

4



CAPÍTULO 4

Representación jurídica de niños, niñas y adolescentes



PRESENTACIÓN

El debido proceso y la protección judicial tienen su razón de ser en permitir que los derechos de niñas, niños y adolescentes sean respetados. Se afirma en el capítulo que el derecho a recibir asistencia letrada viene a ser una medida de especial protección ya que otros principios no pueden garantizarse sin que dispongan de asistencia profesional. La representación permite que los niños, niñas y adolescentes sean representados directamente y no mediante otras personas. De ahí entonces que es necesaria en procesos judiciales frente a la comisión de delitos.

La Defensoría de la Niñez tiene facultades de representación jurídica de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, tales facultades de representación están restringidas legalmente a acciones de protección y amparo constitucionales, y a la interposición de querrelas con motivo de la comisión de determinados delitos violentos, pero no incluye la representación de ellos y ellas a todo evento.

1. Conceptos generales respecto de la representación jurídica

1.1. ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DEBIDO PROCESO

Si bien ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se releva el concepto de Estado de Derecho, será recién en septiembre de 2012 cuando los jefes de Estado y de Gobierno debatieron en profundidad sobre este tema. Ese año, la Asamblea General de Naciones Unidas realizó una Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho en el plano nacional e internacional que concluyó en una histórica Declaración sobre el Estado de Derecho y su importancia para el futuro desarrollo de los tres pilares principales en que se basan las Naciones Unidas: la paz y la seguridad internacional, los derechos humanos y el desarrollo.

En la Declaración, los Estados miembros reafirman su “solemne compromiso con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y la justicia, y con un orden internacional basado en el estado de derecho, que son los cimientos indispensables de un mundo más pacífico, próspero y justo”.¹ En ese sentido, el Estado de Derecho se refiere a un principio de gobierno según el cual:

(...)todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.²

La justicia ha sido definida, por las Naciones Unidas, como el ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos.³

El acceso a la justicia de las personas debe garantizar que se pueda hacer oír su voz, ejercer sus derechos y no ser discriminados en ese ejercicio y, además, debe permitirles exigir de las autoridades encargadas un pronunciamiento sobre sus peticiones.

El acceso a la justicia, por tanto, se refiere a la igualdad de las personas para acceder a ella, y se encuentra íntimamente ligado al debido proceso, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia en la región,⁴ sobre todo en el sentido de permitir a las personas ser oídas de manera justa y asegurando

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. 2012. Declaración de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional, pág. 1. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/67/1>.

² Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. 2004. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, párr. 6. Disponible en: <https://undocs.org/es/S/2004/616>.

³ Ibíd, párr. 7.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso, pág. 4. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>.

sus garantías constitucionales. En ese sentido, el debido proceso se encuentra establecido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que sostiene que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.⁵

Si bien ese artículo no establece o define mecanismos de aseguramiento del debido proceso, tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “este artículo 8 reconoce el llamado ‘debido proceso legal’, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.⁶ Con el debido proceso se asegura la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados.

De forma que los niños, niñas y adolescentes, como seres humanos y sujetos de derecho, deben tener garantizado su acceso a la justicia a través de un debido proceso, por lo que se requiere que sus garantías sean respetadas y que su derecho a ser oído sea efectivo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que:

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención (Americana de Derechos Humanos) se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.⁷

Los niños, niñas y adolescentes son un grupo de la población especialmente vulnerable por su estado de desarrollo, y requieren de una protección especial.⁸ Este grupo de la población es generalmente el más afectado por la pobreza y la desigualdad, así, en el caso de Chile, de acuerdo a la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional 2017, más de la mitad de los niños, niñas y adolescentes pertenecen al 40% más pobre del país. De éstos, el 13,9% se encuentran en situación de pobreza considerando los ingresos, mientras que el 22,9% presentan una situación de pobreza multidimensional.⁹

Esta situación de vulnerabilidad se potencia considerando que este mismo instrumento de medición establece que los hogares con niños, niñas y adolescentes en su composición tienen

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: Debido Proceso, párr.28. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf>.

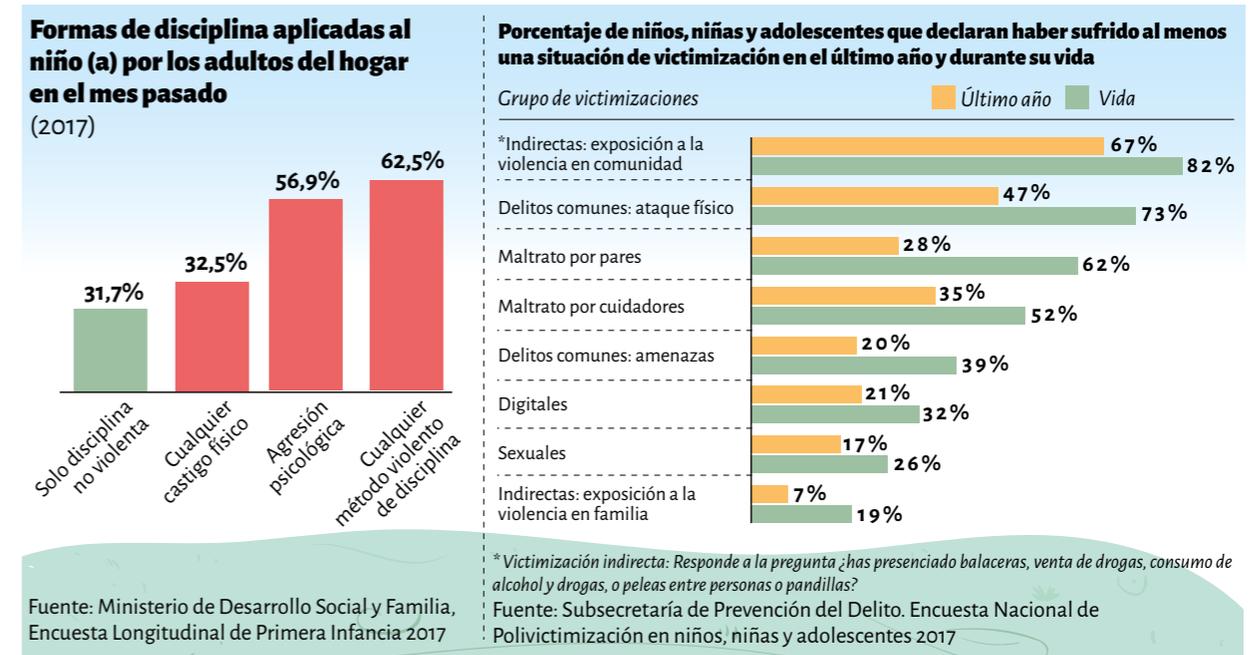
⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 95.

⁸ Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia; Sentencia de 1 de julio de 2006; párr. 244; Corte IDH, Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 147; Corte IDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 113; y Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 408.

⁹ Se consideran en el análisis de la pobreza multidimensional las dimensiones de educación, salud, trabajo y seguridad social, vivienda y entorno, redes y cohesión social.

mayores carencias en los ámbitos de seguridad social (34,5%, en relación con el 27,8% de los hogares sin niños), habitabilidad (24,3% versus un 14,5%), hacinamiento (13,4% versus un 1,3%) y seguridad (14,1% versus un 10,3%).

Por otra parte, la Tercera Encuesta Longitudinal de Primera Infancia determinó que el 62,5% de niños y niñas ha sido víctima de algún tipo de maltrato psicológico y/o físico como método de disciplina por parte de sus cuidadores.



El 31,7% de los niños(as) de 5 años o más recibe solo métodos de disciplina no violentos por parte de los adultos del hogar. En tanto, el 62,5% recibe cualquier método violento de disciplina (agresión física o psicológica). Entre estos últimos, el 56,9% sufre agresión psicológica y el 32,5% castigo físico.

Los tipos de victimización de niños, niñas y adolescentes más prevalentes en Chile son aquellas por exposición a la violencia en la comunidad (presenciar violencia, discriminación o ataques físicos). A la inversa, las situaciones menos prevalentes son las de tipo sexual y la exposición a la violencia (victimización indirecta) en contexto doméstico.

Los niños, niñas y adolescentes, en tanto iguales en dignidad y derechos, gozan de los derechos que les corresponden a todas las personas y, además, tienen derechos específicos asociados a su condición de desarrollo, mismos que se traducen en deberes específicos para la familia, la sociedad y el Estado.¹⁰ Así, sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

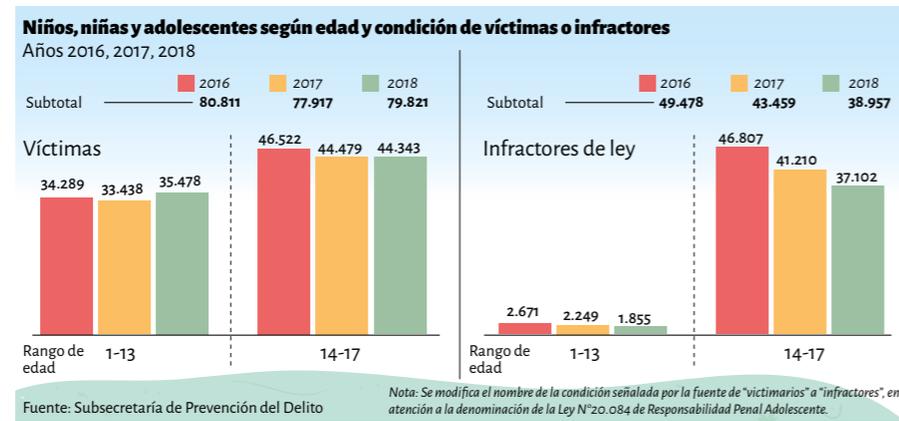
Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría

¹⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 54.

la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.¹¹

Por lo anterior, el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes se debe analizar para poder establecer cómo se respetan sus derechos, generales y específicos, teniendo en cuenta los principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y la normativa interpretativa internacional sobre los mismos, verificando si resultan resguardados o no, logrando una representación jurídica efectiva, capaz de integrar las características específicas de cada niño, niña o adolescente que evidencie su interés superior y su interés manifiesto en cualquier acción que involucre una decisión que se adopte a su respecto.

En Chile para el año 2018, los casos policiales donde los niños, niñas y adolescentes fueron víctimas son casi el doble de los casos donde fueron infractores; además, para el caso de éstos, se observa una marcada tendencia a la baja, no así para el caso de las víctimas.



1.2. FUNDAMENTOS DE LA EXIGENCIA DE REPRESENTACIÓN JURÍDICA

La representación jurídica constituye un requisito del debido proceso, requisito que se evidencia en la estructura normativa internacional que realiza específicas exigencias en este ámbito, estableciendo, a saber:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.¹²

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reafirma que:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los

¹¹ Ibíd, párr. 96.

¹² Naciones Unidas. 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 10.

juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.¹³

Asimismo, los artículos 18 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señalan que:

18. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

26. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.¹⁴

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha definido que:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.¹⁵

Los niños, niñas y adolescentes gozan de derechos humanos, al igual que los adultos, pero respecto de ellas y ellos se evidencia una concreta dificultad para la defensa y protección de éstos con independencia y efectiva consideración a su interés superior si no cuentan con una representación jurídica especializada.

A temprana edad es muy difícil que los derechos puedan ser ejercidos por los propios niños, niñas y adolescentes, por lo que necesitan que los adultos velen por su cumplimiento. Sin embargo, a medida que crecen y se desarrollan mental y físicamente, los niños, niñas y adolescentes serán capaces de poder ejercerlos de manera completa, lo que es coherente con el desarrollo de su autonomía progresiva, principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño y, consecuentemente, de nuestra normativa vigente.

¹³ Naciones Unidas. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1.

¹⁴ Organización de los Estados Americanos. 1948. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 18 y 26 respectivamente.

¹⁵ Organización de los Estados Americanos. 1969.

Es por lo anterior que también existen normas especiales aplicables solo a niños, niñas y adolescentes, es el caso del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que refiere:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.¹⁶

Y en su artículo 37, la Convención sobre los Derechos del Niño también señala que los Estados Partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.¹⁷

Y en su artículo 40, la Convención sobre los Derechos del Niño también define que:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

¹⁶ Naciones Unidas. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 1 y 24 respectivamente.

¹⁷ *Ibíd.*, artículo 37.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

- a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
 - iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de cargo en condiciones de igualdad;
 - v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
 - vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
 - vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.¹⁸

Por otra parte, la Regla n° 2.3 de las *Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores* (en adelante Reglas de Beijing) sostiene que “en cada jurisdicción nacional se procurará un conjunto de leyes, normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, así como a los órganos e instituciones encargados de las funciones de administración de justicia de menores”.¹⁹

Finalmente, el artículo 56 de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”) afirma que “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, la victimización y la criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.²⁰

1.3. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y REPRESENTACIÓN JURÍDICA ESPECIALIZADA

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño se promovió el necesario cambio de paradigma, por parte de los Estados que la ratificaron, respecto a los niños, niñas y adolescentes, quienes debían dejar de ser vistos como un objeto de protección o cuidado por parte de los adultos y del Estado, para pasar a ser reconocidos como sujetos plenos de derechos. De este modo, en razón de lo que exige dicho paradigma base de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, todas las medidas y acciones que se adopten a su respecto deben considerar, de manera primordial, su interés superior. Además, tal como lo exige dicha Convención, le corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.

El concepto del interés superior del niño ha ido evolucionando en el tiempo. Previo a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, este concepto se encontraba presente en la Declaración de Ginebra, de 1924, y en la Declaración Universal de Derechos del Niño, de 1959.²¹ Además, ya se encontraba presente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala, en su artículo 24.1, que:

¹⁸ *Ibid.*, artículo 40.

¹⁹ Naciones Unidas, 1985. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), párr. 2.3. Disponible en: <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>.

²⁰ Naciones Unidas, 1990. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), párr. 56. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuvenileinquiry.aspx>.

²¹ Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general n° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 2.

Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

En concordancia con ello, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 señala en su artículo 19 que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.²²

Todo lo anterior derivó finalmente en lo que la Convención sobre los Derechos del Niño se establece, en su artículo 3:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Asimismo, la Observación General n° 14 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de mayo de 2013, trata en particular sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). El objetivo de este concepto “es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”.²³ De hecho, este documento califica el concepto de interés superior del niño como dinámico,²⁴ es decir, en constante evolución. De hecho, el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto que abarca tres dimensiones:

1. Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece que esta obligación intrínseca para los Estados es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

²² Organización de los Estados Americanos. 1969, artículo 19.

²³ Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general n° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 4.

²⁴ *Ibid.*, párr. 11.

2. Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

3. Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.²⁵

Respecto de la representación jurídica, en este caso, si bien puede relacionarse con los tres ámbitos mencionados, al ser considerada como una exigencia del debido proceso y del acceso a la justicia, se relaciona, principalmente, con el cumplimiento y resguardo del interés superior del niño en el enfoque de su primera y tercera descripción, es decir, una norma de procedimiento y un derecho sustantivo.

En ese sentido, resultan fundamentales ciertas consideraciones del interés superior del niño en tanto garantía procesal. En primera instancia, se requiere que la representación jurídica, como todos los otros mecanismos que respecto de niños, niñas y adolescentes permitan asegurarles el ejercicio efectivo de sus derechos sean diseñados, implementados y evaluados desde un enfoque basado en derechos humanos.²⁶

El Comité de los Derechos del Niño²⁷ señala que deben existir elementos para evaluar y determinar el interés superior, entre los que se encuentran la consideración a la opinión del niño; la identidad del niño; la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; el cuidado, protección y seguridad del niño; su situación de vulnerabilidad; derecho del niño a la salud y derecho del niño a la educación.

Además, señala que existen garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño, que son:

1. Derecho del niño a expresar su propia opinión (párrafos 89 a 91).
2. Determinación de los hechos (párrafo 92).
3. La percepción del tiempo (párrafo 93).
4. La representación letrada (párrafo 96).

²⁵ *Ibíd.*, párr. 6.

²⁶ *Ibíd.*, párr. 5.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 52 al 79.

5. La argumentación jurídica (párrafo 97).

6. Los mecanismos para examinar o revisar decisiones (párrafo 98).

7. La evaluación del impacto en los derechos del niño (párrafo 99).

Todos los elementos anteriores tienen como eje fundamental la necesidad de que quien deba resolver sobre una situación que afecta o atañe directa o indirectamente a un niño, niña o adolescente, pueda tomar conocimiento de los elementos que integran el interés superior, brindando efectiva aplicación de las garantías señaladas, lo que a juicio de la Defensoría de la Niñez solo se puede lograr a través de una representación jurídica especializada y efectiva.

Así, a la Defensoría de la Niñez le resulta particularmente relevante resaltar lo planteado por el Comité, respecto a la representación letrada, donde señala que “cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior, el niño debe disponer de representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión”.²⁸

Asimismo, relevar, tal como lo hace el Comité, que la representación jurídica especializada de niños, niñas y adolescentes involucra, necesariamente, además de la intervención de un abogado(a), de otras disciplinas que permitan evaluar, multidisciplinariamente, el efectivo resguardo del interés superior del niño.²⁹

Esta garantía y derecho procesal se logra concretar en el ámbito de justicia penal juvenil respecto de los adolescentes infractores de ley, pero es imprescindible que se asegure su existencia a todos los niños, niñas y adolescentes que deban enfrentarse a un proceso administrativo o judicial.

1.4. DERECHO A SER OÍDO Y REPRESENTACIÓN JURÍDICA

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión y a que ésta sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que les afectan, considerando su autonomía progresiva. Es así que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el derecho a ser oído estableciendo:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.³⁰

²⁸ *Ibíd.*, párr. 96.

²⁹ *Ibíd.*, párr. 47.

³⁰ Naciones Unidas. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12.

El derecho a ser oído tiene una íntima relación con el interés superior del niño, dado que es la forma de operativizar este principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento y, por consiguiente, efectivizar su protección. De hecho, así lo señala la Observación General nº 14, del Comité de los Derechos del Niño:

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación General nº 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1 (interés superior), y el artículo 12 (derecho a ser oído).³¹ Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3, párrafo 1, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida.³²

De esa forma, los Estados deben asegurar dos ámbitos relevantes para garantizar el derecho a ser oído. Por una parte, asegurar el derecho de los niños, niñas y adolescente a expresar su opinión de manera libre, teniendo en cuenta su edad y madurez, es decir, su autonomía progresiva³³ y, por otra, tener en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes de manera seria, partiendo de la base que son capaces de formarse un juicio propio a cualquier edad.³⁴

Si bien se prefiere que los niños, niñas y adolescentes participen directamente en los procesos, ³⁵ la Observación General nº 12 del Comité de los Derechos del Niño establece la necesidad de que tengan un(a) representante. Dado el posible conflicto de intereses, éstos(as) deben ser independientes y deben transmitir correctamente las opiniones de los niños, niñas y adolescentes. La citada observación plantea:

El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social). Sin embargo, hay que recalcar que en muchos casos (civiles,

³¹ Se hace referencia al articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño. Las acotaciones entre paréntesis no están presentes en el original.

³² Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 43.

³³ Así, la Observación General nº 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño señala en su párrafo 15 lo siguiente: "El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente".

³⁴ Así, la Observación General nº 12 (2009) señala en el párrafo 28 lo siguiente: "Es necesario tener debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño". Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio".

³⁵ En la Observación General nº 12 (2009) en el párrafo 35 se indica lo siguiente: "una vez el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir como se lo escuchará: 'directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado'".

penales o administrativos) hay riesgo de conflicto de intereses entre el niño y su representante más obvio (progenitor(es)). Si el acto de escuchar al niño se realiza a través de un representante, es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones. El método elegido deberá ser determinado por el niño (o la autoridad competente en caso necesario) conforme a su situación particular. Los representantes deberán conocer y comprender suficientemente los distintos aspectos del proceso de adopción de decisiones y tener experiencia en el trabajo con niños.³⁶

Como resulta crucial que el(la) representante sea consciente de que debe representar exclusivamente los intereses de los niños, niñas y adolescentes y no los intereses de los adultos,³⁷ se establecen ciertos requisitos para la observancia del derecho a ser oído.³⁸

- Evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de los niños, niñas y adolescentes y que no tengan debidamente en cuenta sus opiniones.
- No constituye una práctica ética manipular al niño, niña o adolescente.
- Para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que se entienda como un proceso, no un acontecimiento.
- Los procesos deben ser transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, niñas y adolescentes incluyentes, apoyados en la formación, seguros y atentos al riesgo y responsables.

En este marco, no pueden dejar de mencionarse las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.³⁹ En dicha normativa se sostiene que "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".⁴⁰ Además, se especifica que "todo niño, niña o adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo".⁴¹

En su sección sobre la *Asistencia legal y defensa pública*, se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos, ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública o de la creación de mecanismos de asistencia letrada como consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, entre otros.

³⁶ Comité de los Derechos del Niño. 2009. Observación general nº 12. El derecho del niño a ser escuchado, párr. 36.

³⁷ *Ibíd.*, párr. 37.

³⁸ *Ibíd.*, párr. 132 a 134.

³⁹ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁴⁰ Reglas de Brasilia, Sección 2, párr. 3. Disponible en <http://www.dpp.cl/resources/upload/824f2c2055dd3f199cd8df939db909fa.pdf>.

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 5.

Por otro lado, se establece que la asistencia debe ser universal, de calidad, gratuita y especializada, debiendo promoverse instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia, sobre todo ante la imposibilidad de afrontar esos gastos.

1.5. EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE ANTE LA JUSTICIA EN SUS DIVERSOS ÁMBITOS

Se ha abordado la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes tengan una representación jurídica efectiva, que responda y respete los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular el derecho a ser oído y la efectivización del interés superior del niño y demás normas internacionales analizadas en el presente capítulo.

Si bien la mayoría de los avances en la representación de los niños, niñas y adolescentes se han concretado en el ámbito de la justicia penal, es necesario dejar en claro que los niños, niñas y adolescentes pueden participar en diversos tipos de procedimientos tanto judiciales como administrativos.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño señala que respecto al derecho a ser escuchado existen obligaciones concretas de parte del Estado en favor de niños, niñas y adolescentes en el contexto de los procedimientos judiciales y administrativos; y destaca que su ejercicio puede ser en procedimientos judiciales civiles (donde se incorpora el divorcio y separación de los padres, formas alternativas de cuidado, adopción y *kafala* del derecho islámico), en procedimientos penales, como víctima o testigo y en procedimientos administrativos. Básicamente, el Comité de los Derechos del Niño pide escuchar e incorporar en las legislaciones procedimientos ajustados a los requisitos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴²

La Observación General N° 10 del referido Comité⁴³ específicamente trata la asistencia jurídica u otra asistencia apropiada, donde se pide que “debe garantizarse al niño asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”⁴⁴ con ciertas características como la especialización y la gratuidad, siempre respetando el derecho a la vida privada y teniendo acceso a sus derechos procesales.

Asimismo, la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁴⁵ asumiendo que, en la realidad, existen procedimientos judiciales o administrativos en los que participan niños, niñas y adolescentes, establece que:

(...) los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que aquéllos sean efectivos en toda circunstancia, tanto el corpus iuris de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos

⁴² Comité de los Derechos del Niño. 2009. Observación general N° 12. El derecho del niño a ser escuchado, párr. 60 a 70.

⁴³ Esta observación lleva por título *Los derechos del niño en la justicia de menores*. En opinión de la Defensoría de la Niñez el término correcto para referirse a esta población es niños, niñas y adolescentes.

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño. 2007. Observación general N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, párr. 49.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/2002.

inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.”⁴⁶

En ese sentido, la Opinión Consultiva refuerza la necesidad de respetar la dignidad de los seres humanos y en especial de los niños, niñas y adolescentes por la particular situación en la que se encuentran, señalando que, por su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice sus derechos.⁴⁷ Se señala, expresamente, que las “consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan”.⁴⁸

2. Representación jurídica en Chile desde la mirada institucional

2.1. ESTADO DE LA SITUACIÓN ACTUAL

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende como niño a todo ser humano menor de dieciocho años. En tanto, en nuestra legislación, específicamente en el artículo 26 del Código Civil, se define al infante, al impúber y al mayor de edad. La norma textualmente señala:

Llámase infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.⁴⁹

Las normas establecidas en el Código Civil son un claro indicio de un Estado que –a pesar de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño– se mantiene una concepción tutelar que considera a los niños, niñas y adolescentes como incapaces o inhábiles de tomar decisiones por sí mismos; y que ante cualquier decisión que los involucre requiere la autorización del representante legal. Es decir, el Código Civil no refleja el cambio de paradigma que dispone la Convención, en términos de considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, situación que queda de manifiesto con la mantención de disposiciones en nuestra legislación interna, y que no han sido modificadas a pesar de existir una obligación positiva de parte de los Estados que ratifican este instrumento internacional, de adecuar las legislaciones internas a las normas de protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

Hasta antes de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por Chile, en el año 1990, la participación de niños, niñas y adolescentes en procesos que les afectaban era

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 92.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 93.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 94.

⁴⁹ Código Civil, Ley N° 14.908 (2000), artículo 26. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>.

inconcebible. Tanto así que, incluso en la actualidad, cualquier acto jurídico que ejecuten los niños, niñas y adolescentes es inválido, solo haciendo la diferencia entre la incapacidad absoluta (menores de 14 años) e incapacidad relativa (entre los 14 años, para los hombres, y los 12 años para las mujeres y los 18 años).

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño involucró el desafío y necesidad de que los Estados se comprometieran con acciones positivas que promovieran el cambio de paradigma que implica concebir a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no como objetos de tutela adulta, como anteriormente se les consideraba en los procedimientos judiciales. Con este hito, el Estado de Chile asumió la obligación de ajustar su legislación interna a los estándares internacionales y dar efectividad a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, que poseen igual que los adultos, pero respecto de quienes, de acuerdo a lo referido, el actuar Estatal debe ser de protección reforzada y especial.

Lo anterior dice relación con el acceso de los niños, niñas y adolescentes a la justicia en general, siendo considerados una población vulnerable que debe ser objeto de reconocimiento de su calidad de sujetos de derecho y de una especial protección por parte de los órganos del sistema de justicia, en vista de su desarrollo evolutivo, mismo que les expone a serias dificultades para ejercitar con plenitud, ante el sistema de justicia (o administrativo), los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.⁵⁰



El cambio de paradigma que formuló la Convención implica diferenciar el interés de los padres o representantes legales del niño, con el interés superior y/o manifiesto del niño, niña o adolescente, haciéndose necesario la existencia de una institución autónoma, imparcial y exclusiva que represente éste con independencia de sus padres o representantes legales.

Tal como se exponía anteriormente, la Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su artículo 12, el derecho a ser oído, que además ha sido desarrollado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 12, del año 2009, donde se establece la obligación para los Estados Partes de generar mecanismos efectivos que permitan al niño, niña o adolescente expresar libremente su opinión en todos los procesos administrativos como judiciales que le afectan. Por tanto, no basta solo con escuchar al niño, niña o adolescente, ya que este derecho no solo se satisface de manera formal. En la práctica significa dejar constancia de que se le dio la posibilidad al niño, niña o adolescente de poder expresar su opinión y que ésta se tome en consideración de manera seria, incorporándose y analizándose en la toma de decisiones. Ello equivale a reconocer al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho y su capacidad de formarse un juicio propio e incidir con éste en lo que se resolverá a su respecto.

Es importante enfatizar que siendo este un derecho, no se puede obligar a un niño, niña o adolescente a ejercerlo. Así, dependerá de cada niño, niña o adolescente si decide hacerlo o no. Es

⁵⁰ Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad

por dicha razón que resulta fundamental que las personas o autoridades que deban escucharlos le informen de manera comprensible a su desarrollo y madurez a cabalidad sobre los alcances y las decisiones que puedan adoptarse en el caso concreto, antes de ejercer el derecho.

Por otro lado, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que el niño, niña o adolescente puede ejercer dicho derecho por sí mismo, o bien a través de su representante legal, lo anterior de acuerdo con la ley nacional de cada Estado Parte.

Para ello se analizará a continuación el sistema de representación jurídica (o letrada como se ha señalado en otros instrumentos) con las que cuentan los niños, niñas y adolescentes en la justicia chilena y las instituciones que la otorgan.

2.2. REPRESENTACIÓN JURÍDICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE: DEBIDO PROCESO E INSTITUCIONES INVOLUCRADAS

La inexistencia de una institución que asegure la representación jurídica, especializada, universal, accesible y gratuita, obliga a que surjan instancias aisladas, que muchas veces dependen de la buena voluntad y mayor esfuerzo y sacrificio de quienes lideran, a nivel local, las diversas instituciones, sin una estructura orgánica eficiente que asegure la existencia de la representación jurídica como un derecho y garantía procesal.⁵¹

2.2.1. Representación Jurídica ante Tribunales de Familia

En Chile, el 2004 se promulgó la Ley N° 19.968, que Crea Los Tribunales de Familia. Esta judicatura está encargada de conocer y resolver determinadas materias, tales como relación directa y regular, pensión de alimentos, vulneraciones de derechos a niños, niñas y adolescentes, acciones de filiación, adopciones, entre otras.⁵²

Este cuerpo normativo establece una regla especial en materia de representación jurídica de niños, niñas y adolescentes que faculta (el subrayado es nuestro) al(la) juez(a) de familia a nombrar a un(a) abogado(a) –curador(a) *ad litem*– cuando el niño, niña y adolescente no tenga un representante legal o existan intereses contradictorios o independientes. El artículo 19 de dicha ley, dispone:

Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

⁵¹ El presente capítulo no tiene intención de realizar crítica alguna a las instituciones involucradas en el tema, sino al sistema de curadurías en general, que no es sistémico y, por ende, no evaluable.

⁵² La competencia de los Tribunales de Familia se encuentra dispuesta, principalmente, en el artículo 8° de la Ley N° 19.968.

La persona así designada será el curador(a) *ad litem* del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.⁵³

Tal como se desprende de la norma, el curador *ad litem* es el abogado(a) designado por un juez(a), en representación de un niño, niña o adolescente en aquellos casos en que carezca de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

El curador *ad litem* deberá realizar sus funciones tanto ante Tribunales de Familia, generalmente en causas proteccionales, como ante Juzgados de Garantía, Tribunales Orales en lo Penal y Tribunales Superiores de Justicia. Lo anterior responde a la lógica de que sea la misma persona quien ejerza la representación a lo largo de todo un procedimiento, que puede iniciarse en Tribunales de Familia, pero que luego puede ser derivado a competencia penal por ser hechos constitutivos de delito.

Cabe destacar, en este análisis, que el artículo 19 citado asimila a un niño, niña y adolescente con un incapaz, sinónimo que refleja la lógica con la que se construye la representación jurídica en Chile. En esta dicotomía, por una parte, se reconoce el interés manifiesto del niño, niña y adolescente, pero, por otro lado, son considerados civilmente inhábiles para todos los efectos legales.

A ello se suma que dicho artículo es insuficiente para regular la representación jurídica de niños, niñas y adolescentes. No existen, por ejemplo, medidas que determinen exigencias en el funcionamiento de la curaduría, la cantidad de niños por curador(a) *ad litem*, ni se establecen exigencias vinculadas con la experiencia y especialización por parte de quienes que ejercen la representación. En definitiva, no se establecen los estándares exigidos a dicho rol para satisfacer el cumplimiento de lo establecido por el resguardo efectivo del derecho a ser oído y el interés superior.

Además, la discrecionalidad en el nombramiento de curadores(as), mayoritariamente en causas proteccionales, y el casi inexistente control efectivo de su labor, abre paso a un escenario poco favorable para uno de los grupos más vulnerable en el acceso a la justicia.

SOBRE INFORMACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN JURÍDICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En ejecución de las acciones comprometidas por el Estado de Chile al Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, el Poder Judicial se encuentra en un proceso de modernización de su Sistema Interconectado de Tribunales de Familia (SITFA) para

⁵³ Ley N° 19.968, que Crea Los Tribunales de Familia (2004). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>.

registrar a los(las) curadores(as) *ad litem* y sus características (nombre, institución de procedencia, causa asociada, niño(a) o adolescente que representa, etc.), par todos los tribunales del país. Lo anterior, fue necesario dado que no existía a a fecha de la elaboración de este informe la sistematización de la información referente a la representación jurídica de los niños, niñas y adolescentes representados en tribunales de familia. La información sistematizada permitirá obtener estadísticas confiables sobre las características de la curaduría de niños, niñas y adolescentes en Chile, e identificar, por sobre todo, las brechas de cobertura, políticas de fortalecimiento y necesidades de especialización, entre otras materias que se necesite mejorar.

En términos generales, en Chile existen diversas instituciones, corporaciones y servicios que ejercen las curadurías, entre ellas podemos citar las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ);⁵⁴ los programas asociados a la red del Servicio Nacional de Menores de Chile (Sename) como las Oficinas de Protección de Derechos (OPD); los Programas de Representación Jurídica (PRJ); Programa *Mi Abogado*, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; oficinas municipales destinadas al efecto; universidades; personas jurídicas (fundaciones) y personas naturales, las que son insuficientes para dar cobertura universal, eficiente y con altos estándares a nivel nacional en términos de representación jurídica. Esta cobertura no apunta a la atención integral que requiere un niño, niña y adolescente.

Representación jurídica de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia

2019

Programa	Institución a cargo	Administración
Mi Abogado	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Directa
Corporación de Asistencia Judicial	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	Directa
Oficina de Protección de Derechos	Municipalidad	Directa
Programas de Representación Jurídica (PRJ)	Servicio Nacional de Menores	Indirecta
Clínicas Jurídicas	Universidades	Directa
De institución privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos,	Personas Jurídicas	Directa

Fuente: Elaboración propia, en base a información pública

En Chile, para el caso de representación jurídica de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia, la representación la ejerce un abogado(a) en el cargo de curador(a) *ad litem*.

⁵⁴ La Corporación de Asistencia Judicial tiene varios programas especializados, y cabe destacar los Centro de Representación Jurídica de niños, niñas y adolescentes que enfocan su labor en la restitución integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de un equipo multidisciplinario, brindando un seguimiento y acompañamiento a cada uno de sus representados con el debido respeto y cuidado de sus necesidades particulares. También es destacable señalar que la CAJ mantiene un programa para personas con discapacidad.

Las Oficinas de Protección de Derechos (OPD) se encuentran definidas en la Ley n° 20.032, que establece un sistema de atención a la niñez y adolescencia, a través de la red de colaboradores del Sename. El artículo 4 numeral 3° señala que son:

(...) instancias de atención ambulatoria de carácter local destinadas a realizar acciones encaminadas a otorgar protección integral de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, a contribuir a la generación de las condiciones que favorezcan una cultura de reconocimiento al respeto de los derechos de la infancia.⁵⁵

De lo anterior se desprende que dichas oficinas no tienen entre sus lineamientos la representación jurídica, sino que su objetivo es distinto y más bien son instancias, financiadas por Sename y/o municipios, que buscan detectar tempranamente vulneraciones a niños, niñas y adolescentes, de manera de interrumpir las conductas transgresoras y detener el aumento de la complejidad de las vulneraciones de derechos, aunque en la práctica son nombrados como curadores(as) *ad litem*, sobre todo atendida la escasez programática de algunas comunas.

Por su parte, los Programas de Representación Jurídica (PRJ)⁵⁶ tienen como objetivo principal facilitar el acceso a la justicia a los niños, niñas y adolescentes víctimas de vulneraciones de derechos, sean éstas constitutivas o no de delito, mediante la representación jurídica de los mismos ante tribunales de familia, tribunales con competencia en lo penal y tribunales superiores de justicia. Sin embargo, estos programas no tienen cobertura a nivel nacional, y si bien dentro de los objetivos generales se establece la representación por vulneraciones sean o no constitutivas de delito, lo cierto es que, en la práctica, mayoritariamente ejercen en el área de familia.

Cobertura nacional del Programa de Representación Jurídica (PRJ) para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, 2019

Región	Organismos privados sin fines de lucro	Proyecto
Arica y Parinacota	Fundación Mi Casa	PRJ Derechos Arica
Tarapacá	Opción	PRJ Iquique
Antofagasta	Tierra de Esperanza	Umbrales Antofagasta
Atacama	Corporación Prodel	PRJ MERETZ
Coquimbo	Corporación Prodel	PRJ CEDIJAF
Valparaíso	Fundación Mi Casa	PRJ Derechos de Valparaíso
Metropolitana	Corporación Prodeni	PRJ-CEDENIM
	Fundación León Bloy para la promoción integral de la familia	PRJ-CEDEJUN
	Tierra de Esperanza	PRJ-Umbrales
	Fundación León Bloy para la promoción integral de la familia	PRJ - Cajés Rancagua
O'Higgins	Fundación León Bloy para la promoción integral de la familia	PRJ - Cajés Rancagua
Maule	ONG Proyecta	PRJ - Reparación y Justicia M
Biobío	PRODENI	PRJ-CEDEIJ
La Araucanía	Fundación La Frontera	RUKALIWEN
Los Ríos	ONG Proyecta	Reparación y Justicia Los Ríos
Los Lagos	ONG Proyecta	PRJ Reparación y Justicia
Magallanes	Fundación Crea Equidad	PRJ-Tus Derechos

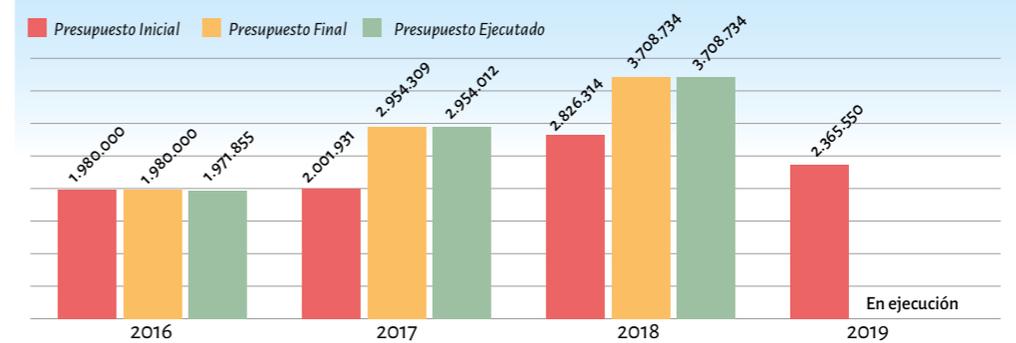
Fuente: Elaboración propia en base al Catastro de la Oferta Programática de la red Sename. Julio 2019

El Programa de Representación Jurídica se implementa en diversas regiones del país. Su ejecución se realiza por terceros quienes son organismos privados sin fines de lucro. Para el 2019, el programa se encuentra implementado en 14 regiones del país a través de 9 organismos.

⁵⁵ Ley n° 20.032 Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del Sename, y su Régimen de Subvención (2005). Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=240374>.

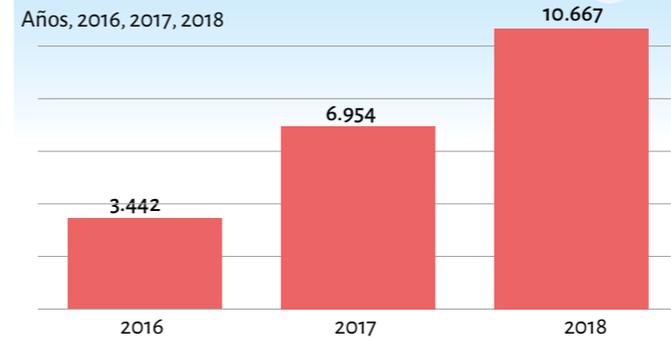
⁵⁶ Ver más: <https://www.sename.cl/web/index.php/oferta-de-proteccion/>.

Presupuesto del Programa de Representación Jurídica (PRJ) para niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, 2019



Fuente: Ficha de seguimiento programas sociales año 2018. Ministerio de Desarrollo Social y Familia

Niños, niñas y adolescentes que atiende el Programa de Representación Jurídica (PRJ) para víctimas de delitos



Fuente: Ficha de seguimiento programas sociales año 2018. Ministerio de Desarrollo Social y Familia

Durante el año 2017 y 2018 hubo un aumento del presupuesto destinado al Programa de Representación Jurídica, lo que se vio reflejado en el aumento de atenciones de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, para los mismos años. En la actualidad, el Programa representa el 8,29% de las atenciones de la línea ambulatoria de Sename.

En esta circunstancia también se encuentran las clínicas jurídicas de diversas universidades del país. En este punto, es preciso señalar que el artículo 19 de la Ley n° 19.968 establece que, si bien se puede designar a una institución pública o privada como curadora, lo cierto es que ésta se debe dedicar a la defensa, promoción o protección de los derechos de niños, niñas o adolescentes, lo que no es el objeto de las universidades. En este sentido, se debe atender a que las universidades que tienen a su haber clínicas jurídicas que pueden asumir curadurías operan con profesores que guían el trabajo de voluntarios y estudiantes.

Además, existen personas jurídicas y naturales que han comenzado a realizar labores de curadurías *ad litem* sin regulación alguna, es decir, sin siquiera seguir lineamientos de algún programa o servicio.

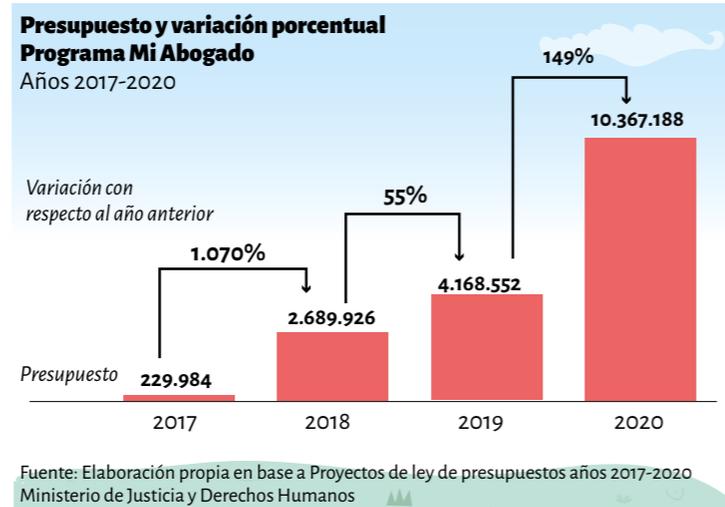
Durante el 2017, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos diseñó un piloto de representación jurídica especializada que corresponde al Programa *Mi Abogado* dirigido a niños y niñas o adolescentes que, por una medida de protección, se encuentren en residencias del Sename en cuatro regiones del país (Tarapacá, Valparaíso, Biobío y Metropolitana). El año 2018 se anunció

la ampliación progresiva de su cobertura a nivel nacional, incorporando las modalidades de cuidado alternativo.

Esta iniciativa surge como respuesta del Estado de Chile al lapidario y brutal informe oficial de investigación contra nuestro país, llevada a cabo por el Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas, de fecha 30 de junio de 2018, en donde el Estado chileno se compromete a la:

Creación del Programa *Mi Abogado*, de defensa especializada para niños, niñas o adolescentes, por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Este programa se encuentra actualmente en ejecución y cuenta con implementación progresiva en el territorio nacional. Su objetivo principal es proveer a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en cuidados alternativos de una representación jurídica de calidad, con un fuerte componente sicosocial, lo que permite una mirada integral y exhaustiva sobre cada caso.⁵⁷

Respecto de *Mi Abogado*, es necesario destacar que, si bien no representa a todos los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se ha decretado una medida de protección, sí contempla estándares de atención e intervención. El(la) abogado(a) curador(a) *ad litem* del niño, niña o adolescente trabaja con un equipo multidisciplinario, específicamente con una dupla sicosocial y cada abogado(a) tiene asignado un máximo de 60 niños, niñas y adolescentes en su intervención, lo que permite una atención directa y especializada.



Desde su plan piloto, el presupuesto del Programa *Mi Abogado* ha aumentado, lo que ha permitido el aumento de la cobertura.

⁵⁷ Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmTIPO=DOCUMENTOCOMUNICACIONCUENTA&prmID=81139>

Regiones 2018	Adopción	Cumplimiento	Penal	Proteccional	Otros	Total
Tarapacá	2	90	8	40	-	140
Valparaíso	11	292	24	174	-	501
R.M.	121	687	6	108	-	922
Biobío	80	448	-	73	124	725
Total	214	1.517	38	395	124	2.288

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Regiones 2019	Adopción	Cumplimiento	Penal	Proteccional	Otros	Total
Arica	-	60	-	10	-	70
Tarapacá	2	138	8	122	-	270
Valparaíso	22	316	11	415	-	764
R.M.	165	1.241	6	211	-	1.623
Maule	13	330	2	23	-	368
Biobío	85	641	3	116	250	1.095
Los Ríos	1	19	-	84	-	104
Aysén	1	29	-	-	1	30
Magallanes	-	45	-	15	-	60
Total	289	2.819	30	996	251	4.384

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Entre el año 2018 y lo que lleva el 2019, el Programa *Mi Abogado* casi ha duplicado sus atenciones y número de regiones donde se implementa el programa. La mayoría de las atenciones del 2018 y 2019 se refieren a causas proteccionales (cumplimientos+proteccional). De igual forma, se dobló el número de regiones de cobertura para el año 2019.

De lo señalado anteriormente, la Defensoría de la Niñez concluye que existen distintas instituciones que ejercen la curaduría, con distintos o nulos estándares de exigencias para desarrollar dicha representación jurídica, y dicha falta de integralidad y fiscalización del ejercicio de la curaduría amenaza o perturba directamente el principio de igualdad ante de ley de los niñas, niñas y adolescentes y, en consecuencia, el ejercicio de sus derechos, garantía constitucional establecida en la Constitución Política de la República de Chile, en específico el artículo 19 N° 3, que señala:

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella;⁵⁸

En opinión de la Defensoría de la Niñez, lo anterior debe necesariamente relacionarse con los estándares internacionales tratados anteriormente y, en particular, con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La falta de una institucionalidad en materia de representación jurídica ha perjudicado directamente a los niños, niñas y adolescentes en Chile, toda vez que no existen requisitos para el nombramiento de un(a) curador(a), más allá de la profesión, ni pautas de funcionamiento que permitan realizar una supervisión de la tarea encomendada a dichos profesionales. Actualmente, no existe forma de evaluar la ejecución de estas curadurías y el efectivo restablecimiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes representados.

2.2.2. REPRESENTACIÓN JURÍDICA ANTE TRIBUNALES CON COMPETENCIA PENAL

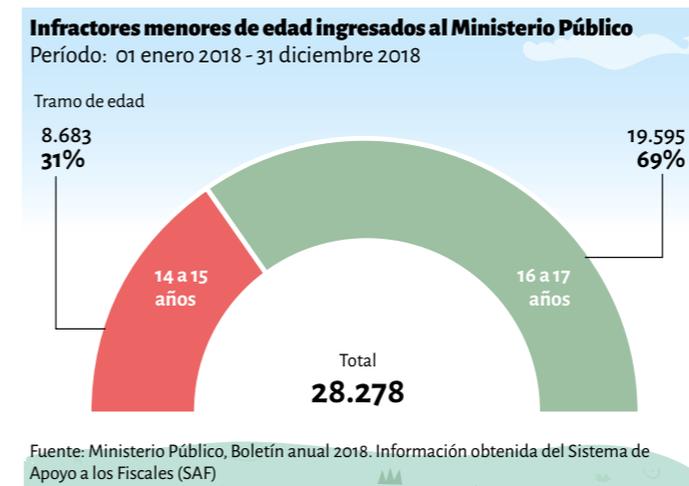
Adolescentes como infractores de ley

El sistema internacional de los derechos humanos indica la necesidad de contar con un sistema especializado en materia de responsabilidad penal para niños, niñas y adolescentes. Tal como ya se ha señalado, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, nos habla de la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes y la especial protección que requieren de parte del Estado. Concretamente, respecto a los infractores de ley, en el numeral 1º del artículo 40 se establece la necesidad de contar con un sistema que fomente la dignidad, en el que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración, asumiendo una función constructiva en la sociedad, lo que en Chile no se cumple.

⁵⁸ Constitución Política de la República de Chile, artículo 19. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.

Por otro lado, también, regulan la materia las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, la Observación General nº 10, del año 2007, sobre los derechos del niño en la justicia de menores⁵⁹ y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”), que fueron citadas anteriormente.

En Chile, el sistema especializado y diferenciado de los adultos, para abordar la responsabilidad penal de las y los infractores, se encuentra regulado en la Ley nº 20.084,⁶⁰ que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.



Siete de cada 10 adolescente en conflicto con la ley penal son adolescentes mayores de 16 años.

Sin embargo, a más de una década de la puesta en funcionamiento de este sistema, la Defensoría de la Niñez considera necesaria una reforma sustancial, debido a que el actual sistema ha demostrado ser insuficiente para alcanzar los resultados esperados, lo que implica no solo un posible cambio de la ley referida, sino que este cambio debe estar asociado a los organismos involucrados en la justicia juvenil, y en particular de sus acciones para cumplir el mandato de la ley y los compromisos internacionales de Chile en la materia.

El actual sistema penal adolescente no logra reinsertar ni se muestra eficaz en términos preventivos especiales del delito. Lo anterior porque, tal como indica Andrés Mahnke Malschafsky, Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública, “la mayoría de las personas que intervienen en un juicio contra un adolescente, y que deben solicitar o decidir el tipo de sanciones que se le aplicará, no conocen los centros, los programas, talleres, planes de intervención, etc.”⁶¹

Ello porque, si bien existen fiscales y magistrados que cuentan con capacitaciones en esta materia, no tienen dedicación exclusiva en la tramitación de las causas. Esta falta de dedicación exclusiva

⁵⁹ Comité de los Derechos del Niño. 2007. Observación General de los Derechos del Niño, nº 10: Los derechos del niño en la justicia de menores.

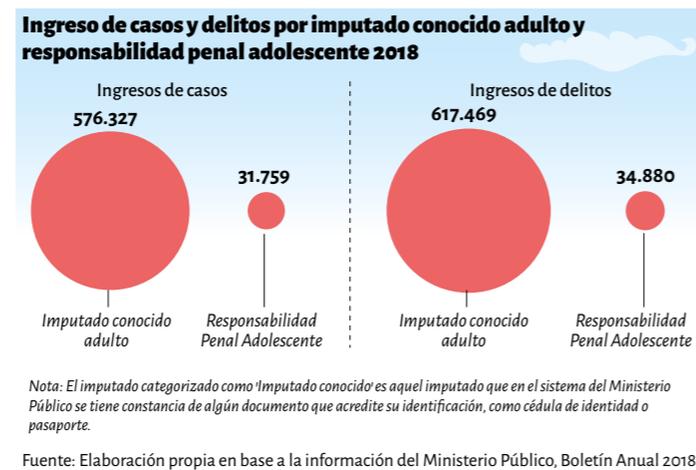
⁶⁰ La Ley nº 20.084 tuvo su origen por Mensaje del Presidente de la República en el año 2002. Luego de tres años de tramitación, fue publicada el 7 de diciembre de 2005.

⁶¹ Información extraída desde el Oficio nº 518, de fecha 17 de octubre de 2019, emitido por el Defensor Nacional Andrés Mahnke Malschafsky al Senador Francisco Huenchumilla Jaramillo, presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

perjudica directamente a este grupo aún más vulnerable de adolescentes. Y si a ello se suma la mala infraestructura, las condiciones en las que se encuentran privados de libertad y la falta de programas efectivos que promuevan su reinserción social, el ideal del sistema especializado no se cumple. Si bien casi el 90% de las causas que ingresan al sistema penal corresponde a población adulta, lo cierto es que la regulación y cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos de quienes infringen la ley penal siendo adolescentes no se debe abandonar y requiere de los ajustes necesarios que permitan asegurarles a estas y estos jóvenes el efectivo resguardo de su interés superior.

En la actualidad, en materia de representación jurídica, la Defensoría Penal Pública asume la representación de las y los adolescentes que se encuentran en conflicto con el sistema penal, existiendo defensores(as) especializados(as) para intervenir en sus casos. La Defensoría Penal Pública atiende más del 98 % de los jóvenes que ingresan al sistema, desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.084. Actualmente, dicha institución cuenta con 50 Defensores Juveniles⁶² para todas las regiones de Chile, quienes son apoyados(as) en sus funciones por trabajadores(as) sociales.

La gran mayoría de los casos y delitos que conoce el Ministerio Público corresponden a adultos. El ingreso de casos y delitos por Responsabilidad Penal Adolescente representan el 5% del total de ingresos nacionales en ambos casos.



⁶² Ibid.

La Defensoría de la Niñez afirma que es necesario diseñar e implementar una política pública general, con enfoque de derechos humanos, en lo relacionado con la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal con el objetivo de prevenir la delincuencia juvenil, en virtud de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo necesario evitar la criminalización de ellos, estableciendo medidas alternativas a la privación de libertad, tal como se indica en el artículo 40.4 de la Convención que dispone "(...) posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción".

Ingresos de delitos por Responsabilidad Penal Adolescente 2018

Categoría de delitos	Total Nacional	%
Lesiones	5.962	17,1%
Hurtos	5.431	15,6%
Faltas	5.149	14,8%
Delitos contra la libertad e intimidad de las personas	3.901	11,2%
Otros delitos contra la propiedad	3.147	9,0%
Robos	2.806	8,0%
Robos no violentos	2.044	5,9%
Otros delitos	1.513	4,3%
Delitos sexuales	1.351	3,9%
Delitos ley de drogas	1.039	3,0%
Hechos de relevancia criminal	695	2,0%
Delitos de leyes especiales	604	1,7%
Delitos contra la fe pública	328	0,9%
Delitos económicos y tributarios	316	0,9%
Delitos ley de tránsito	311	0,9%
Homicidios	113	0,3%
Cuasidelitos	97	0,3%
Delitos contra leyes de propiedad intelectual e industrial	50	0,1%
Delitos funcionarios	11	0,0%
Delitos de justicia militar	6	0,0%
Delitos de tortura, malos tratos, genocidio y lesa humanidad	6	0,0%
Total general	34.880	100,0%

Fuente: Elaboración propia en base a la información del Ministerio Público, Boletín Anual 2018

El delito de hurto a supermercados o centros comerciales es el principal caso policial de detención de niños, niñas y adolescentes para los años 2016 a 2018.

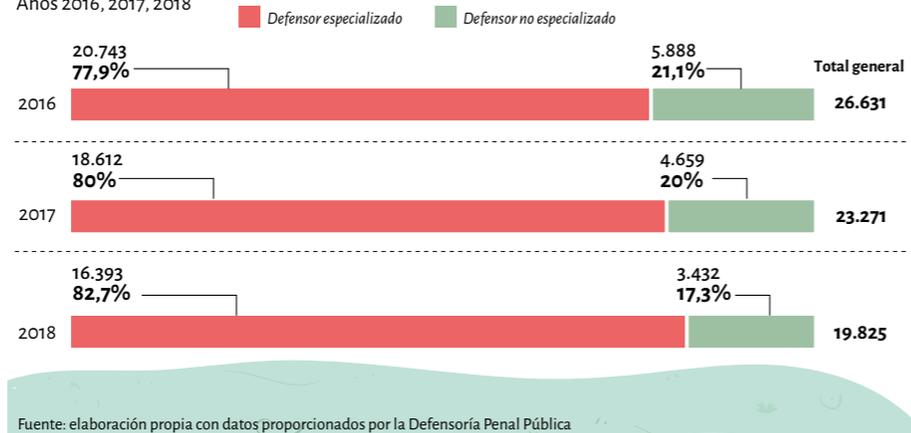
Aproximadamente el 40% de los ingresos de adolescentes al área de justicia juvenil de Sename es a sanción de medio libre. Las sanciones privativas de libertad representan un 12,3% de los ingresos totales.

Ingresos totales de adolescentes y jóvenes destinados al cumplimiento de sanciones o medidas cautelares en el Sename				
Tipo de proyecto	Sanción/Medida	Modelo	Recuento	% respecto al total
Medio Libre 66,4%	Medida	MCA - Medida cautelar Ambulatoria	1.581	19,09%
	Salidas Alternativas	PSA - Programa de Salidas Alternativas	651	7,86%
	Sanción	PLA - Programa de Libertad Asistida	1.117	13,49%
		PLE - Programa de Libertad Asistida Especial	1.389	16,78%
		SBC - Servicios en Beneficio de la Comunidad y Reparación del Daño	757	9,14%
Privativa de libertad 33,6%	Medida	CIP - Centro de Internación Provisoria	1.713	20,69%
	Sanción	CRC - Centro de Régimen Cerrado	641	7,74%
		CSC - Centro de Régimen Semicerrado	431	5,21%
Total			8.280	100%

Fuente: Servicio Nacional de Menores, Anuario Estadístico 2018

Ingresos a la Defensoría Penal Pública de causas asociadas a niño, niña o adolescente según tipo de defensor

Años 2016, 2017, 2018



Desde el 2016 ha disminuido el total de ingresos a la Defensoría Penal Pública de causas asociadas a adolescentes, además se observa un aumento en la proporción de Defensores Especializados vinculados a las causas de jóvenes.

La especialización antes referida se encuentra establecida en el artículo 31 de la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública, el que dispone “que a lo menos 50 de dichos defensores locales (de un total de 195) cumplirán funciones para la defensa penal de adolescente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley N° 20.084”.⁶³

En este sentido, y en relación con la necesidad de reformar el sistema de justicia penal adolescente, actualmente se encuentra en el Senado el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal Adolescente, y a otras normas que indica (Boletín N° 11.174-07). Este nuevo sistema nacional, enfocado a la reinserción social, propone, en términos generales, lo siguiente:

1. Creación de un Sistema de Justicia Penal juvenil, enfocado en la reinserción social juvenil, con un modelo administrativo distinto al que conocemos (artículos 1 a 39 permanentes),

⁶³ El paréntesis de la cita no corresponde al texto original.

donde se señalan las facultades y responsabilidades tanto del Director Nacional, como de las direcciones regionales, y se establece la creación del Consejo de Estándares y Acreditación, mejorando los programas de intervención.

Se crea, también, la Comisión Nacional de Reinserción Social Juvenil, encargada principalmente de la coordinación con los demás actores del sistema, siendo replicada a nivel regional por las comisiones operativas regionales.

2. Modificaciones a la Ley N° 20.084, entre las que se encuentran la eliminación de la multa como sanción; la sustitución de la medida de internación en régimen semicerrado por la libertad asistida especial con reclusión parcial; se modifica el artículo 24 de la Ley N° 20.084 y se introducen nuevos artículos, con el objeto de solucionar el problema actual, relativo a la multiplicidad de sanciones, con la unificación de las mismas; se elimina el procedimiento monitorio; se modifican las normas relativas a procedimientos abreviados; y se establece la mediación penal como una forma de solución de conflictos.

3. Adecuaciones a otros cuerpos legales, como el Código Orgánico de Tribunales; la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público; la Ley N° 19.718, que Crea la Defensoría Penal Pública; el D.F.L. N° 3, de 2016, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. Modificaciones que, en términos generales, establecen y pretenden el funcionamiento efectivo de un sistema especializado en materia de juzgamiento penal a adolescentes, con jueces y fiscales que cuenten con exclusividad; sin embargo, la cobertura y criterios utilizados para su distribución a nivel nacional siguen siendo insuficientes.

4. Finalmente, en las disposiciones transitorias se regulan aspectos tales como la vacancia y gradualidad de la ley; el traspaso y encasillamiento de funcionarios desde el Servicio Nacional de Menores al Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, y el primer presupuesto del Servicio.⁶⁴

Niños, niñas y adolescentes como víctimas o testigos

Todo lo anterior a lo que se ha hecho referencia en materia penal tiene relación con los y las adolescentes en calidad de imputados(as), pero la Defensoría de la Niñez considera que también la protección y el resguardo de acceso a la justicia, igualdad ante la ley y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, y reglas y directrices en materia son aplicables a los niños, niñas y adolescentes que son víctimas o testigos de delitos. En ese sentido las mismas instituciones mencionadas como la CAJ, OPD, municipios, PRJ y universidades, personas naturales y jurídicas tienen programas para representar a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos.

Con relación a los niños, niñas y adolescentes víctimas de determinados delitos, se publicó el 20 de enero de 2018, la Ley N° 21.057,⁶⁵ más conocida como la ley de “Entrevistas videograbadas”,

⁶⁴ Datos de proyecto de ley, Boletín N° 11.174-07 al agosto de 2019.

⁶⁵ Ley N° 21.057 que Regula Entrevistas Grabadas en Video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales (2018). Esta ley, conforme a su artículo primero transitorio, entró en vigencia de manera gradual en tres etapas, a partir de la publicación de su reglamento, el cual se contiene en el Decreto 401, publicado el 2 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1113932>.

El delito de vulneración de derechos es el principal caso policial de detención de delitos cometidos hacia niños, niñas y adolescentes entre el 2016 a 2018. Lo siguen los delitos de presunta desgracia y lesiones leves.

que tiene como objetivo evitar la victimización secundaria de los niños, niñas y adolescentes en el proceso penal, regulando la realización de la entrevista investigativa videograbada como la declaración judicial, instancias que solo podrán ser ejecutadas por personal especialmente entrenado y certificado para dichos efectos, especializado en cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, en el sistema de enjuiciamiento criminal a su respecto.

Principales delitos cometidos contra niños, niñas o adolescentes
Años 2016, 2017, 2018

Delito	2016	2017	2018
Vulneración de derechos	13,5%	15,0%	17,5%
Hallazgo de persona (presunta desgracia)	8,7%	8,9%	8,7%
Lesiones leves art. 494 nro. 5	12,0%	11,0%	10,2%
Presunta desgracia infantil	7,2%	7,3%	7,0%
Cuasi delito de lesiones	8,2%	7,8%	6,8%
Amenazas simples contra personas y propiedades art. 296 nro. 3	5,3%	4,9%	4,6%
Presunta desgracia	4,4%	4,6%	4,1%
Abuso sexual de menor de 14 años (con contacto corporal) art. 366 bis.	2,5%	2,8%	3,6%
Violencia intrafamiliar a niño (lesiones leves)	3,9%	3,6%	3,9%
Robo con intimidación art. 433, 436 inc. 1 438	3,6%	3,5%	3,0%
Subtotal	69%	69%	69%

Fuente: Subsecretaría de Prevención del Delito

Esta ley se aplica respecto de los delitos de mayor gravedad, como los sexuales, secuestro agravado o secuestro prolongado, sustracción de menores, pornografía infantil, homicidio, parricidio, femicidio, castración, lesiones gravísimas, tráfico de migrantes, tráfico de personas para ejercer la prostitución, explotación sexual infantil, robo con violencia, robo con homicidio, robo con violación y violación con homicidio.

Los principios que informan las interacciones con niños, niñas o adolescentes en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento son el interés superior, autonomía progresiva, participación voluntaria, prevención de la victimización secundaria, asistencia oportuna y tramitación preferente de parte de los actores del proceso penal y resguardo de la dignidad.

Lo anterior es coherente, en opinión de la Defensoría de la Niñez, con las obligaciones del Estado en virtud del mandato de la normativa internacional vinculante para éste, principalmente porque a través de la citada ley y su reglamento se establecen estándares de interacción y del lugar de la entrevista, requisitos para ser entrevistador(a), que dentro de los más relevantes es tener una formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa videograbada y declaración judicial a niños y niñas o adolescentes, y contar con acreditación vigente otorgada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de conformidad al Título VI de dicho reglamento.

Rol de la Defensoría de la Niñez

A partir del año 2018, la Defensoría de la Niñez, creada por la Ley N° 21.067, entra al escenario como un organismo del Estado, autónomo y técnico especializado en materia de niñez y adolescencia.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 4, literal b) de la Ley N° 21.067, el(la) Defensor(a) de la Niñez podrá interponer acciones y deducir querellas, de conformidad con el artículo 16. El artículo 16 inciso cuarto de la citada norma señala que “el Defensor podrá deducir acciones y querellas respecto de hechos que involucren a niños y revistan caracteres de gravedad, relevancia o interés social comprometido, siempre que se trate de aquellos delitos tipificados en el artículo 142 y en los Párrafos 5° y 6° del Título VII, y 1°, 2° y 3° del Título VIII, todos del Libro Segundo del Código Penal”.

Respecto de los delitos por los cuales se puede querellar la Defensoría de la Niñez, estos son limitados y, según se ha señalado en este informe,⁶⁶ corresponden a la sustracción de menores, la violación, la violación con homicidio, el estupro, el abuso sexual, la producción de material pornográfico infantil, la facilitación de la explotación sexual comercial infantil, el parricidio, el homicidio, el auxilio al suicidio, el infanticidio, la castración, la mutilación de miembro importante y las lesiones. Además, solo corresponde el ejercicio de dicha facultad tratándose de hechos que involucren a niños, niñas y adolescentes y que revistan caracteres de gravedad, relevancia o interés social.

En cuanto a otras facultades judiciales, la Defensoría de la Niñez también está facultada para presentar recursos de protección o amparo (artículo 16°, inciso final) y puede actuar como *amicus curiae* ante los tribunales de justicia, entregando su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias, desde los estándares internacionales en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, en los casos y las materias relativas a su competencia y realizar denuncias en los casos pertinentes.

Entre el 29 de junio de 2018 y el 29 de junio de 2019, la Defensoría de la Niñez presentó:⁶⁷

- 10 querellas criminales presentadas de oficio y no como resultado de la solicitud de algún particular para interponer la acción judicial.
- 2 recursos de protección. El primero fue presentado el 14 de septiembre de 2018, ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, a favor de niños, niñas y adolescentes de las zonas de Quintero y Puchuncaví, quienes sufren la crítica situación medioambiental y, el segundo, el 30 de octubre de 2018, ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, a favor de las niñas y adolescentes de la comunidad estudiantil del Liceo N° 1 de Niñas de la comuna de Santiago.
- 7 denuncias ante el Ministerio Público, solicitando a dicho órgano autónomo la investigación penal por hechos que afectan a niños, niñas y adolescentes brindándoles oportuna y efectiva protección a los niños, niñas y adolescentes víctimas.
- 4 *amicus curiae*, principalmente en materia de secuestro internacional y migración.

⁶⁶ Ver página 118 del este Informe Anual

⁶⁷ Ver página 120 y siguientes del este Informe Anual

2.2.3. Representación jurídica de niños, niñas y adolescentes en procedimientos administrativos

El acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes no puede tener efectividad solo en el ámbito judicial. Los estándares internacionales establecen que ese acceso a la justicia debe existir también en los ámbitos administrativos.

La Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, en su artículo 20, regula la capacidad para actuar, indicando:

Tendrán capacidad de actuar ante la Administración, además de las personas que gocen de ella o la ejerzan con arreglo a las normas generales, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.⁶⁸

Si bien el encabezado de la norma se refiere a la regla general en materia de capacidad en el Código Civil, por otro lado permite la actuación de los niños, niñas y adolescentes para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses en los actos de la administración, siempre y cuando su actuación se encuentre permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

Lo anterior refleja la inconsistencia de la actual legislación nacional en la regulación de los actos de los niños, niñas y adolescente, porque si bien en esta área se permite el ejercicio de los niños, niñas y adolescentes de forma autónoma, se excluye a los “menores incapacitados”, manteniéndose la mirada tutelar, subestimando la capacidad de los niños, niñas y adolescentes, sin proveer una representación jurídica, técnica y especializada.

Es decir, la norma permite la participación de los niños, niñas y adolescentes sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, reconociendo su autonomía progresiva y la existencia de intereses propios de los niños, niñas y adolescentes, los que pueden ser distintos o contradictorios a los de sus representantes legales.

Por su parte, el artículo 22 de la citada ley regula a los apoderados en actos de la administración del Estado, disponiendo que:

Los interesados podrán actuar por medio de apoderados, entendiéndose que éstos tienen todas las facultades necesarias para la consecución del acto administrativo, salvo manifestación expresa en contrario. El poder deberá constar en escritura pública o documento privado suscrito ante notario. Se requerirá siempre de escritura pública cuando el acto administrativo de que se trate produzca efectos que exijan esa solemnidad.⁶⁹

⁶⁸ Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (2003), artículo 20. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676&r=2>.

⁶⁹ *Ibid*, artículo 22.

En opinión de la Defensoría de la Niñez, las normas citadas no se refieren a la representación técnica y especializada en esta área, lo que constituye un nudo crítico, ya que el Estado no está proveyendo de una defensa gratuita y de calidad que represente los intereses del niño, niña o adolescente, sino por el contrario, está imponiendo dicho costo al mismo niño, lo que contraviene los instrumentos internacionales en materia de representación jurídica.

Es decir, la normativa interna chilena –por la concepción que tiene del niño, niña o adolescente, sumado a las falencias manifiestas en términos concretos que tiene su participación efectiva en procesos administrativos y judiciales– requiere del establecimiento de una representación jurídica universal, especializada, gratuita, constituida, desde el enfoque de derechos humanos, como una política pública robusta que represente, de manera oportuna y efectiva, a través de un organismo especializado, integrado por profesionales especialistas de diversas disciplinas, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, sin otro objetivo y motivación que su efectivo resguardo.

2.2.4. Rol del Poder Judicial

El Poder Judicial ha reaccionado al cambio de paradigma comprendiendo a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho de manera proactiva, entendiendo la realidad de los mismos, estableciendo procesos y protocolos para su atención. En ese sentido, es el ministro Sergio Muñoz quien ha liderado la modernización del Poder Judicial.

Ya en el año 2014, a través del Acta 37-2014, de 14 de marzo de 2014, la Corte Suprema dictó el “Auto Acordado que regula el seguimiento de medidas de internación y visitas a los centros residenciales por los tribunales de familia en coordinación con el Servicio Nacional de Menores y el Ministerio de Justicia”, mismo que establece exigencias básicas para la actuación judicial en materias que involucren a niños, niñas y adolescentes.

A raíz de lo anterior, en cada I. Corte de Apelaciones del país se han constituido Mesas Técnicas Interinstitucionales, lideradas por el(la) o los(as) ministros(as) encargados de asuntos de familia de estas Cortes de Apelaciones y con la asesoría de los Centros de Observación y Control de Cumplimiento de Medidas de Protección de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.⁷⁰ Estas mesas comenzaron a operar de manera paulatina a partir del año 2015, culminando el año 2018 con la instalación de ellas en todo el país con la implementación en las Cortes de Apelaciones de la Región Metropolitana.

Dichas mesas tienen como objetivo asegurar el oportuno y debido cumplimiento de las medidas de protección dictadas por los tribunales de familia respecto de los niños, niñas y adolescentes cuyos casos deben conocer. Además, han tenido como finalidad, a pesar de no constituir una obligación ni función para este Poder del Estado, coordinar el intersector para que las resoluciones dictadas en favor de la protección de niños, niñas y adolescentes tengan efectividad y se ejecuten de manera oportuna, citando periódicamente a actores directamente responsables de ello como Sename, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (a través de Programa *Mi Abogado* y Gendarmería de Chile), Ministerio de Desarrollo Social y Familia, Subsecretaría de la Niñez

⁷⁰ A partir de 2019- 2020 estos Centros de Observación pasarán a ser parte de las I. Cortes de Apelaciones.

(institución creada para la coordinación del intersector), Ministerio de Salud, Defensoría de la Niñez, entre otros, con la finalidad de velar por el efectivo resguardo del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Es en el marco de dichas mesas interinstitucionales que se está dando cumplimiento, también, a la resolución de la Corte Suprema N° 1.251-2019, que solicita a los tribunales establecer información adecuada y fidedigna sobre los(as) curadores(as) *ad litem*, primero con el objeto de tener la información, y, luego, para proponer cursos de acción.

Específicamente, en materia de representación jurídica, se solicita que:

Los jueces deberán procurar, como buena práctica, la designación de abogados para los niños, niñas y adolescentes tanto en primera como en segunda instancia, bajo criterios de calidad para su selección y parámetros de desempeño. En el desarrollo de este encargo, los ministros tendrán en cuenta que la obligación del Poder Judicial es de difundir el Programa *Mi Abogado* en su interior u otro de similar naturaleza.

Para la ejecución del compromiso reseñado, la Corporación Administrativa del Poder Judicial incorporará el hito “curador *ad litem*” en el sistema de tramitación para el seguimiento de la designación de éstos en las causas y la debida evaluación del funcionamiento del sistema, de acuerdo a parámetros de desempeño.⁷¹

La Defensoría de la Niñez ha desarrollado un trabajo colaborativo con el Poder Judicial, gestado a partir del Oficio N° 131/2018, en que se solicitó al presidente de la Corte Suprema acceder a un trabajo conjunto, petición que fue favorablemente acogida, a través de la Resolución de Pleno AD N° 40-2019, donde: a) se instruye a la Unidad de Seguimiento en Información (Acta 37-2014) para que remita a la Defensoría de la Niñez informes trimestrales de los Centros de Observación y Control para el Cumplimiento de Medidas de Protección en funcionamiento en los territorios jurisdiccionales de las Cortes de Apelaciones del país; b) instruye que las Cortes de Apelaciones remitan periódicamente a la Defensoría de la Niñez informe semestral de visitas a residencias de Sename y privados, y c) se sugiere a las Cortes de Apelaciones que evalúen la participación de la Defensoría de la Niñez en las mesas intersectoriales.

Lo anterior ha permitido a la Defensoría de la Niñez conocer las condiciones en las que viven los niños, niñas y adolescentes en residencias o centros privativos de libertad, con el objeto de realizar recomendaciones a los distintos actores, que influyan directamente en la mejora de las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes y así restituir, en el menor tiempo posible sus derechos, tal como lo ordena la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este marco, la Defensoría de la Niñez destaca el Proyecto de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables, que lidera el Poder Judicial desde el año 2015 –con actualización en 2019– para la aplicación efectiva de las Reglas de Brasilia respecto de niños, niñas y adolescentes.

⁷¹ Resolución de la Corte Suprema AD 1251-2018, de 27 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.pjud.cl/141>.

Asimismo, el Pleno de la Corte Suprema de Chile aprobó, en marzo de 2015, la realización del proyecto denominado *Presentación regional de Instrumentos Iberoamericanos de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de grupos vulnerables*,⁷² que tuvo por objeto difundir, a todas las jurisdicciones del país, las Reglas de Brasilia y el Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes comunidades y pueblos indígenas, para sensibilizar a jueces, juezas y todos las y los funcionarios judiciales respecto a la necesidad de considerar las especificidades de cada persona que entra en contacto con el sistema de justicia.

En su segundo año, el plan pasó a denominarse *Proyecto Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables*, nombre más amplio que identifica de mejor manera las distintas actividades e iniciativas que comprende, las que ahora no sólo buscan la difusión y sensibilización respecto al uso de los dos instrumentos mencionados, sino que pretenden generar reflexión y elaborar recomendaciones propias considerando la legislación, el sistema judicial y la idiosincrasia nacional. El Proyecto, consideró el 2018 una nueva línea de acción referente a la elaboración de recomendaciones propias considerando la legislación, el sistema judicial y la idiosincrasia nacional, siempre en concordancia con los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país y por el Poder Judicial.

El objetivo de estos protocolos es adaptar a la realidad social y jurídica de nuestro país el mencionado instrumento iberoamericano, de manera de mejorar el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad y fortalecer la capacidad institucional de dar una efectiva atención y respuesta. La herramienta, que establece reglas generales y recomendaciones de actuación con miras a garantizar el real acceso a la justicia, está dirigida a jueces y juezas que estén conociendo casos en los que, de alguna forma, estén involucradas personas de los grupos en situación de vulnerabilidad señalados.

Para llevar a cabo la elaboración de los protocolos, durante el año 2018 se realizaron cinco mesas de trabajo compuestas por jueces y juezas que se destacaron por trabajar en la temática y por su participación en alguno de los seminarios del proyecto Acceso a la Justicia. Las mesas también fueron integradas por representantes de instituciones públicas y organizaciones relacionadas con el trabajo con los grupos en situación de vulnerabilidad.

⁷² Instrumentos Iberoamericanos de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de grupos vulnerables. Disponible en: <http://secretariadegenero.pjud.cl/index.php/noticias/59-mesas-de-trabajo-acceso-a-la-justicia-de-grupos-vulnerables-elaboracion-de-una-guia-de-actuacion-judicial>.