentencia Corte Suprema, Santiago (2017) Recurso de protección en Caso SENAME
2. Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2016): Caso Gálvez/Curti.
3. Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2006): Caso Valdivia Orellana.
4. Sentencia del tribunal de familia de Valparaíso (2011): Caso Díaz/Contreras
5. Sentencia del tribunal de familia de Viña del Mar (2016): Caso Fuentes.
6. Sentencia del Juzgado de Familia de Santiago y Preferente del Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago. (2014): Caso Gómez Losada
7. Sentencia del juzgado de letras de Villarrica (2003): Caso López v/s Atála.
8. Comité de los derechos del Niño (2018): Informe de investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 1 del Protocolo facultativo da la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.
9. Squella Agustín, Villavicencio Luis y Fajuri Alejandra (2011) Curso de filosofía del derecho. Editorial jurídica de Chile. Chile.
10. Convención sobre los derechos del niño (1990) en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15824> Fecha consulta: 3 de noviembre de 2018.