

LA INTERNACIÓN PROTECCIONAL DE NIÑOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

INSTITUTIONAL CARE OF CHILDREN IN THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

FRANCISCO ESTRADA VÁSQUEZ*

RESUMEN

Este trabajo revisa la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y la internación con fines proteccionales. Se examina la forma en que las principales normas del derecho internacional de los derechos humanos configuran la internación con fines proteccionales, empleando una noción amplia de derecho internacional y se revisan algunos de sus principales componentes: tratados, *soft law* y el Comité de Derechos del Niño. Dentro de los tratados, se estudian la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sus protocolos facultativos, la Convención contra la Tortura y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Respecto de este corpus normativo examinaremos los núcleos temáticos y procuraremos elucidar algunas consecuencias para el ordenamiento interno.

Palabras clave: Derechos del niño, protección del niño, internación, cuidado alternativo, derecho internacional de los derechos humanos, derecho chileno.

*Abogado, Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho de infancia, adolescencia y familia, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correo electrónico: festrada@uahurtado.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0487-3178>.

Artículo recibido el 28 de agosto de 2020, y aprobado para su publicación el 28 de junio de 2022.

ABSTRACT

This paper reviews the relationship between international human rights law and internation for protection purposes. The way in which the main norms of international human rights law configure institutional care with protective fines is examined, using a broad notion of international law, and some of its main components are reviewed: treaties, soft law and the Committee on the Rights of the Child. Among the treaties, the International Convention on the Rights of the Child, its Optional Protocols, the Convention against torture and the Convention for the elimination of all forms of discrimination against women (CEDAW) are studied. Regarding this examined corpus, we will examine the thematic nuclei and we will try to elucidate some consequences for the internal order.

Keywords: Children rights, child protection, institutional care, alternative care, International Human Rights Law, Chilean law.

I. INTRODUCCIÓN

*“Los niños no son las personas del mañana, sino las personas de hoy.
Tienen derecho a ser tomados en serio”*
Janusz KORCZAK¹

A 30 años de la aprobación de la *Convención Internacional de los Derechos del Niño*, la idea de los niños como portadores de derechos aún resulta novedosa. Y que los niños internados tengan derechos es un terreno que carece de construcciones dogmáticas sustantivas o procesales. Los propósitos tuitivos parecen desplegar un tupido velo que se tiende benevolentemente sobre un espacio particularmente complejo por las restricciones de derechos fundamentales que involucra.

La extensión del fenómeno de la internación es inmensa. Un reciente estudio mundial sobre niños privados de libertad, estima en 5,4 millones los niños internados en instituciones.² En Chile, la internación es una medida de protección

¹ JOSEPH, Sandra (ed.); KORCZAK, Janusz, *A Voice for the Child: The Inspirational Words of Janusz Korczak*. Thorsons, Londres, 1998.

² NOWAK, Manfred, *The Global Study of Children Deprived of Liberty, Report of the Independent Expert leading the United Nations global study on children deprived of liberty*, Secretary-General of United Nations, Ginebra, 2019, p. 499. Disponible al 23/3/2020 en <https://omnibook.com/Global-Study-2019>.

de carácter cautelar o definitivo,³ siempre modificable,⁴ por la que se separa a un niño o niña de su familia, de sus padres o adultos responsables de su cuidado –con lo que se pone en suspenso el cuidado personal que detentaban uno o ambos padres o adultos responsables⁵– para dejarlo al cuidado del Estado, directamente o a través de organismos colaboradores.⁶

Pese a las sucesivas y recientes crisis del sistema residencial,⁷ y a la

³ Regulada en el art. 71 de la Ley N° 19.968 de 2004, en el caso de la internación como medida cautelar, y en el artículo 30 de la Ley N° 16.618 de 1967, tratándose de la internación como medida de protección definitiva. El procedimiento para su aplicación está contemplado en los artículos 68 a 80 bis de la Ley N° 19.968. Sobre el procedimiento, vid. ESTRADA, FRANCISCO, “Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas”, *Revista Estudios de la Justicia*, 2018, N° 28, pp. 1-50. En: <https://bit.ly/3oB9CEu>. La Ley N° 21.302 en su artículo 24 introduce un nuevo estatuto que encuadra esta medida (V. ESTRADA, FRANCISCO, “Internar para proteger: Modalidades, presupuestos, mecanismos de control y otras regulaciones”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2021, N° 35, pp. 1-36. En: <https://bit.ly/3OGpLIE>).

⁴ Arts. 76, 77 y 80 de la Ley N° 19.968.

⁵ Art. 57 de la Ley N° 16.618.

⁶ Los que a su vez pueden ser de dos clases: acreditados, si participan en licitaciones, son subvencionados y supervisados por el Servicio Nacional de Menores (SENAME). O coadyuvantes, si no reciben subvención, ni supervisión desde SENAME. Según el último informe de visitas a residencias del Poder Judicial existen en el país, a septiembre de 2019: 15 centros de administración directa de SENAME, 203 residencias de organismos colaboradores acreditados y 36 residencias de organismos coadyuvantes (DEPARTAMENTO DE DESARROLLO INSTITUCIONAL, *Informe nacional de visitas a hogares y residencias de protección de red SENAME y privados*, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Santiago, 2016, p. 32. en: <https://bit.ly/2xnmoya>, disponible al 23/3/2020). La reciente Ley N° 21.302 termina con las instituciones coadyuvantes y les exige a todas acreditarse durante el primer año de vigencia de la ley: Ley N° 21.302, Crea el Servicio Nacional de Protección especializada a la niñez y la adolescencia, 2021.

⁷ FARIAS, Ana María, “Uso del internado en el sistema de protección simple en Chile”, en: Ferrari, Mario; Couso, Jaime; Cillero, Miguel; Cantwell, Nigel (Coords), *Internación de Niños: ¿El Comienzo del Fin? Crisis de los Internados y Transformación de las Políticas de Infancia en España, Italia y el Cono Sur*; Innocenti Digesti UNICEF, Florencia, 2002, en: <https://bit.ly/2W818F0>, disponible al 23/3/2020; JELDRES, Mónica; BASCUÑÁN, Carolina, *Boletín N° 2. El sistema residencial en Chile. Análisis de caso: Aldeas Infantiles SOS. Proyecto de Levantamiento y unificación de información de niños en sistemas residenciales*, UNICEF y Poder Judicial de Chile, Santiago, 2012. Disponible al 23/3/2020 en: <https://bit.ly/2VKwVwG>; ESTRADA, FRANCISCO, “La ilusión de la protección”, *Revista de Familias y Terapias*, 2015, N° 39, pp. 21-39. En: <https://bit.ly/2J7wHr1>; COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA, “Informe comisión especial investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la cámara de diputados, por la aprobación del informe de la comisión investigadora del SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental”, Cámara de Diputados, Valparaíso, 2017, en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmtipo=siAL&prmid=35387>; HENOCH, Paulina; HONORATO, Blanquita; BEJIDE, Miguel (eds.), *La infancia vulnerada*, Eds. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2018; COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, Comité de Derechos del Niño, Ginebra, 2018. En: <https://bit.ly/3ackeBf>, disponible el 23/3/2020.

abundante evidencia sobre los efectos iatrogénicos de la niñez institucionalizada,⁸ el examen del marco normativo del fenómeno no ha llamado la atención de la doctrina o la jurisprudencia. Para comprobar ello basta revisar los índices de las revistas especializadas y las bases de datos jurisprudenciales del país. Se añade a esto que en la frondosa legislación en discusión en el Congreso -en el marco de la reforma del sistema de atención a la infancia- no se observan disposiciones que vayan a modificar directamente el actual marco jurídico, como si la crisis del sistema residencial no poseyera una dimensión estrictamente jurídica que debiese ser enfrentada con las herramientas del derecho. Construir, así, el marco normativo de la internación es un esfuerzo que exige una serie de investigaciones, de las que estas páginas son sólo una parte.

El marco normativo de la internación con fines proteccionales posee al menos tres niveles claramente identificables: el primero, el relativo al derecho internacional de los derechos humanos de la niñez; el segundo, el nivel legal, donde una legislación fragmentada establece las reglas de procedimiento y las normas sustantivas; y un tercer nivel, infra legal: un elemento muy significativo en el funcionamiento operativo del sistema residencial conformado por la profusa normativa interna de SENAME, las Orientaciones Técnicas, los protocolos, las circulares, los convenios de funcionamiento y las regulaciones internas de las instituciones privadas.⁹ En el presente trabajo sólo abordaré el primero de estos niveles.¹⁰

Para decirlo en las contundentes palabras del profesor LIEFAARD, “[l]a privación de libertad es una limitación del derecho fundamental de un niño a la libertad de la persona, como lo reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Muchos se encuentran en prisión preventiva o condenados a cárcel, otros se encuentran en instituciones (cerradas) porque se considera que necesitan

⁸ Los estudios más recientes, a nivel mundial, son: DESMOND, Chris; WATT, Kathryn; SAHA, Anamika; HUANG, Jialin; LU, Chunling, “Prevalence and number of children living in institutional care: global, regional, and country estimates”, *The Lancet Child & Adolescent Health*, 2020, Vol. 4, N° 5, pp. 370-377. En: [https://doi.org/10.1016/S2352-4642\(20\)30022-5](https://doi.org/10.1016/S2352-4642(20)30022-5); NOWAK, *The Global Study...* cit. (n. 2); BERENS, Anne E.; NELSON, Charles A., “The science of early adversity: is there a role for large institutions in the care of vulnerable children?”, *Lancet*, 2015, N° 386, pp. 388–398. En: <https://bit.ly/3Cg59Mb>; JOZEFIAK Thomas; SØNNICHSEN, Nanna, “Self- and proxy reports of quality of life among adolescents living in residential youth care compared to adolescents in the general population and mental health services”, *Health Qual Life Outcomes*, 2015, N° 13, pp. 1-12. En: <https://bit.ly/3xU2xDt>.

⁹ Es necesario anotar la carencia de reglamento en el área proteccional que regule el sistema residencial.

¹⁰ Este artículo es parte de un conjunto de trabajos sobre las medidas de protección y la internación proteccional. Ya se han publicado: ESTRADA “Análisis del itinerario procesal...”, cit. (n. 3); y ESTRADA, “Internar para proteger...”, cit. (n. 3), pp. 1-36.

cuidados alternativos o sufren problemas de salud mental.”¹¹

En las líneas que siguen, entonces, examinaré la forma en que las principales normas del derecho internacional de los derechos humanos configuran la internación con fines proteccionales. Para ello utilizaré una noción amplia de derecho internacional, revisaremos algunos de sus principales componentes: tratados, *soft law* y el Comité de Derechos del Niño. Dentro de los tratados y sólo por los límites de extensión de este artículo, me concentraré en la Convención de derechos del niño, sus tres protocolos facultativos, la Convención contra la tortura y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Respecto de este corpus normativo examinaremos los núcleos temáticos y procuraremos elucidar, entonces, las principales consecuencias que surgen para el ordenamiento interno. En esta tarea se empleará el método histórico lógico, que nos permite observar la evolución normativa, el método analítico que posibilita la desagregación de elementos normativos para poder hacer foco en la institución de la internación y el método sistemático, que ofrece la comprensión interrelacionada de diversos instrumentos, reglas y principios.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ

En la tarde del 15 de junio de 1990, en la zona conocida como “Las Casetas”, en la ciudad de Guatemala, una camioneta donde iban policías de civil armados, se acercó a un grupo de niños y jóvenes de la calle, los secuestró, torturó y asesinó. Días después hicieron lo mismo con otro joven del mismo grupo. Luego de la indolencia del gobierno, el caso llegó al sistema interamericano donde el 19 de noviembre de 1999 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) dictó su sentencia, la primera referida a niños, condenando al Estado de Guatemala.¹²

Como el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece de una forma muy amplia que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y no se define ni indican criterios para determinar quién es niño y qué son esas medidas de protección que constituyen deberes estatales, la Corte IDH configuró un marco normativo que le permitiera acometer el trabajo

¹¹ LIEFAARD, Ton, *Deprivation of liberty of children in light of international human rights law and standards*, Human Rights Research Series (Vol. 28), Intersentia, Cambridge, 2008, p. 1.

¹² Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

de llenar de contenido la calidad de niño y los consiguientes deberes estatales de protección. Entonces, la sentencia declaró: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”¹³

Es decir, para construir el marco normativo del caso la Corte IDH recurrió a un concepto amplio de derecho internacional de los derechos humanos. En un trabajo similar a éste, DUCE¹⁴ desarrolla la misma metodología en el campo de la justicia juvenil. También BELOFF entiende de la misma forma la comprensión del marco normativo de la niñez.¹⁵ Por eso creemos necesario emplear la misma aproximación al construir el marco normativo de la internación proteccional. En consecuencia, el análisis de este corpus normativo nos ubica ante el universo del derecho internacional de los derechos humanos con diversos componentes, algunos de los cuales pasamos a revisar.

2.1. *Tratados*

Este *corpus juris*, para el tema del presente estudio, está compuesto, en primer lugar, por los tratados específicos sobre niñez, y en específico, por la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (en adelante, la Convención o CDN)¹⁶ y sus Tres Protocolos Facultativos (en adelante, PF). En cuanto tratados que contienen derechos humanos universales es posible considerar, de manera principal,

¹³ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle”*, cit. (n. 12), párr. 194. En el mismo sentido: Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, Sentencia de 8 de julio de 2004, párrs. 166 y 167; Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 165; Corte IDH, *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 137; Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 142.

¹⁴ DUCE, Mauricio, “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, *Ius et praxis*, 2009, Vol. 15, N° 1, pp. 73-120, en: <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122009000100004>. DUCE anota que la misma noción amplia la emplean MEDINA, Cecilia, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en: MEDINA, C. (comp.), *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 6 a 8; y refiriéndose de manera específica a los instrumentos internacionales en materia juvenil, BELOFF, Mary, “Los Nuevos Sistemas de Justicia Juvenil en América Latina (1999-2006)”, *Justicia y Derechos del Niño*, 2006, N° 8, pp. 12-13. En: <https://bit.ly/35SPEOd>.

¹⁵ BELOFF, Mary, “Protección especial y justicia penal juvenil en el sistema interamericano”, en: CEVASCO, Luis J.; LANDER, Adriana; BELOFF, Mary; TIFFER, Carlos; CARRANZA, Elías; GONZÁLEZ F., Gustavo, *Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil*, Ed. JusBaires, Buenos Aires, 2017, pp. 19-49.

¹⁶ Convención Internacional sobre los Derechos del niño, 1989.

aunque no exclusiva, a la Convención contra la Tortura (CAT, en adelante),¹⁷ y la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, en adelante).¹⁸

Recordemos que se entiende por tratado “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”¹⁹ Los tratados de derechos humanos, en las palabras de la Corte Suprema, “se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona”.²⁰

2.1.1. *Convención Internacional sobre Derechos del Niño*

En la génesis de la Convención la internación desempeña un rol relevante aunque apenas se la nombre. Adam LOPATKA -ex canciller de Polonia y luego Presidente Informante del Grupo de Trabajo redactor de la CDN- cuenta el rol inspirador del Dr. Janusz KORCZAK en la propuesta que envió Polonia (el llamado borrador polaco) al Secretario General de Naciones Unidas y que dio inicio al proceso de discusión. Como es sabido, el Dr. KORCZAK fue un distinguido médico, educador, fundador y director de emblemáticos centros residenciales -entre los que destaca el Orfanato Korczak en Cracovia- donde plasmó una nueva visión sobre la infancia.²¹ Así, “cuando el gobierno polaco presentó el primer proyecto de convención sobre los derechos del niño en 1978, deseaba popularizar el concepto de infancia del Dr. KORCZAK en todo el mundo.”²²

No es propósito de este artículo un análisis de las normas generales de la Convención pero parece necesario recordar que de este tratado, el más universalmente ratificado en el derecho internacional de los derechos humanos, surgen para los Estados obligaciones de respetar, asegurar, promover y garantizar el pleno goce y ejercicio de derechos por niños y niñas, las que se imponen no solo en relación con el poder del Estado, sino también frente a actuaciones de terceros

¹⁷ Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984.

¹⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, 1979.

¹⁹ BUSTOS, Crisólogo, “Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2002, N° 7, p. 36.

²⁰ Corte Suprema, 10 de mayo de 2007, Rol N° 3452-2006 (Caso sobre secuestro calificado de Troncoso Muñoz, R. y otros), considerando 65°.

²¹ Sobre Korczak, vid. EICHSTELLER, G., “Janusz Korczak: His Legacy and its Relevance for Children’s Rights Today”, en *The International Journal of Children’s Rights*, 2009, Vol. 17, N° 3, pp. 377–391.

²² LOPATKA, Adam, “Introduction”, en: OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I, United Nations, Ginebra, 2007, p. xxxviii.

particulares. GARCÍA MÉNDEZ propone como síntesis de la Convención su propuesta de tránsito del enfoque del menor como objeto de la compasión-represión al paradigma del niño como sujeto de derechos.²³ Es oportuno relevar que es a partir de la Convención y desde el *soft law* sobre infancia que emerge en América Latina la doctrina de la protección integral que viene a superar la doctrina de la situación irregular, que justamente se caracterizó, entre otros rasgos, por el uso intensivo y extensivo de la internación.²⁴

En cuanto al examen específico del contenido del CDN en que se regulan cuestiones vinculadas con la internación examinaremos cinco acápites: (a) el art. 20, (b) el derecho a la convivencia familiar, (c) el conocido art. 3º,²⁵ (d) el derecho a ser oído (art. 12) y (e) el art. 37.

a.) Artículo 20

El artículo 20 regula de manera específica la internación proteccional y en este esfuerzo presenta una originalidad en el desarrollo de la protección de la infancia. Si se traza el antecedente histórico normativo más directo en la Declaración de Ginebra de 1924,²⁶ surgida a partir de la masiva orfandad y el daño a las infancias, producida por la Primera Guerra Mundial, se observa que la preocupación no lograba construir derechos ni construir la internación como algo de interés jurídico. Esto

²³ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos”, en GARCÍA MÉNDEZ, E., *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Bogotá, 1994.

²⁴ BELOFF, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del niño* 1999, N° 1, pp. 9-21.

²⁵ Recordemos que CILLERO justificadamente concibe como principios estructurantes de la Convención a: igualdad y no discriminación (artículo 2), interés superior (artículo 3.1), autonomía y participación (artículos 5 y 12) y protección efectiva (artículos 3.2, 4 y 27 relativos a la protección, la efectividad y el derecho al nivel de vida, respectivamente). CILLERO, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño”, en: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (coords.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis - Ediciones Depalma, Buenos Aires - Bogotá, 1999, 2ª ed., Tomo I.

²⁶ ALSTON, Phillip; TOBIN, John, *Laying the Foundations for Children's Rights*, UNICEF, Innocenti Research Centre, Florencia, 2005, disponible en: http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ii_layingthefoundations.pdf; RAVETLLAT, Isaac, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015; CILLERO, Miguel, “La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, en: MARTÍNEZ, Clara (coord.). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 86, en: <https://bit.ly/3sGyNqE>. Cillero anota como primer cuerpo normativo que construye derechos de niños al «The Massachusetts Body of Liberties de 1641», que establece expresamente una sección sobre «*liberties of children*» (arts. 81-84).

cambia con el artículo 20.²⁷ Como apuntan CANTWELL y HOLZSCHEITER: “El artículo 20 cubre un campo no muy abordado en el derecho internacional de los derechos humanos, y la interpretación de sus disposiciones y obligaciones se encuentra, por consiguiente, en una etapa relativamente temprana. Sin embargo, en comparación con muchos otros temas cubiertos por la Convención sobre los Derechos del Niño, la preocupación por la situación de los niños sin cuidado parental tiene una historia relativamente larga en el derecho internacional.”²⁸

Es muy interesante el desarrollo de este precepto desde el art. VI del borrador polaco²⁹ a la formulación actual, pues da cuenta de la preocupación de los redactores del grupo de Trabajo por las condiciones en que se desarrolla la vida de los niños en este tipo de instituciones.³⁰

El artículo 20³¹ consagra, como primera cuestión, un deber de protección especial de los Estados respecto de los niños separados de su ambiente familiar. De ahí se desprenden deberes de garantes para las autoridades y funcionarios estatales, pero también se concluye que los deberes de educación, alimentación, salud, no discriminación, pasan a ser responsabilidad del Estado. El artículo utiliza una técnica muy precisa al establecer derechos en manos de los niños: derechos “a la protección y asistencia especiales del Estado”³² lo que coloca estos deberes del lugar del Estado configurando un lugar prioritario o de preferencia del interés

²⁷ Cambio radical que tiene su antecedente inmediato en la *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

²⁸ CANTWELL, Nigel; HOLZSCHEITER, Anna, “Article 20: Children deprived of their family environment”, en: ALEN, A. (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2008, pp. 1-2 (Traducción del autor, como ocurre con todas las traducciones de textos en inglés en este trabajo). Debe sopesarse que el prof. Cantwell participó en el Grupo de Trabajo redactor como vocero y coordinador del Grupo de ONGs internacionales.

²⁹ “El niño, para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, crecerá bajo el cuidado y la responsabilidad de sus padres y, en cualquier caso, en una atmósfera de afecto y de seguridad moral y material; un hijo de tiernos años no podrá, salvo en circunstancias excepcionales, ser separado de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán el deber de prestar especial atención a los niños sin familia y a aquellos que no cuentan con los medios de apoyo adecuados.

Es deseable el pago de asistencia estatal y de otro tipo para el mantenimiento de hijos de familias numerosas.” OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCR), *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I, United Nations, Ginebra, 2007, p. 522.

³⁰ P. ej., fue en 1982, que, a proposición del representante de India, se adoptó la fórmula de enunciar las distintas alternativas de modalidades de cuidado. OHCR, cit. (n. 29), p. 530.

³¹ “1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”

³² Art. 20 inc. 1°.

del niño “privado de su medio familiar” por sobre otros intereses lo que genera consecuencias en el campo de las políticas públicas, pero también respecto de las actuaciones de la administración y también en el campo de la adjudicación jurisdiccional de decisiones en casos que involucren derechos contrapuestos.

Como segunda cuestión, le exige a los Estados implementar “otros tipos de cuidado para esos niños.” Y para ejemplificar las opciones de cuidado alternativo el numeral 3 del artículo enuncia algunas, sin carácter taxativo.³³ CANTWELL y HOLZSCHEITER plantean que es posible colegir una jerarquía en los recursos a emplear enunciados en el artículo 20, “el Estado debe buscar primero la colocación en la familia más amplia del niño, como se define en el artículo 5, antes de buscar alternativas”.³⁴ Esta opinión está respaldada por el texto de la Declaración de 1986³⁵ que especifica que “el cuidado de los familiares de los padres del niño” es, implícitamente, la primera opción a considerar cuando “el cuidado de los propios padres del niño no está disponible o es inapropiado”.³⁶ LIEFAARD enfatiza el deber de los Estados de contar con opciones disponibles para el cuidado.³⁷

En tercer lugar, el art. 20, inciso tercero, estatuye las modalidades donde puede colocarse al niño, y menciona, con carácter genérico, a las “instituciones adecuadas de protección de menores”. El adjetivo “adecuadas” resulta fundamental pues, como indican CANTWELL y HOLZSCHEITER “se insertó la palabra ‘adecuado’ para calificar ‘institución’”³⁸, y entonces, sobre esa exigencia cualitativa, es posible construir estándares que definan la adecuación o idoneidad de las instituciones de acogida.

Un último asunto a examinar se encuentra en la frase final,³⁹ donde el obligado no es ya el Estado -en sentido amplio- sino que el deber que se configura alcanza al tomador de decisiones, en el caso de Chile, el tribunal. En efecto, se señalan diversos asuntos a los que se debe considerar al resolver la permanencia en

³³ “la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.”

³⁴ CANTWELL y HOLZSCHEITER, cit. (n. 28), p. 37.

³⁵ Es necesario recordar que en paralelo con el proceso de redacción de la Convención, la ONU adoptó en 1986 una *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional* (cit., n. 24), en la que los Estados miembros expresaron su preocupación por el “gran número de niños”, abandonados o huérfanos debido a la violencia, los disturbios internos, los conflictos armados, los desastres naturales, las crisis económicas o los problemas sociales.

³⁶ CANTWELL y HOLZSCHEITER, cit. (n. 28), pp. 36-37.

³⁷ LIEFAARD, cit. (n. 11), p. 114.

³⁸ CANTWELL y HOLZSCHEITER, cit. (n. 28), p. 53.

³⁹ “Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”

una institución. CANTWELL y HOLZSCHEITER sostienen que sobre la base de estos dos últimos aspectos es posible construir dos niveles de examen de idoneidad: uno, de carácter macro o general y otro micro, enfocado en el niño en concreto.⁴⁰

b.) Derecho a la convivencia familiar

La Convención construye en diversos artículos –9, 5, 11, 16, 18, 20, 21– un explícito entendimiento de la convivencia familiar como un derecho del niño y concibe a la separación del niño de sus padres, o adultos responsables, como una medida excepcional y de último recurso, fundada sólo en el interés superior del niño.⁴¹ La separación de sus padres es sin duda alguna una medida extrema –algunos ordenamientos la consideran además una afectación a los derechos fundamentales de los padres– sólo posible de dictaminar una vez que se han desplegado una serie de esfuerzos estatales por apoyar a la familia en sus funciones de crianza (conforme establece con claridad el art. 19.2⁴²) y en caso que el niño se encuentra en grave riesgo o se haya producido un daño a su integridad física o psíquica. Nada menos que esto autoriza una decisión de este tipo.

La Convención establece una serie de derechos en derredor de este derecho: el derecho a mantener un contacto o relación directa y regular con aquellos padres que no viven con el niño (art. 9.3 y 10.2); el derecho a que se facilite la reunificación familiar entre el niño y aquellos padres que no se encuentran en el mismo territorio nacional (art. 10); el derecho a la asistencia necesaria por parte del Estado para que la familia pueda cumplir sus fines (art. 19); el derecho a facilidades de tránsito para reunirse con su familia;

Concuerdo con ESPEJO cuando estima que “[e]stos derechos especiales de los niños son esenciales para verificar el respeto que el Estado debe dar a la protección del derecho a la vida familiar, aún cuando se argumente la intervención pública en aras de prevenir o detener la violación de un derecho del niño.”⁴³

⁴⁰ CANTWELL y HOLZSCHEITER, cit. (n. 28), p. 56. En ESTRADA, “Internar para proteger...”, cit. (n. 3) se revisan estos dos exámenes de idoneidad.

⁴¹ CILLERO marca el punto que este es uno de esos pocos casos (junto con el art. 21 en la CDN) en que el interés superior, a diferencia del art. 3º, es el único criterio legítimo para fundar una decisión. CILLERO, cit. (n. 26), p. 111.

⁴² El deber estatal de apoyo a las familias también se encuentra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 10 expresa “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.”

⁴³ ESPEJO, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en: AA.VV., *I Jornadas de Derecho Familiar*. Legal Publishing, Santiago, 2016, p. 207.

c.) Interés superior del niño (art. 3°)

El interés superior del niño (en adelante, ISN) debe ser leído –según la propuesta clásica de CILLERO⁴⁴- como un principio garantista que funciona “como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.” El art. 3° exige considerar específicamente el interés superior del niño y darle mayor peso a este interés que a otras consideraciones. Acierta COUSO cuando sostiene que para este proceso de definición del ISN “será determinante la propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos”⁴⁵ y justamente en los casos difíciles - y la internación suele ser uno de este tipo de casos - es fundamental entregar un papel muy relevante al niño que será afectado, “cuya opinión acerca de cuál es el riesgo que le resulta más insoportable y cuál está más dispuesto a tolerar no puede ser el último criterio a considerar.”⁴⁶ Esta fecunda idea está en sintonía con la propuesta de EEKELAAR de un proceso de autodeterminación dinámico del ISN, donde el niño participa activamente en la construcción de la pregunta y de la respuesta, y que es dinámico porque “el curso óptimo para un niño no siempre se puede trazar en el momento de la decisión, y es posible que deba revisarse a medida que el niño crece.”⁴⁷

Una segunda consecuencia es la exigencia de fundamentación de toda decisión de internación. Es preciso que la decisión de internación, que invoca el argumento ISN, encuentre soporte en los presupuestos fácticos y normativos del caso en cuestión adecuadamente enlazados. Para ello, como ha recomendado el Comité, puede ser de utilidad recurrir, en el proceso de determinación del ISN, a protocolos, lista de criterios, u otras herramientas que aseguren que todos los factores sean debidamente apreciados. El actual art. 7 de la Ley N° 21.430 ofrece un listado de criterios en esta línea.⁴⁸

En este ejercicio de ponderación, es oportuno recordar la advertencia de FREEMAN⁴⁹ sobre el eventual conflicto que puede producirse entre el derecho a la

⁴⁴ CILLERO, cit. (n. 26).

⁴⁵ COUSO, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista Derechos del niño*, 2005, N°s 3 y 4, pp. 145-166, en: <https://bit.ly/361pcha>, disponible al 23/3/2020.

⁴⁶ COUSO, cit. (n. 45), p. 150.

⁴⁷ EEKELAAR, John, “The interests of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism”, *International Journal of Law and the Family*, 1994, N° 8, p. 48, en: <https://bit.ly/3MmU14O>.

⁴⁸ Ley N° 21.430, Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, 2022.

⁴⁹ FREEMAN, Michael, “Article 3. The Best Interests of the Child”, en: Alen, A.; Vande Lanotte, J.;

convivencia familiar y el deber estatal de protección del interés superior del niño si los padres lo maltratan, p. ej., y plantea lo que denomina un ejercicio de equilibrio y la prioridad del deber estatal de protección

Finalmente, el inciso 3° del art. 3° establece una específica exigencia a los Estados respecto de varios aspectos que desarrollan los centros e instituciones donde se interna a los niños. El énfasis en la “idoneidad del personal” es particularmente significativo. De los trabajos preparatorios se desprende claramente que esto se explicita para incluir la capacitación adecuada y la calificación de los funcionarios y el personal de las instituciones de cuidado de la niñez.⁵⁰ ARCHARD, por su parte, anota que el lenguaje del ISN es maximizante.⁵¹ De ahí que el artículo 3° constituya una sólida base sobre la que exigir a los Estados la efectiva protección durante la internación de modo que la decisión de internación no sea dañosa del desarrollo holístico que la Convención resguarda. RAVETLLAT enlaza este principio con “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad.”⁵² Como ya veremos, el Comité de Derechos del Niño ha contribuido significativamente a precisar los contornos de este principio en su Observación General N° 14.

d.) Derecho a ser oído

El derecho a ser oído, a participar en todas las decisiones que le afecten exige una mirada sistemática de la Convención, dado el carácter interrelacionado de las disposiciones de este tratado. Así, debe ser leído en consonancia con los artículos 3 (interés superior), 4 (efectivización de la protección), 5 (autonomía progresiva), 13 (libertad de expresión), 14 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y 15 (libertad de asociación).

En lo tocante a la internación, este derecho plantea exigencias respecto del procedimiento de internación (judicial o administrativo) y respecto del cumplimiento de la medida de internación, y en esta segunda situación en dos dimensiones: tanto sobre el cumplimiento mismo de los fines de la internación como sobre las condiciones de vida en la institución.

En el primer sentido, es decir, durante el procedimiento en que se decidirá

Verhellen, E.; Ang, F.; Berghmans, E.; Verheyde, V. (Eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

⁵⁰ OHCHR, cit. (n. 29), pp. 343-345. Así lo plantearon directamente la International Labour Organization (ILO) en 1988 y un conjunto de ONG’s latinoamericanas en 1988-1989.

⁵¹ ARCHARD, David, *Children: rights and childhood*, Routledge, Londres - Nueva York, 2004, 2° ed, p. 62.

⁵² RAVETLLAT, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, 2012, Vol. 30, N° 2, p. 96.

su internación, el art. 12 constituye una exigencia para el tomador de decisiones. Y deben existir consecuencias para su omisión o infracción. Al mismo tiempo, el respeto a este central derecho exige que el niño tenga la oportunidad de ser escuchado antes de que se dicte la decisión de internación. Por supuesto, cabe llamar la atención hacia las modalidades que el artículo considera para el ejercicio del derecho, el que puede ser realizado directamente (por el niño), o por medio de su representante, con lo que nos pone directamente ante el derecho a contar con un representante en este especial momento. Conforme plantea COUSO, este artículo demanda la participación efectiva del niño “en la construcción del caso, desde sus inicios hasta la sentencia.”⁵³

Un ejemplo normativo que aplica este derecho en el momento de búsqueda de un lugar donde ubicar a un niño (que puede derivar en internación) lo ofrece el artículo 22(5) de la *Children Act* inglesa.⁵⁴

e.) Artículo 37

Aunque los derechos y principios contenidos en este artículo se suelen identificar con la justicia juvenil –junto al artículo 40– hay quienes sostienen una mirada más amplia de esta regulación. Así LIEFAARD sostiene que, “basándose en la historia de la redacción, el artículo 37 (b) de la CDN se aplica, en general, a todas las formas de privación de libertad, aunque los requisitos de último recurso y de período de tiempo más corto que proceda apropiado están –deliberadamente– limitados al contexto de la justicia juvenil”⁵⁵ y cita en apoyo de esta tesis que la frase final del 37 b) se encuentra ya en las reglas 13, 17 y 19 de las Reglas de Beijing, donde tiene una amplitud evidentemente mayor.

Es sabido que este fue uno de los artículos donde, pese a numerosos esfuerzos, no fue posible alcanzar consenso y la representante de EE.UU. y el de

⁵³ COUSO, cit. (n. 45), p. 156.

⁵⁴ Art. 2 de la *Children Act*, Ley del menor (Reino Unido), 1989: “Al tomar tal decisión, una autoridad local tendrá debidamente en cuenta

(a) teniendo en cuenta su edad y comprensión, los deseos y sentimientos del niño que han podido determinar;

(b) los deseos y sentimientos de cualquier persona mencionada en el inciso (4) (b) a (d) que hayan podido determinar; y

(c) a la creencia religiosa del niño, su origen racial y sus antecedentes culturales y lingüísticos.”

Traducción del autor. Disponible en: <https://bit.ly/3Otut6x>.

⁵⁵ LIEFAARD, cit. (n. 11), p. 85. En contra de esta perspectiva, MANCO quien ofrecer un argumento de su versión de la historia de la redacción de la Convención. MANCO, Eva, “Detention of the Child in the Light of International Law- A Commentary on article 37 of the United Nation Convention on the Rights of the Child”, *Amsterdam Law Forum*, 2015, Vol 7, N° 1, pp. 55-75. En: <https://bit.ly/3xRokf4>.

Reino Unido anunciaron que formularían reservas.⁵⁶ Aun así, es digno de notar que, aunque se eliminó la referencia explícita a institucionalización –“ningún niño será innecesariamente institucionalizado”– que se propuso en algún momento,⁵⁷ quedó el uso de la amplia expresión “privación de libertad”, en vez de los términos más acotados que varios países –la URSS entre ellos⁵⁸– insistían en emplear y que habrían aminorado el impacto de la Convención.

En esto el grupo que propuso el término tuvo en vista que ya se había planteado en 1982, desde el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, la necesidad de un entendimiento amplio respecto de la noción de privación de libertad. En efecto, la Observación General N° 8 indicó: “El artículo 9, que trata del derecho a la libertad y a la seguridad personales, ha sido interpretado con frecuencia de forma bastante estricta en los informes de los Estados Partes, que por lo tanto han aportado una información incompleta. El Comité señala que el párrafo 1 es aplicable a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la inmigración, etc.”⁵⁹

SCHABAS y SAX lúcidamente observan que, pese a todos los vaivenes, el texto final del art. 37 “enfatisa también la tendencia hacia la emancipación de las normas de privación de libertad del contexto más estricto del derecho penal a un alcance más amplio de aplicabilidad.”⁶⁰ En sintonía con esta perspectiva, VAN BUEREN previene que “aún no ha llegado a la etapa en que los Estados estén preparados para aceptar una prohibición absoluta del encarcelamiento de niños. Sin embargo, existe una tendencia perceptible que se mueve en esta dirección”.⁶¹

Es relevante remarcar que la discusión sobre privación de libertad no puede quedar confinada al campo del derecho penal, como apunta TOBIN,⁶² citando al COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, tanto en su mencionada Observación N° 8, como

⁵⁶ OHCHR, cit. (n. 29), Vol. II, p. 750.

⁵⁷ La propuesta fue del Grupo de trabajo informal a quien se le encargó una propuesta. OHCHR, cit. (n. 29), Vol. II, p. 748.

⁵⁸ SCHABAS, William; SAX, Helmut, “Article 37, Prohibition of torture, death penalty, life imprisonment and deprivation of liberty”, en: ALEN, A. et al. (eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 54.

⁵⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación general N° 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)”, 1982, CCPR/GEC/6628, N° 1. En: <https://bit.ly/3KhBB3r>.

⁶⁰ SCHABAS y SAX, cit. (n. 58), p. 55.

⁶¹ VAN BUEREN, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1998, p. 206.

⁶² TOBIN, John W., “Time to remove the shackles: The legality of restraints on children deprived of their liberty under international law”, *The International Journal of Children's Rights*, 2001, Vol. 9, N°3, p. 216.

en la más reciente Observación N° 21.

2.1.2. *Tres Protocolos Facultativos*

Respecto de los Protocolos facultativos (PF) conviene llamar la atención al hecho que fue en virtud del Tercer PF que el Comité efectuó una serie de reproches al Estado de Chile por el funcionamiento del sistema residencial⁶³ que se examinarán al revisar el trabajo general del Comité de Derechos del Niño.

2.1.3. *Convención contra la Tortura (CAT)*

Uno de los problemas jurídicos más serios en el campo de los derechos de los niños es cierta tendencia a una lectura fragmentaria del sistema internacional que encapsula a los niños en la burbuja normativa de su rango etario y los desapega de la rica y amplia normativa del mundo “adulto”. En parte por esto conviene tener presente el recordatorio que plantea CILLERO al comentar el artículo 2° de la Convención, sobre igualdad y no discriminación, en orden a que la CDN “tiene por objetivo mitigar una práctica de discriminación jurídica entre niños y adultos de larga tradición”.⁶⁴

En este sentido son elocuentes las palabras del Comité contra la Tortura en sus Observaciones Finales al Informe de Chile del año 2018⁶⁵ donde en un acápite especial titulado “Muertes de menores y denuncias de tortura, malos tratos y abuso sexual en los centros residenciales de protección de la red del Servicio Nacional de Menores” expresa:

“36. El Comité expresa su profunda preocupación ante el número de muertes de niños, niñas y adolescentes registrado en la red de centros residenciales del Servicio Nacional de Menores y sus organismos colaboradores durante el período objeto de examen. (...) el Comité lamenta no haber recibido datos desglosados por lugar de internamiento, sexo, edad y origen étnico o nacionalidad de los menores fallecidos, ni sobre las presuntas causas de estas muertes. También son motivo de seria preocupación los informes relativos a actos de tortura, malos tratos y abusos sexuales a menores internados

⁶³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Informe de la investigación...”, cit. (n. 7). Recientemente, el 13 de junio del 2022, el Comité ha emitido un nuevo dictamen condenatorio contra Chile: el N° 121/2020 sobre un caso de restitución internacional de un niño. V. <https://bit.ly/3AdjE4u>.

⁶⁴ CILLERO, cit. (n. 26), p. 103.

⁶⁵ COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile”, Comité contra la Tortura, Ginebra, 2018, CAT/C/CHL/CO/6. En: <https://bit.ly/3wOrCNh>, disponible el 23/3/2020.

por parte del personal, incluido el personal médico, de los centros, así como los altos índices de violencia entre menores internados que se registran en estas instituciones.”

Es decir, no existe ninguna duda para el Comité sobre la aplicación de la CAT a niños internos en establecimientos proteccionales. Aún más, el Comité le reprocha al Estado de Chile su incumplimiento respecto de información desglosada sobre las muertes en estos centros.

Ciertos discursos internos⁶⁶ parecen creer que sólo un establecimiento penal es privativo de libertad y, extraen como conclusión, que sólo en un centro privativo de libertad puede darse la tortura. Pero esto no es así para el órgano oficial del Tratado. Una lectura que siguiera ese silogismo desprotegería derechos fundamentales al hacerlos disponibles según la denominación de la institución donde es ubicada una persona, además de cerrar los ojos ante la amplia literatura sobre instituciones totales producida a fines del siglo pasado.⁶⁷ Si bien en su origen la CAT tuvo su foco en los presos, como anotan MEDINA y NASH, dada la dinámica evolutiva de los tratados internacionales de derechos humanos, es perfectamente posible “también protegería a las personas que están confinadas en instituciones estatales por otras razones que la detención o la prisión”.⁶⁸

Cabe en esto tener presente la recomendación del Estudio mundial sobre violencia contra niños, que asignó un capítulo especial a la violencia en centros de internación: “El mayor riesgo de violencia contra los niños y niñas que se encuentran en instituciones, aumenta la obligación del Estado de poner en marcha medidas legislativas y de otra índole para protegerles y para reducir significativamente el número de los que están institucionalizados”.⁶⁹

⁶⁶ Así, Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2018, Rol (amparo) N°1318-2018: “Que, así las cosas, lo cierto es que no se advierte de qué modo podrían los hechos que se denuncian en la presente acción cautelar haber privado, perturbado o amenazado los derecho a la libertad personal y/o a la seguridad individual del niño Dante B. A., puesto que en primer lugar, no es efectivo que “se encuentre privado de libertad”, toda vez que su internación obedece a una medida cautelar de protección por vulneración de derechos, que tiene por objeto su mejor interés.”

⁶⁷ Una institución total es un “lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente”. GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1971, 1ª ed. (1961), p. 13; también la idea está presente -aunque sin la denominación- en FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Gedisa, México, 1995.

⁶⁸ MEDINA, Cecilia; NASH, Claudio, *Manual de derecho internacional de los derechos humanos*, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2003, p. 52, en: <https://bit.ly/3Mpmk1F>.

⁶⁹ PINHEIRO, Paulo, “Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas”, Estudio del experto independiente encargado por el Secretario General de Naciones Unidas, 2006, p. 177.

Especial atención es necesario prestar al sujeto activo configurado en el art. 1° (“un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas”) pues en lo concerniente al sistema residencial chileno permite ver en esa fórmula amplia dos situaciones que comprenden tanto a los funcionarios de los centros administrados directamente por SENAME como a quienes trabajan en las residencias dirigidas por particulares, pues estos últimos prestan “funciones públicas” aunque su estatuto laboral sea el de particulares.

De lo anterior se sigue que, en el orden interno, el recientemente creado -por la Ley N° 21.154- “Mecanismo nacional de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁷⁰ posee atribuciones también respecto de los centros proteccionales. En esto el art. 2° letra d) de la ley es claro al incluir en la enumeración de posibles centros la privación de libertad “como medida de protección”. Esta comprensión se efectúa al alero del art. 4° del Protocolo facultativo - publicado en Chile por el DS N° 340, de 18 de diciembre de 2008 – que dispone “2. A los efectos del presente Protocolo, por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente”.

MURRAY, STEINERTE, EVANS y HALLO DE WOLF son muy explícitos respecto a este punto al señalar que el alcance del enunciado del art. 4° del Protocolo “incluye, por ejemplo: hogares de cuidado; hogares de acogida; y hogares para personas mayores y jóvenes; residencias de justicia juvenil, lugares donde se pueden ubicar niños con discapacidades; y otros tipos de residencias familiares”.⁷¹ En efecto, el SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA ya ha visitado centros de internación proteccional de niños según informó en su primer informe anual.⁷² HALLO DE WOLF reporta que algunos de los primeros Mecanismos Nacionales de Prevención, como el *Chancellor of Justice* de Estonia, tienen explícitas funciones de visitas a hogares y así las ha desarrollado,⁷³ lo que se ha visto reforzado desde que en 2011 según la *Chancellor of Justice Act*⁷⁴ pasó a ser el Ombudsman de los niños. Algo parecido

⁷⁰ Ley N° 21.154, designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2019.

⁷¹ MURRAY, Rachel; STEINERTE, Elina; EVANS, Malcolm; HALLO DE WOLF, Antenor, *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 76.

⁷² Se han visitado el “Shelter for children and distressed women” en Albion (Isla Mauricio) en 2007, el Vilingili children’s home en Maldivas en 2007. SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, “Primer informe anual del Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (febrero de 2007 a marzo de 2008)”, CAT/C/40/2, 14 de mayo de 2008, pp. 24-25.

⁷³ HALLO DE WOLF, Antenor, “Visits to less traditional places of detention”, *Essex Human Rights Review*, 2009, Vol. 6, N°1, en: <https://bit.ly/3k9WBOO>.

⁷⁴ *Chancellor of Justice Act* de Estonia, 1999, disponible en: <https://bit.ly/3A9gUEX>.

ocurre en Nueva Zelanda donde el Comisionado de la Niñez tiene el mandato de inspeccionar residencias para niños y jóvenes bajo el Servicio de Niños, Jóvenes y Familias.⁷⁵ HALLO DE WOLF anota algunas de las peculiaridades que involucran estas visitas no tradicionales.⁷⁶

2.1.4. *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW)*

Lo primero a señalar es que la arquitectura garantista que construye la CEDAW debe ser leída en conjunto con la Convención Belem do Pará. La CEDAW es considerada la Carta Magna de todas las mujeres.⁷⁷ Toda la Convención gira en derredor de tres principios fundamentales: igualdad, no discriminación y un marco de obligaciones estatales. La noción de discriminación se traza en el art. 1° en forma suficientemente amplia para abarcar la heterogeneidad de formas en que se produce. “Sobre estos tres principios descansa el ‘prisma’ de los derechos humanos de las mujeres, proporcionando el lente a través de la cual todos los lugares de discriminación de género deben ser interrogados y corregidos”.⁷⁸ Desde su origen la CEDAW ha enfrentado diversos problemas. MULLINS apunta varios de ellos.⁷⁹ El aporte de la CEDAW para la internación proteccional creemos que debe ser apreciado en al menos tres situaciones.

La primera, en cuanto contiene disposiciones que discuten los patrones culturales que estructuran una norma ideal se exige a las mujeres en el ejercicio de su maternidad en el específico campo de las evaluaciones que se desarrollan en los tribunales de familia. Desde la leyenda del juez rey Salomón, quienes son escrutadas en tanto criadoras, son las madres. En una reciente película, “*Historia de un matrimonio*”, la abogada de familia Nora Fanshaw lo dice con tanta elocuencia que ganó un Oscar: “la idea de un buen padre solo fue inventada hace como 30 años. Antes lo que se esperaba de los padres era que fueran silenciosos, ausentes, poco confiables y egoístas y todos podemos decir que queremos que sean diferentes, pero en algún nivel básico los aceptamos, nosotros los amamos por sus

⁷⁵ Informes del *Comisionado de la Niñez* de Nueva Zelanda, disponibles en <https://bit.ly/3A9VEPv>.

⁷⁶ HALLO DE WOLF cit. (n. 73), p. 16 y ss.

⁷⁷ FACIO, Alda, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en ÁVILA, Ramiro; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ecuador), Quito, 2009, pp. 541-558. En: <https://bit.ly/3IJFjmh>.

⁷⁸ MEHRA, Madhu; PUNJ, Amita, *CEDAW: Restoring rights to women*, Partners for Law in Development (PLD), UNIFEM, Nueva Delhi, 2004, p. 23, en: <https://bit.ly/3Fb3kkV>.

⁷⁹ MULLINS, Lauren Bock, “CEDAW: The Challenges of Enshrining Women’s Equality in International Law”, *Public Integrity*, 2017, 0, pp. 1-16. En: <https://bit.ly/3xRmQ4E>. Numerosas reservas, dificultades de implementación, relativismo cultural, configuración del primer período del Comité, falta de ratificación, entre las principales.

imperfecciones. Pero la gente no acepta absolutamente esas mismas fallas en las madres”.⁸⁰

Sobre esa distinción, la “buena madre” y el “padre suficiente”, pueden justificarse procesos de separación del niño y su posterior internación y adopción. El COMITÉ DE LA CEDAW ha sostenido que: “Las mujeres (...) hacen frente a muchas dificultades para obtener acceso a la justicia como resultado de la discriminación directa e indirecta”.⁸¹ Las descalificaciones que históricamente se han formulado a las madres, nunca a los padres, están en la base de cada decisión de internación.⁸² Frente a estas prácticas, los artículos 2° letras c, e, f, 5 y 16 permiten, primero, construir como discriminaciones normas y prácticas que evalúan a las madres y, luego, exigir que las prácticas, instrumentos y sentencias de evaluación se sometan a los requerimientos de igualdad que formula la CEDAW. En enfrentar la discriminación, la CEDAW está en línea con la CDN que, al regular el derecho a la privacidad en el art. 16, lo hace de una manera que la versión en español no alcanza a dar cuenta, pues la versión en inglés es la siguiente: “No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with *his* or *her* privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on *his* or *her* honour and reputation.” [el destacado es nuestro]⁸³

PRICE COHEN llama la atención respecto a que aunque todos los tratados de derechos humanos contienen el principio de no discriminación, “sólo en la Convención sobre los Derechos del Niño ambos géneros tienen verdadera igualdad en el ejercicio de sus derechos”.⁸⁴

En una segunda situación, la CEDAW permite visibilizar a las niñas institucionalizadas, muchas veces ignoradas en sus específicas necesidades y

⁸⁰ BAUMBACH, Noah, *Marriage story*, libreto, 2019, p. 130, documento en línea: <https://bit.ly/3MnYOIG>, disponible al 23/3/2020.

⁸¹ COMITÉ DE LA CEDAW, “Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, Comité de la CEDAW, Ginebra, 2015, CEDAW/C/GC/33, párr. 22, en: <https://bit.ly/3uFLNuI>, disponible al 23/3/2020.

⁸² Sobre este tipo de dificultades en el marco de juicios de cuidado personal, vid. ELIZABETH, V.; GAVEY, N.; TOLMIE, J., “Between a rock and a hard place: Resident mothers and the moral dilemmas they face during custody disputes”, *Feminist Legal Studies*, 2010, 18, pp. 253–274. En: <https://bit.ly/3CcAPIH>.

⁸³ Lo mismo puede decirse sobre la prohibición de discriminación en el art. 2: “States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child’s or *his* or *her* parent’s or legal guardian’s race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status” [el destacado es nuestro].

⁸⁴ PRICE COHEN, Cynthia, “The United Nations Convention of the Rights of the Child: A feminist landmark”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, 1997, Vol. 3, N° 29, p. 47, disponible en: <https://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol3/iss1/3>. Además, informa que el cambio de los pronombres se planteó por la representante de Canadá, Coleen Swords.

construir exigencias de no discriminación que alcancen a sus cuidadoras, jueces e instituciones responsables de su cuidado tanto en la esfera de condiciones de vida, como en educación, salud, religión y otros ámbitos.

En un tercer campo, la CEDAW llama a terminar con las diversas formas de explotación sexual que sufren las mujeres y que comienzan en su niñez. Muchas veces estas situaciones están a la base de decisiones de internación, lo que constituye una doble victimización respecto de una niña que ya vivió una experiencia de maltrato sexual.

Cabe notar que pocas disposiciones consideran específicamente la categoría “niñas” lo que llevado a que la destacada profesora Mary BELOFF junto con representar “la virtual ausencia de las niñas en las normas internacionales de derechos humanos”, reclame por un Cuarto Protocolo facultativo dedicado exclusivamente a los derechos de las niñas.⁸⁵

Un tema en el que se ha requerido especial atención respecto de las niñas es respecto del acceso a la justicia, “porque tropiezan con obstáculos específicos para acceder a la justicia”.⁸⁶

Es digno de destacar que, como ocurrió con el Comité de la CAT, también el COMITÉ DE LA CEDAW, en sus Observaciones finales al informe de Chile de 2018 le formuló una singular recomendación respecto de las niñas internadas en orden a que: “Establezca un mecanismo específico para vigilar los derechos de las niñas en las instituciones públicas del Servicio Nacional de Menores y vele por que se investiguen todos los casos de violencia de género contra niñas y sus autores sean enjuiciados y adecuadamente sancionados”.⁸⁷

2.2. *Soft law*

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos excede al amplio conjunto de tratados internacionales y está compuesto también por otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, “representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas y eventualmente pueden devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional, según la Convención de Viena

⁸⁵ BELOFF, Mary, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 2017, N° 19, pp. 55-81. En: <https://bit.ly/3pEIpQL>.

⁸⁶ COMITÉ DE LA CEDAW, cit. (n. 81), párr. 24.

⁸⁷ COMITÉ DE LA CEDAW, “Observaciones finales al informe de Chile”, Comité de la CEDAW, Ginebra, 2018, CEDAW/C/CHL/CO/7, párr. 25, en: <https://bit.ly/3HNxZ7I>, disponible al 23/3/2020.

sobre Derecho de los Tratados”.⁸⁸ Para conceptualizar el *soft law* recurriremos a una destacada académica de derecho internacional, la prof. Dinah SHELTON, quien lo concibe como aquel conjunto de “afirmaciones en instrumentos políticos no vinculantes tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción” cuyo cumplimiento es esperado, pero no exigible. Estos documentos “son compromisos políticos que pueden conducir a la ley, pero no son leyes y, por lo tanto, solo dan lugar a consecuencias políticas”.⁸⁹ A pesar de su limitado efecto jurídico, los instrumentos no vinculantes tienen un papel esencial y creciente en las relaciones internacionales y en el desarrollo del derecho internacional.

En materia proteccional lo integran las *Reglas para la administración de justicia de menores* (conocidas como *Reglas de Beijing*),⁹⁰ las Reglas para la protección de menores privados de libertad (*Reglas de La Habana*),⁹¹ las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños,⁹²⁻⁹³ las *Reglas de Brasilia* sobre Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y las recientes Directrices relativas a la aplicación del Protocolo Facultativo de la *Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*.

Es posible añadir un documento de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS que en su disposición general contiene una definición amplia de privación de libertad que explícitamente cubre los centros de internación proteccional:

“Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de

⁸⁸ BELOFF, cit. (n. 15), p. 12.

⁸⁹ SHELTON, Dinah, “Soft law”, en ARMSTRONG, David (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2008, p. 68.

⁹⁰ *Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/33, de 28 de noviembre de 1985*, “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil” (conocidas como Reglas de Beijing), 1985.

⁹¹ *Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/113, de 14 de diciembre de 1990*, “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad” (conocidas como Reglas de La Habana), 1990.

⁹² *Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/142, de 24 de febrero de 2010*, “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”.

⁹³ BELOFF, cit. (n. 24), p. 16. En el mismo sentido, HERRERA, Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Justicia y derechos del niño*, 2009, Vol. 11, pp. 108 ss., en: <https://bit.ly/3LfpOU7>.

ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”.⁹⁴

Las Reglas de Beijing, de 1985, comprenden treinta orientaciones y comentarios, de carácter básico y genérico, con las que se pretende promover el bienestar de la niñez en conflicto con la justicia, mediante unas políticas sociales constructivas (PÉREZ VAQUERO⁹⁵). Se aplican, conforme el art. 3° “no sólo a infractores de ley penal sino también a los menores que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos.” En el art. 7 se regula el respeto al debido proceso, en el 8 el respeto a la intimidad y en el 16 la necesidad de investigaciones sociales completas. En los arts. 13, 17 y 19 se revisa la prisión preventiva y el confinamiento en establecimientos penitenciarios, es decir, la privación de libertad, y se le asigna el carácter de último recurso.

Por su parte, las reglas de La Habana, de 1990,⁹⁶ en su regla 11 letra b) definen privación de libertad en los mismos términos que el art. 4° del Protocolo Facultativo de la CAT (del 2002), ya examinado:

“11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:

(...) b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o

⁹⁴ “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., 2008.

⁹⁵ PÉREZ VAQUERO, Carlos, “La justicia juvenil en el Derecho Internacional”, *Derecho y Cambio Social*, 2014, año 11, N° 36, p. 5.

⁹⁶ Estas reglas encuentran su origen en un documento interno de 1981, de la sección inglesa de Amnistía Internacional. LIEFAARD, cit. (n. 11), p 90.

encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”

MAIER comenta esta regla indicando que debiera contribuir a zanjar la aplicación de los estatutos de derechos a niños internados y critica la posición de quienes diferencian medidas de penas, para desconocerles derechos a los niños.⁹⁷

Esta regla considera a la internación proteccional como privación de libertad. Esta interpretación es corroborada por uno de los redactores de la Convención Internacional de Derechos del Niño, el consultor internacional de Unicef, Nigel CANTWELL quien señala, junto a HOLZSCHEITER:

*“muchos niños en cuidado residencial están sujetos a “órdenes de internamiento” o el equivalente, y están, por lo tanto, comprendidos en las Reglas de Naciones Unidas de 1990 para la protección de los menores privados de libertad. Aunque estas Reglas fueron primordialmente desarrolladas con relación a adolescentes infractores, su alcance explícitamente incluye “el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.” Por lo tanto, las Reglas también se aplican a los privados de libertad en establecimientos de salud y de bienestar”.*⁹⁸

En el mismo sentido se pronuncia CAPPELAERE.⁹⁹ Como es observable, las Reglas de La Habana centran la definición de la institución no en la nomenclatura o en los fines declarados sino en el contenido de la actividad. Es la única manera en que la normativa de derechos humanos no quede entrampada en los ordenamientos nacionales que normalmente procurarán eludir los controles externos.

Para MANCO, esta definición amplía la noción de privación de libertad que subyace en el artículo 37 de la Convención.¹⁰⁰ Un argumento de la historia de estas reglas va en esa misma dirección. Cuenta LIEFAARD que los redactores de las reglas

⁹⁷ MAIER, Julio, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, *Justicia y derechos del niño*, 2000, N° 2, p. 15, en: <https://bit.ly/3oT8IDm>.

⁹⁸ CANTWELL y HOLZSCHEITER, cit. (n. 28), pp. 57-58.

⁹⁹ CAPPELAERE, Geert, *Children deprived of liberty: rights and realities*, UNICEF, Éditions Jeunesse et droit, Amsterdam, 2005, en: <https://bit.ly/3HVzFMJ>.

¹⁰⁰ MANCO, Eva, “The United Nation Convention on the Rights of the Child: Are children “in conflict with law” really protected? A case study of Republic of Albania’s juvenile justice system”, Tesis de Doctorado en Filosofía, The University of Sheffield, Sheffield, 2008. Recuperada el 23/3/2020 desde: <https://bit.ly/3xM0oty>.

propusieron una definición amplia “para encarar la realidad de que “en algunos países los delincuentes juveniles y los menores en situaciones de riesgo o juzgados que necesitan protección y control se encuentran en situaciones casi idénticas e incluso están confinados en las mismas instalaciones”.¹⁰¹ Exactamente la situación que por esos años ocurría en Chile.¹⁰² LIEFAARD considera que subyacen a las reglas cuatro principios: integración a la comunidad, respeto por la dignidad del menor, relevancia del contacto con la familia y derecho a un trato justo.¹⁰³

Es necesario llamar la atención sobre el valioso lugar que la jurisprudencia le ha asignado a estas reglas pese a carecer de obligatoriedad. El caso más intenso es el del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰⁴ -de redacción del ministro Sergio Muñoz- que prefirió la aplicación de las Reglas de Beijing y de La Habana por sobre el artículo 40 letra h) del Reglamento de menores en establecimientos penitenciarios que permitía la sanción de internamiento en celda solitaria, terminando con esa medida-

También las Reglas de Beijing fueron citadas por la prevención del ministro Correa, en el fallo del Tribunal Constitucional de 2007,¹⁰⁵ en fallos del 2013 y 2016 de la Corte Suprema¹⁰⁶, entre otros.¹⁰⁷

El último instrumento de *soft law* pertinente corresponde a las Directrices de NU para el cuidado alternativo del 2009. La directriz N° 3 de las *Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños* encuadra este punto:

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

¹⁰¹ LIEFAARD, cit. (n. 11), p. 95.

¹⁰² CILLERO, Miguel; BERNALES, Martín, “Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia “penal de menores” de Chile: evaluación y perspectivas”, *Revista de Derechos del Niño*, 2002, N° 1, pp. 9-40. En: <https://bit.ly/3HJuvTV>; ESTRADA, Francisco, “Tres ventanas para un cuarto oscuro. Una revisión de tres aspectos del derecho vigente en relación a ilegalismos juveniles”, Tesis de pregrado, P. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000 (no publicada).

¹⁰³ LIEFAARD, cit. (n. 11), p. 99.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de septiembre de 2002, Rol N° 53.423-2002.

¹⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 13 de junio de 2007, rol N° 786-2007.

¹⁰⁶ Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4419-2013; Corte Suprema, 3 de marzo de 2016, Rol N° 16274-2016.

¹⁰⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2010, Rol N° 728-2010.

Así, en este instrumento se insiste en el carácter de *ultima ratio* de la internación.

Cabe destacar en la Directrices dos principios que procuran limitar el recurrir a la internación. Por un lado, el principio de necesidad, que exige que la internación sólo proceda una vez que el Estado ha apoyado el rol cuidador de familias y sólo cuando dicho apoyo no ha tenido resultados (N^{os} 3, 14 y 15). Y por otro, el de idoneidad¹⁰⁸, por el cual la internación en acogimiento residencial “debería limitarse a los casos en que ese entorno fuera específicamente apropiado, necesario y constructivo para el niño interesado y redundase en favor de su interés superior.” (N^o 21) Asimismo, las Directrices contienen los principios de resguardo de la fraternidad (N^o 17) y de excepcionalidad y brevedad de la internación (N^o 14). DAVIDSON y otros (2016)¹⁰⁹ enfatizan la amplitud del principio de idoneidad entendido como el ajuste que debe hacer autoridades a las necesidades específicas de cada niño, sus circunstancias e interés superior.

LIEFAARD¹¹⁰ examina la eventual aplicación de alguna parte de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos al campo de la internación proteccional. Nos parece que lo que se podría aplicar se encuentra ya cubierto, y de mejor manera, por algunos otros instrumentos específicos.¹¹¹

2.3. Comité de Derechos del Niño

Siguiendo la experiencia de los otros tratados de derechos humanos, la CDN en sus artículos 43 a 45 regula el funcionamiento del Comité encargado de monitorear la implementación de la Convención y de recibir los informes que al respecto le hagan llegar periódicamente los Estados Partes. Lo integran 18 expertos y su trabajo se desarrolla en tres áreas:

a. El proceso de diálogo con los Estados que desemboca en la presentación del informe periódico y en las Observaciones Finales del Comité.

b. La publicación de Observaciones Generales (OG, en adelante) respecto de determinados artículos de la CDN a fin de favorecer su aplicación por los Estados miembros.

¹⁰⁸ CENTRE FOR EXCELLENCE FOR LOOKED AFTER CHILDREN IN SCOTLAND (CELCIS), Avanzando en la implementación de las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”, 2012, p. 68, en: <https://bit.ly/3wPxmao>.

¹⁰⁹ DAVIDSON, Jennifer C.; MILLIGAN, Ian; QUINN, Neil; CANTWELL, Nigel; ELSLEY, Susan, “Developing family-based care: complexities in implementing the UN Guidelines for the Alternative Care of Children”, *European Journal of Social Work*, 2016, Vol. 20, N^o 5. En: <https://bit.ly/3y2ljWN>.

¹¹⁰ LIEFAARD, cit. (n. 11), p. 77.

¹¹¹ Así ocurre con los deberes de atención en salud, de capacitación del personal y de prohibición de malos tratos, que se encuentran en la CDN, en las reglas de Beijing y en las Reglas de La Habana.

c. Los informes en virtud del procedimiento de comunicaciones establecido en el Tercer PF.

En el primer ámbito, el Comité le señaló a Chile el 2015: “54. Preocupa al Comité que el número de niños en centros de acogida de tipo residencial no familiar siga siendo muy elevado si se compara con el número de niños ubicados en otros tipos de centros de atención. Preocupan también al Comité la calidad de la atención facilitada y los presuntos casos de violencia contra niños en esos lugares.”¹¹² Y en el párrafo N° 55 le formuló una serie de recomendaciones.

En sus recientes Observaciones finales a la presentación de Chile del informe, de junio de 2022, el Comité de Derechos del Niño (2022, N° 18)¹¹³ expresó su preocupación por diversos temas sobre niñez internada: los casos de muertes y abusos de niños bajo el cuidado del Estado, mientras los niños se encuentran en centros de detención y cuidados alternativos; los altos niveles de violencia institucional contra los niños, incluso en hogares residenciales y contra los niños indígenas; el escaso número de investigaciones y ausencia de un equipo jurídico especializado para investigaciones contra funcionarios del Estado por uso desproporcionado de la fuerza y violencia sexual contra niños detenidos; y la falta de avances en verdad, justicia y reparación por parte del Estado parte para las víctimas de violencia institucional. En el párrafo siguiente el Comité expone una serie de recomendaciones.

En cuanto al segundo campo, el Comité no ha entregado comentarios específicos sobre la internación, aun cuando tanto en la OG N° 12, sobre derecho a ser oído, del 2009 (párr. N° 54 y N° 97), la OG N° 13 sobre no ser objeto de ninguna forma de violencia, del 2011 (párr. N° 32) como en la célebre OG N° 14 sobre interés superior del niño, del 2013 (párr. N° 56, N° 58 a 65) cuentan con apartados en que se aborda precisamente este campo.¹¹⁴

En lo tocante al tercer ámbito, el 1° de junio del 2018 el Comité dio a conocer su informe sobre Chile en el marco del procedimiento de comunicaciones iniciado con motivo de algunos casos en medio de la crisis del sistema residencial. El Comité le expresó al Estado de Chile: “La decisión de separar un NNA [niño, niña y adolescente] de su familia debe ser la última alternativa a considerar respecto a

¹¹² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile”, CRC/C/CHL/CO/4-5, Ginebra, 30 de octubre de 2015.

¹¹³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile”, CRC/C/CHL/CO/6-7, Ginebra, 9 de junio 2022. En: <https://bit.ly/3OHX5sD>.

¹¹⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 12. El derecho del niño a ser escuchado”, 2009. CRC/C/GC/12. En: <https://bit.ly/3F7VCbm>; COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013. CRC/C/GC/14. En: <https://bit.ly/3aNJcbg>.

la posibilidad de mantener al NNA en su medio familiar inmediato o en su familia extensa. Sin embargo:

a) Los jueces dan limitada consideración a acciones sociales con respecto a la familia para parar la situación de vulneración de derechos del NNA y evitar la separación;

b) La frecuente ausencia de motivación suficiente de las sentencias, impide conocer los elementos considerados, la ponderación entre los mismos, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para la determinación del interés superior del niño como consideración primordial de la decisión adoptada.”¹¹⁵

El Estado de Chile construyó una respuesta institucional¹¹⁶ y luego la Corte Suprema dictó instrucciones¹¹⁷ para hacer operativos los compromisos en su ámbito de competencias.

III. EPÍLOGO

De la revisión del *corpus juris* internacional emergen varias cuestiones que constituyen el encuadre de la regulación en el derecho interno de la internación:

1.- La naturaleza de la internación. Como vimos, la internación constituye privación de libertad para el derecho internacional, y, dada la incorporación en nuestro ordenamiento del Protocolo Facultativo de la CAT a través del DS N° 340, de 18 de diciembre de 2008, también del derecho interno. Esta ha sido desde siempre la opinión de nuestra doctrina especializada. Así p. ej., el profesor CILLERO, refiriéndose a la Regla 11 (b) de las Reglas de La Habana, afirmaba en 1996: “Esta definición tiene gran importancia en materia de menores para determinar la naturaleza jurídica de la internación, puesto que la mayor parte de las legislaciones nacionales contemplan medidas como el internamiento o la colocación en instituciones, que son, en la práctica, verdaderas privaciones de libertad”.¹¹⁸

A mayor abundamiento, se entregó en diciembre de 2019 el informe final

¹¹⁵ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Informe de la investigación...”, cit. (n. 7), N° 27.

¹¹⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Respuesta del Estado de Chile al Informe de la investigación relacionada en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago, 2018. Disponible al 23/3/2020 en: <https://bit.ly/2LwNEOe>.

¹¹⁷ CORTE SUPREMA, *Acta AD 1251-2018*, Santiago, 27 de marzo de 2019, disponible en línea: https://losninosprimero.gob.cl/storage/Resolucion_1251-2018.pdf, disponible al 23/3/2020.

¹¹⁸ CILLERO, Miguel, “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos”, en: MEDINA, Cecilia; MERA, Jorge (eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 6, Ediciones UDP, Santiago, 1996.

de un estudio encargado por el Secretario General de Naciones Unidas, sobre niños privados de libertad en el mundo¹¹⁹, al académico y consultor internacional Manfred NOWAK.¹²⁰ En el cuestionario¹²¹ que el profesor Nowak envió a todos los países indica que se entenderá por privación de libertad lo dispuesto en la regla 11 b de las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y del artículo 4º párrafo 2 del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura. Y añade: “Sin embargo, los centros de detención no se limitan a las prisiones e instituciones organizadas por el Estado e incluyen también las instituciones de custodia privadas, como las cárceles privadas, las instituciones de enseñanza, los hospitales psiquiátricos y las instituciones similares, siempre que dichas instituciones de custodia privadas actúen bajo contrato o licencia del Estado y/o que la privación de libertad haya sido ordenada por una autoridad estatal.”

Finalmente, conforme ha afirmado el Comité de Derechos Humanos, “El ingreso de un niño en una institución constituye una privación de libertad en el sentido del artículo 9”.¹²²

Predicar de la internación en el sistema residencial proteccional el carácter de privación de libertad no afecta ni su legalidad ni su legitimidad ni su eventual necesidad. Sólo permite configurar, conforme al derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, la naturaleza de esta decisión como una de aquellas que afecta derechos fundamentales y exige de las instituciones del Estado honrar el deber de protección especial.

2.- Los requisitos de procedencia o presupuestos. Es claro que en los diversos instrumentos, la internación es mecanismo de *ultima ratio*, y debe usarse con carácter supletorio a otros mecanismos de cuidado alternativo. Antes de eso el Estado debe haber prestado la asistencia apropiada a los padres, conforme el art. 18 de la CDN.

3.- Idoneidad de la internación. El artículo 20 en su numeral 3 impone una serie de exigencias a las instituciones de cuidado: deben ser “adecuadas”, y se indica que “Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”

Todas estas exigencias configuran lo que podemos denominar “idoneidad

¹¹⁹ NOWAK, cit. (n. 2).

¹²⁰ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, “Niños privados de libertad – Estudio Mundial de las Naciones Unidas”, Estudio de Experto independiente Nowak, Manfred (dir.), Naciones Unidas, Ginebra, 2019, disponible en: <https://bit.ly/3AdaEMz>.

¹²¹ Cuestionario disponible en: <https://bit.ly/3NrXjmG>.

¹²² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014, parr. 62.

de la respuesta proteccional”, y que permitirá analizar las decisiones judiciales de internación.

CANTWELL y HOLZSCHEITER plantean que esta evaluación puede hacerse a dos niveles: “Uno, a nivel general, involucra evaluar en qué medida la institución cumple ciertos criterios básicos. Otro, a nivel micro, es determinar cuán apropiada es la institución para responder a las necesidades específicas de los niños a su cuidado”.¹²³ La idoneidad exige considerar los fines de la decisión de internación -que acabamos de revisar- y la construcción de la vulneración en el caso en concreto a fin de evitar decisiones desmedidas e inadecuadas.

4.- Fines. Aunque no se explicita, es posible construir, desde el conjunto de normas de la Convención, los fines de la internación proteccional. En primer lugar, parece claro que el Estado tiene el deber de asegurar a todo niño el poder criarse y crecer en su familia de origen (art. 9), por lo que el primer fin del sistema residencial -y del proteccional en general, debiese el de reunificación familiar, Un segundo fin se encuentra en el deber del Estado de entregar “asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño” (art. 18.2). El espacio de internación debe cumplir con esta finalidad so riesgo de ilegitimidad. Un tercer fin, que subyace a los dos anteriores, es el de protección especial que recae sobre el Estado y que le exige adoptar todas las medidas destinadas a prevenir, proteger y reparar (art. 19) diversas situaciones de vulneración.

5.- Condiciones de funcionamiento. La primera condición que regula la CDN es el derecho del niño “que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.” (art. 9.3) Luego está el cuidado de su salud: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.” (art. 25) En tercer lugar, parece evidente que también en el espacio institucional -y quizá especialmente ahí- los niños son titulares de los derechos establecidos en el artículo 27, “a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.” Finalmente, en el art. 30 y en la Convención contra la Tortura, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se encuentran diversas disposiciones que señalan condiciones -positivas o negativas- en que debe desarrollarse la internación.

6.- Función del ISN. El interés superior el niño funciona como criterio

¹²³ CANTWELL y HOLZSCHEITER, cit. (n. 28), p. 56.

decisor para conflictos entre derechos de niños y padres en lo relativo a la crianza al tenor de lo establecido en los artículos 9.1, 9.3 y 18.1 (CILLERO¹²⁴). Asimismo, tiene como función servir de fundamento a una decisión de separación de los padres (20.1). En tercer lugar, como se ha indicado, el ISN desempeña también un rol garantista, de límite a la intervención estatal (CILLERO¹²⁵).

7.- El Derecho a ser oído. Como en toda materia que afecta a un niño, el artículo 12 remarca el derecho de todo niño a ser escuchado. Este deber parece necesario respetarlo en consideración a cada niño en lo que concierne a su caso, recordando que es un derecho, y no un deber del niño, y que el tribunal carece de discreción para negar lugar a este derecho. Pero este derecho también exige ser respetado en sentido colectivo respecto de escucharlos sobre las condiciones en que se desarrolla la internación, en especial habida cuenta los gravísimos problemas que esta situación ha vivido en Chile en los últimos años. El ejercicio de este derecho reconoce diferencias según los diversos momentos procesales: al determinar la internación; al revisar la internación; al revisar las condiciones de la internación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

ALSTON, Phillip; TOBIN, John, *Laying the Foundations for Children's Rights*, UNICEF, Innocenti Research Centre, Florencia, 2005, disponible en: http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ii_layingthefoundations.pdf.

HENOCH, Paulina; HONORATO, Blanquita; BEJIDE, Miguel (eds.), *La infancia vulnerada*, Eds. Libertad y Desarrollo, Santiago, 2018.

ARCHARD, David, *Children: rights and childhood*, Routledge, Londres - Nueva York, 2004, 2° ed.

BAUMBACH, Noah, *Marriage story*, libreto, 2019, documento en línea: <https://bit.ly/3MnYOIG>, disponible al 23/3/2020.

BELOFF, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", *Justicia y Derechos del niño* 1999, N° 1, pp. 9-21. En: <https://bit.ly/3bx9ENbt>.

BELOFF, Mary, "Los Nuevos Sistemas de Justicia Juvenil en América Latina (1999-2006)", *Justicia y Derechos del Niño*, 2006, N° 8, pp. 9-50. En: <https://bit.ly/35SPEOd>.

¹²⁴ CILLERO, cit. (n. 26), p. 109.

¹²⁵ CILLERO, cit. (n. 26).

BELOFF, Mary, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 2017, N° 19, pp. 55-81. En: <https://bit.ly/3pEIpQL>.

BELOFF, Mary, “Protección especial y justicia penal juvenil en el sistema interamericano”, en: CEVASCO, Luis J.; LANDER, Adriana; BELOFF, Mary; TIFFER, Carlos; CARRANZA, Elías; GONZÁLEZ F., Gustavo, *Reflexiones sobre el sistema de justicia penal juvenil*, Ed. JusBaires, Buenos Aires, 2017, pp. 19-49.

BERENS, Anne E.; NELSON, Charles A., “The science of early adversity: is there a role for large institutions in the care of vulnerable children?”, *Lancet*, 2015, N° 386, pp. 388-398. En: <https://bit.ly/3Cg59Mb>.

BUSTOS, Crisólogo, “Naturaleza jurídica de los tratados y su relación jerárquica con la ley”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2002, N° 7, pp. 35-48. En: <https://bit.ly/3KIZwip>.

CANTWELL, Nigel; HOLZSCHEITER, Anna, “Article 20: Children deprived of their family environment”, en: ALEN, A. (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden, 2008.

CAPPELAERE, Geert, *Children deprived of liberty: rights and realities*, UNICEF, Éditions Jeunesse et droit, Amsterdam, 2005, en: <https://bit.ly/3HVzFMJ>.

CENTRE FOR EXCELLENCE FOR LOOKED AFTER CHILDREN IN SCOTLAND (CELCIS), *Avanzando en la implementación de las “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”*, 2012. En: <https://bit.ly/3wPxmao>.

CILLERO, Miguel, “Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos”, en: MEDINA, Cecilia; MERA, Jorge (eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico N° 6, Ediciones UDP, Santiago, 1996.

CILLERO, Miguel, “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño”, en: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (coords.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Editorial Temis - Ediciones Depalma, Buenos Aires - Bogotá, 1999, 2ª Ed., Tomo I.

CILLERO, Miguel, “La convención internacional sobre los derechos del niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo”, en: MARTÍNEZ, Clara (coord.). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 85-121. En: <https://bit.ly/3sGyNqE>.

CILLERO, Miguel; BERNALES, Martín, “Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia “penal de menores” de Chile: evaluación y perspectivas”, *Revista de Derechos del Niño*, 2002, N° 1, pp. 9-40. En: <https://bit.ly/3HJuvTV>.

COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA, “Informe comisión especial investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la cámara de diputados, por la aprobación del informe de la comisión investigadora del SENAME en el año 2014, y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental”, Cámara de Diputados, Valparaíso, 2017, en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmtipo=siAL&prmID=35387>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., 2008.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 12. El derecho del niño a

ser escuchado”, 2009. CRC/C/GC/12. En: <https://bit.ly/3F7VCbm>.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, 2013. CRC/C/GC/14. En: <https://bit.ly/3aNJcbg>.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile”, CRC/C/CHL/CO/4-5, Ginebra, 30 de octubre de 2015.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, Comité de Derechos del Niño, Ginebra, 2018. En: <https://bit.ly/3ackeBf>, disponible el 23/3/2020.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre los informes periódicos sexto y séptimo combinados de Chile”, CRC/C/CHL/CO/6-7, Ginebra, 9 de junio 2022. En: <https://bit.ly/3OHX5sD>.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observación general N° 8. Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9)”, 1982, CCPR/GEC/6628. En: <https://bit.ly/3KhBB3r>.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, 16 de diciembre de 2014.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA, “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile”, Comité contra la Tortura, Ginebra, 2018, CAT/C/CHL/CO/6. En: <https://bit.ly/3wOrCNh>, disponible el 23/3/2020.

COMITÉ DE LA CEDAW, “Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, Comité de la CEDAW, Ginebra, 2015, CEDAW/C/GC/33. En: <https://bit.ly/3uFLNuI>, disponible al 23/3/2020.

COMITÉ DE LA CEDAW, “Observaciones finales al informe de Chile”, Comité de la CEDAW, Ginebra, 2018, CEDAW/C/CHL/CO/7. En: <https://bit.ly/3HNxZ7I>, disponible al 23/3/2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DDHH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

CORTE SUPREMA, *Acta AD 1251-2018*, Santiago, 27 de marzo de 2019, disponible en línea: https://losninosprimero.gob.cl/storage/Resolucion_1251-2018.pdf, disponible al 23/3/2020.

COUSO, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, *Revista Derechos del niño*, 2005, N°s 3 y 4, pp. 145-166, en: <https://bit.ly/361pcha>, disponible al 23/3/2020.

DAVIDSON, Jennifer C.; MILLIGAN, Ian; QUINN, Neil; CANTWELL, Nigel y ELSLEY, Susan, “Developing family-based care: complexities in implementing the UN Guidelines for the Alternative Care of Children”, *European Journal of Social Work*, 2016, Vol. 20, N° 5. En: <https://bit.ly/3y2IjWN>.

DEPARTAMENTO DE DESARROLLO INSTITUCIONAL, *Informe nacional de visitas a hogares y residencias de protección de red SENAME y privados*, Corporación Administrativa del Poder Judicial, Santiago, 2016, en: <https://bit.ly/2xnmoya>, disponible al 23/3/2020.

DESMOND, Chris; WATT, Kathryn; SAHA, Anamika; HUANG, Jialin; LU, Chunling, “Prevalence and number of children living in institutional care: global, regional, and

country estimates”, *The Lancet Child & Adolescent Health*, 2020, Vol. 4, N° 5, pp. 370-377. En: [https://doi.org/10.1016/S2352-4642\(20\)30022-5](https://doi.org/10.1016/S2352-4642(20)30022-5).

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA (eds.), *El interés superior del niño, niña y adolescente y su aplicación en la jurisprudencia de la Segunda y Cuarta Sala de la Corte Suprema*, Poder Judicial, Santiago, 2019. En: <https://bit.ly/3bND298>, disponible al 23/3/2020.

DUCE, Mauricio, “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil”, *Ius et praxis*, 2009, Vol. 15, N° 1, pp. 73-120, en: <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122009000100004>.

EKELAAR, John, “The interests of the child and the child’s wishes: the role of dynamic self-determinism”, *International Journal of Law and the Family*, 1994, N° 8, pp. 42-61. En: <https://bit.ly/3MmU14O>.

EICHSTELLER, G., “Janusz Korczak: His Legacy and its Relevance for Children’s Rights Today”, en *The International Journal of Children’s Rights*, 2009, Vol. 17, N° 3, pp. 377-391.

ELIZABETH, V.; GAVEY, N.; TOLMIE, J., “Between a rock and a hard place: Resident mothers and the moral dilemmas they face during custody disputes”, *Feminist Legal Studies*, 2010, 18, pp. 253-274. En: <https://bit.ly/3CcAPIH>.

ESPEJO, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en: AA.VV., *I Jornadas de Derecho Familiar*. Legal Publishing, Santiago, 2016, pp. 197-209.

ESTRADA, Francisco, “Tres ventanas para un cuarto oscuro. Una revisión de tres aspectos del derecho vigente en relación a ilegalismos juveniles”, Tesis de pregrado, P. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2000 (no publicada).

ESTRADA, Francisco, “La ilusión de la protección”, *Revista de Familias y Terapias*, 2015, N° 39, pp. 21-39. En: <https://bit.ly/2J7wHr1>.

ESTRADA, Francisco, “Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas”, *Revista Estudios de la Justicia*, 2018, N° 28, pp. 1-50. En: <https://bit.ly/3oB9CEu>.

ESTRADA, Francisco, “Internar para proteger: Modalidades, presupuestos, mecanismos de control y otras regulaciones”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 2021, N° 35, pp. 1-36. En: <https://bit.ly/3OGpLIE>.

FACIO, Alda, “La Carta Magna de todas las mujeres”, en ÁVILA, Ramiro; SALGADO, Judith; VALLADARES, Lola (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Ecuador), Quito, 2009, pp. 541-558. En: <https://bit.ly/3IJFjmh>.

FARIAS, Ana María, “Uso del internado en el sistema de protección simple en Chile”, en: Ferrari, Mario; Couso, Jaime; Cillero, Miguel; Cantwell, Nigel (Coords), *Internación de Niños: ¿El Comienzo del Fin? Crisis de los Internados y Transformación de las Políticas de Infancia en España, Italia y el Cono Sur*, Innocenti Digesti UNICEF, Florencia, 2002, en: <https://bit.ly/2W818F0>, disponible al 23/3/2020.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Gedisa, México, 1995. (1ª ed. en francés, 1975).

FREEMAN, Michael, “Article 3. The Best Interests of the Child”, en: Alen, A.; Vande

Lanotte, J.; Verhellen, E.; Ang, F.; Berghmans, E.; Verheyde, V. (Eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, “La Convención Internacional de los Derechos del Niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos”, en GARCÍA MÉNDEZ, E., *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Bogotá, 1994.

GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1971, 1ª ed. (1961).

HALLO DE WOLF, Antenor, “Visits to less traditional places of detention”, *Essex Human Rights Review*, 2009, Vol. 6, N°1, pp. 98–133. en: <https://bit.ly/3k9WBOO>.

HERRERA, Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Justicia y derechos del niño*, 2009, Vol. 11, pp. 107-143. En: <https://bit.ly/3LfpOU7>.

JELDRES, Mónica; BASCUÑÁN, Carolina, *Boletín N° 2. El sistema residencial en Chile. Análisis de caso: Aldeas Infantil SOS. Proyecto de Levantamiento y unificación de información de niños en sistemas residenciales*, UNICEF y Poder Judicial de Chile, Santiago, 2012. Disponible al 23/3/2020 en: <https://bit.ly/2VKwVwG>.

JOZEFIAK Thomas; SÖNNICHSEN, Nanna, “Self- and proxy reports of quality of life among adolescents living in residential youth care compared to adolescents in the general population and mental health services”, *Health Qual Life Outcomes*, 2015, N° 13, pp. 1-12. En: <https://bit.ly/3xU2xDt>.

JOSEPH, Sandra (ed.); KORCZAK, Janusz, *A Voice for the Child: The Inspirational Words of Janusz Korczak*. Thorsons, Londres, 1998.

LIEFAARD, Ton, *Deprivation of liberty of children in light of international human rights law and standards*, Human Rights Research Series (Vol. 28), Intersentia, Cambridge, 2008.

LOPATKA, Adam, “Introduction”, en: OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I, United Nations, Ginebra, 2007. En: <https://bit.ly/3B03fyK>.

MAIER, Julio, “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, *Justicia y derechos del niño*, 2000, N° 2, pp. 9-17. En: <https://bit.ly/3oT8IDm>.

MANCO, Eva, “The United Nation Convention on the Rights of the Child: Are children “in conflict with law” really protected? A case study of Republic of Albania’s juvenile justice system”, Tesis de Doctorado en Filosofía, The University of Sheffield, Sheffield, 2008. Recuperada el 23/3/2020 desde: <https://bit.ly/3xM0oty>.

MANCO, Eva, “Detention of the Child in the Light of International Law- A Commentary on article 37 of the United Nation Convention on the Rights of the Child”, *Amsterdam Law Forum*, 2015, Vol 7, N° 1, pp. 55-75. En: <https://bit.ly/3xRokf4>.

MEDINA, Cecilia, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Ordenamiento Jurídico Chileno”, en: MEDINA, C. (comp.), *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994.

MEDINA, Cecilia; NASH, Claudio, *Manual de derecho internacional de los derechos*

humanos, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2003. En: <https://bit.ly/3Mpmk1F>.

MEHRA, Madhu; PUNJ, Amita, *CEDAW: Restoring rights to women*, Partners for Law in Development (PLD), UNIFEM, Nueva Delhi, 2004. En: <https://bit.ly/3Fb3kkV>.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Respuesta del Estado de Chile al Informe de la investigación relacionada en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago, 2018. Disponible al 23/3/2020 en: <https://bit.ly/2LwNEOe>.

MULLINS, Lauren Bock, “CEDAW: The Challenges of Enshrining Women’s Equality in International Law”, *Public Integrity*, 2017, 0, pp. 1-16. En: <https://bit.ly/3xRmQ4E>.

MURRAY, Rachel; STEINERTE, Elina; EVANS, Malcolm; HALLO DE WOLF, Antonor, *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture*, Oxford University Press, New York, 2011. En: <https://bit.ly/3vI2LLc>.

NOGUEIRA, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, *Ius et Praxis*, 2003, Vol. 9, N° 1, pp. 403-466. En: <https://bit.ly/3EG8sgW>.

NOWAK, Manfred, *The Global Study of Children Deprived of Liberty, Report of the Independent Expert leading the United Nations global study on children deprived of liberty*, Secretary-General of United Nations, Ginebra, 2019. Disponible al 23/3/2020 en <https://omnibook.com/Global-Study-2019>.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCR), *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, Vol. I y Vol. II, United Nations, Ginebra, 2007. En: <https://bit.ly/3HPzO40>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS, “Niños privados de libertad – Estudio Mundial de las Naciones Unidas”, Estudio de Experto independiente Nowak, Manfred (dir.), Naciones Unidas, Ginebra, 2019, disponible en: <https://bit.ly/3AdaEMz>.

PÉREZ VAQUERO, Carlos, “La justicia juvenil en el Derecho Internacional”, *Derecho y Cambio Social*, 2014, año 11, N° 36, pp. 1-19. En: <https://bit.ly/3OCSsB0>.

PINHEIRO, Paulo, “Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas”, Estudio del experto independiente encargado por el Secretario General de Naciones Unidas, 2006. En: <https://bit.ly/3qopLLq>.

PRICE COHEN, Cynthia, “The United Nations Convention of the Rights of the Child: A feminist landmark”, *William & Mary Journal of Women and the Law*, 1997, Vol. 3, N° 29, pp. 29-78. En: <https://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol3/iss1/3>.

RAVETLLAT, Isaac, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, 2012, Vol. 30, N° 2, pp. 89-108. <https://bit.ly/3KiJxBm>.

RAVETLLAT, Isaac, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, Editorial Universitat Politècnica de Valencia, Valencia, 2015.

SCHABAS, William; SAX, Helmut, “Article 37, Prohibition of torture, death penalty, life imprisonment and deprivation of liberty”, en: ALEN, A. et al. (eds.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

SHELTON, Dinah, “Soft law”, en ARMSTRONG, David (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, Routledge, Londres y Nueva York, 2008.

SUBCOMITÉ PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, “Primer informe anual del Subcomité

para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (febrero de 2007 a marzo de 2008)”, CAT/C/40/2, 14 de mayo de 2008.

TOBIN, John W., “Time to remove the shackles: The legality of restraints on children deprived of their liberty under international law”, *The International Journal of Children's Rights*, 2001, Vol. 9, N°3, pp. 213–239. <https://bit.ly/3LfZVDG>.

VAN BUEREN, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1998.

b) Normativa Citada

Ley N° 19.968, Crea los Tribunales de Familia, 2004.

Ley N° 16.618, Ley de Menores, 1967.

Ley N° 21.302, Crea el Servicio Nacional de Protección especializada a la niñez y la adolescencia, 2021.

Ley N° 21.430, Sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, 2022.

Ley N° 21.154, designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2019.

Children Act, Ley del menor (Reino Unido), 1989.

Convención Internacional sobre los Derechos del niño, 1989.

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1984.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, 1979.

Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 40/33, de 28 de noviembre de 1985. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil (conocidas como Reglas de Beijing), 1985.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (conocidas como Reglas de La Habana), 1990.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/142, de 24 de febrero de 2010, “Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños”.

Chancellor of Justice Act de Estonia, 1999.

c) Jurisprudencia

Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, Sentencia de 8 de

julio de 2004.

Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010.

Corte IDH, *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, Sentencia de 27 de abril de 2012.

Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Corte Suprema, “Godoy y otros con Fisco”, 25 de octubre de 1913, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XII, 1915, 2ª parte, Sección 1ª, pp. 94-107.

Corte Suprema, 10 de mayo de 2007, Rol N° 3452-2006.

Corte Suprema, 17 de septiembre de 2013, Rol N° 4419-2013.

Corte Suprema, 3 de marzo de 2016, Rol N° 16274-2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, 17 de septiembre de 2002, Rol N° 53.423-2002.

Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de mayo de 2010, Rol N° 728-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2018, Rol (amparo) N°1318-2018.

Tribunal Constitucional, 13 de junio de 2007, Rol N° 786-2007.