

OFICIO N° 524/2020

- ANT.:** Resolución en causa RIT [REDACTED] de 29 de mayo de 2020, del Juzgado de Familia de Valparaíso.
Resolución en causa RIT [REDACTED], de 29 de mayo de 2020, del Juzgado de Familia de Viña del Mar.
- ADJ:** Oficio N° 458, de 28 de mayo de 2020, emitido por la Dirección Regional de Valparaíso del Servicio Nacional de Menores, dirigido a la Defensoría de la Niñez.
Resolución en causa RIT [REDACTED], de 29 de mayo de 2020, del Juzgado de Familia de Valparaíso.
Resolución en causa RIT [REDACTED], de 29 de mayo de 2020, del Juzgado de Familia de Viña del Mar.
Carta de Sintrasub SENAME, de 9 de abril de 2020, dirigida a Defensora de la Niñez.
Oficio N° 181, de 8 de junio de 2020, emitido por Sintrasub SENAME, dirigido a la Defensoría de la Niñez.
Oficio N° 515, de 12 de junio de 2020, emitido por la Dirección Regional de Valparaíso del Servicio Nacional de Menores, dirigido a la Defensoría de la Niñez.
- MAT.:** Informa y solicita lo que indica.

SANTIAGO, 23 de junio de 2020.

**DE: SRTA. PATRICIA MUÑOZ GARCÍA
DEFENSORA DE LA NIÑEZ
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ**

**A: SR. GUILLERMO SILVA GÜNDELACH
PRESIDENTE
EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA DE CHILE**

Junto con saludar cordialmente, por medio del presente Oficio, en mi calidad de Defensora de la Niñez, y en razón del mandato legal establecido para nuestra institución, destinada a la promoción, difusión y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, me dirijo a Us. Excelentísima, respetuosamente, para informar lo que a continuación paso a exponer, y que guarda relación con la decisión de Tribunales de Familia del territorio jurisdiccional de Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso de modificar medidas de protección de niños, niñas y adolescentes de la Residencia “RPL PER Hogar María Madre” y solicitar vuestra intervención, en su calidad de máximo tribunal del país.

De forma previa, es preciso indicar a Us. Excelentísima que el requerimiento que se presenta, mediante el presente Oficio, se enmarca dentro del ejercicio de la función legal de esta institución, establecida en el artículo 4 letra h) de la Ley N° 21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, según el cual la Defensoría de la Niñez puede emitir informes y

recomendaciones que tengan por objeto la promoción o protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes del país.

1. Antecedentes de contexto:

Para contextualizar, en el ejercicio de sus funciones legales, esta Defensoría de la Niñez tomó conocimiento, por medio del Oficio N° 458, de 28 de mayo de 2020, remitido por la Dirección Regional del Servicio Nacional de Menores, acerca de un amago de incendio ocurrido en la Residencia “*RLP PER María Madre*”, de Viña del Mar, el día 28 de mayo de 2020, que, aunque afortunadamente no causó lesiones en las personas presentes (9 niños y niñas y 4 educadoras), provocó la imposibilidad transitoria de albergar niños y niñas en el recinto, mientras duraran las reparaciones. Por lo anterior, se informó en dicho Oficio que el Servicio Nacional de Menores solicitó a los Tribunales de Familia respectivos la autorización del “*acercamiento familiar con tercero vinculado*” mientras perduraran las obras. **Sin embargo, las personas indicadas, respecto de cada niño y niña presente en la Residencia, como “tercero vinculado” en el marco de un “acercamiento familiar”, eran exclusivamente miembros del directorio de la ONG María Madre (organismo colaborador que administra la Residencia), profesionales e incluso voluntaria de dicha ONG y una psicóloga del PRI.** Esta situación, según fue confirmado a esta Defensoría de la Niñez, telefónicamente por la Directora (S) de la Residencia, **habría sido conocida y autorizada por los Tribunales de Familia de Valparaíso, Quilpué y Viña del Mar.**

En relación con este caso, esta Defensoría de la Niñez también recibió un requerimiento interno, por parte de la madre de dos de los niños y niñas que se encontraban en la Residencia, alegando que desconocía de sus paraderos luego del incendio. Esta situación irregular fue, asimismo, informada por el Sindicato Nacional de Trabajadores subcontratados del Servicio Nacional de Menores, Sintrasub SENAME, mediante Oficio N° 181/2020, de fecha 8 de junio de 2020, adjunto al presente Oficio, ante posibles irregularidades en Tribunales de Familia de Viña del Mar. Finalmente, estos hechos fueron difundidos también en medios de comunicación¹.

A partir de lo anterior, esta Defensoría de la Niñez, mediante su respuesta contenida en el Oficio N° 457, de 8 de junio de 2020, dirigido a la Dirección Regional de Valparaíso del Servicio Nacional de Menores, manifestó su preocupación por la irregularidad detectada y la posibilidad de afectación de los derechos de los niños y niñas que se encontraban en esa situación, por lo cual solicitó información y emitió recomendaciones. En respuesta, mediante Oficio N° 515, de 12 de junio de 2020, adjunto al presente Oficio, la Dirección Regional de dicho Servicio informó que lo anterior había sido autorizado por Tribunales de Familia, en los que existían causas proteccionales relacionadas con niños y niñas de la Residencia y que, incluso, en dos de los casos, los tribunales estimaron “*que no era necesario el pronunciamiento de la magistratura, atendido que los hechos que se daba cuenta trataban de una situación puntual*”.

A mayor abundamiento, en la resolución en causa RIT [REDACTED], de fecha 29 de mayo de 2020, señalada en el “ANT.” y adjunta al presente Oficio, la jueza titular del Juzgado de Familia de Valparaíso, Sra. María Elena González Barra, resolvió, sobre este asunto que, teniendo en cuenta que la Residencia es quien detenta el cuidado personal, estima “*(...) que dicha institución es quien debe arbitrar las medidas necesarias para otorgar el debido resguardo a los niños de autos, no siendo necesario pronunciar al respecto por parte del tribunal y atendido que los hechos que se da cuenta tratan de una situación puntual, que dice relación con factores externos a los niños*”, resuelve tener presente lo informado respecto del traslado con terceras personas sin hacer ningún análisis de si la decisión de la Residencia, o de SENAME, es respetuosa del necesario vínculo de los niños y niñas involucradas con sus familias de origen, si es que aquella afecta o no sus derechos y si es que ésta ha tenido, como consideración primordial, su interés superior.

Por su parte, en la resolución en causa RIT [REDACTED], de fecha 29 de mayo de 2020, adjuntada en el presente Oficio, la Jueza Titular del Juzgado de Familia de Viña del Mar, Sra. Paula Pilar Navarro Arteaga, autoriza “*el acercamiento familiar*” del niño de dichos autos, con

¹BIO BIO CHILE, “Mujer acusa que hijos que estaban en hogar de menores fueron trasladados a casas de funcionarios”, noticia de 4 de junio de 2020: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2020/06/04/mujer-acusa-hijos-estaban-hogar-menores-fueron-trasladados-casas-funcionarios.shtml>

“integrante del directorio de ONG María Madre como parte del plan de contingencia habilitado, por el plazo de 30 días o por el tiempo que perduren las obras de reparación”.

Ambas resoluciones constituyen un peligroso precedente judicial que revela una falta de control jurisdiccional de una decisión vital, que trasunta en la cohabitación de niños y niñas, que se encuentran bajo cuidado del Estado, en domicilios de personas cuyas trayectorias personales, vínculos familiares, evaluaciones de habilidades para desempeñar el cuidado de niños y niñas y, por tanto, la generación de espacios de protección efectiva de ellas y ellos son absolutamente desconocidas, ni siquiera evaluadas mínimamente, e implican, además, la falta de análisis judicial inicial que demanda la debida consideración primordial de su interés superior, que dice relación con la posibilidad de revincularles con sus familias de origen, extensa u otros adultos significativos, resguardando así sus derechos, particularmente el central que dice relación con su derecho a vivir en familia.

Se debe indicar finalmente, que, con fecha 8 de junio de 2020, el Servicio Nacional de Menores informó acerca del retorno de los niños y las niñas a la Residencia, luego de que concluyeran las obras de reparación.

Más allá del caso en concreto, esta Defensoría de la Niñez ha tomado conocimiento, mediante carta y Oficio de Sintrasub SENAME, adjuntas al presente Oficio, de que **se trataría de decisiones relativamente cotidianas ante casos de emergencias**, incrementadas actualmente a propósito de la contingencia sanitaria, en que se decidiría trasladar a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en residencias de protección a los domicilios particulares de trabajadores y educadoras del establecimiento. Lo anterior es de especial preocupación para esta Defensoría de la Niñez, puesto que no es compatible con los estándares internacionales de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en materia de cuidado alternativo, lo que motiva la presentación de este Oficio a Us. Excelentísima.

2. La obligación de garantizar cuidados alternativos a los niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar

Lo informado mediante el presente Oficio constituye una modificación de la medida de protección, según lo prescrito en el artículo 80 de la Ley N° 19.968, que Crea los Tribunales de Familia, puesto que, mediante la resolución del tribunal, **se confía a un tercero guardador el ejercicio del cuidado temporal provisorio que detenta**, mientras se encuentre vigente la medida residencial, el director o directora de la residencia en concreto².

Para esta Defensoría de la Niñez, **aunque se trate de una medida transitoria ante una situación de emergencia, es de suma importancia que se protejan efectivamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo cuidado del Estado**, cuestión que no queda clara en este caso en que se entrega el cuidado a adultos externos y probablemente ajenos a las vidas de los niños y niñas. Es preciso tener en cuenta, además, que en este caso se trata de niños y niñas de dos a cinco años de edad, privados de su medio familiar, por lo que se trata de personas en especial situación de vulnerabilidad.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación de los Estados Parte de garantizar cuidados alternativos a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren temporal o permanentemente privados de su medio familiar, siendo una de estas formas de cuidado, solo en caso de ser estrictamente necesario, la colocación en residencias de protección³. Por su parte, las *Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños* refuerzan la idea de que el Estado debe proveer un cuidado residencial que sea adecuado para el cuidado y protección de los niños, niñas y adolescentes que así lo requieran⁴.

Es de preocupación para esta Defensoría de la Niñez que se autorice el cuidado por parte de adultos que no son parte de la vida del niño o la niña, sino con personas que son integrantes del organismo colaborador, en lugar de preferir la opción del cuidado familiar o de

² Ley N° 20.032, que Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de Red de Colaboradores del SENAME, y su Régimen de Subvención, art. 21.

³ Convención sobre los Derechos del Niño (1989), artículo 20.

⁴ Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (2010), párr. 5.

otro adulto significativo del niño o la niña, o, para los casos en que lo anterior no sea posible, el acondicionamiento de un recinto transitorio que permita la continuidad del vínculo con las educadoras y sus pares, y con su programa de intervención, en cumplimiento con la obligación estatal de garantizar el acogimiento residencial y el deber reforzado de protección que recae sobre los Estados respecto de la niñez privada de su medio residencial.

Así también, alarma que en el caso se haya encargado al cuidado de personas en sus domicilios particulares, sin que exista constancia acerca de si cuentan con condiciones adecuadas para recibir a los niños y niñas, tanto en cuanto a condiciones de habitabilidad, idoneidad (de la persona cuidadora, así como de las personas con quienes convive), y del cumplimiento de las medidas necesarias para evitar el contagio del Covid-19.

Adicionalmente, según se puede observar de la tabla contenida en el Oficio N° 458, adjunto al presente Oficio, un niño y una niña de la Residencia (ambos de iniciales [REDACTED]), que eran hermanos, fueron enviados bajo el cuidado de distintos cuidadores. Según indican las *Directrices sobre Modalidades Alternativas de Cuidado*, y como parte del derecho a vivir en familia, se debe procurar que los hermanos que son separados de sus progenitores permanezcan juntos en la modalidad de acogimiento alternativo en la que se encuentren⁵, teniendo como única excepción que el interés superior del niño, niña o adolescente exija lo contrario.

3. Decisión acerca de la modificación transitoria de la medida proteccional que confía ejercicio del cuidado temporal provisorio con terceros guardadores

Toda decisión judicial relativa al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos, **debe ser debidamente fundamentada**.

En efecto, según establece el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todas las medidas que conciernan a niños, niñas o adolescentes, incluidas las de los tribunales, *“una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. En relación a lo anterior, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que el **interés superior del niño, niña o adolescente es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento**. Lo anterior implica que el **interés superior tiene que ser evaluado en cada caso, sopesando los distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y que la decisión que afecte a un niño, niña o adolescente en concreto debe tomarse habiendo estimado las posibles repercusiones en el niño, niña o adolescente afectados**⁶.

Esto es reforzado, respecto de las decisiones relativas a su cuidado, en las *Directrices de las Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado*⁷. La evaluación de la medida de cuidado alternativo deberá ejecutarse **de forma pronta, minuciosa y cuidadosa, y deberá “tener en cuenta la seguridad y bienestar inmediatos del niño, así como su cuidado y desarrollo a más largo plazo, y debería abarcar las características personales y de desarrollo del niño, sus antecedentes étnicos, culturales, lingüísticos y religiosos, el entorno familiar y social, el historial médico y cualesquiera otras necesidades especiales”**⁸.

Para demostrar que se ha respetado este principio, **las decisiones deben ser motivadas, justificadas y explicadas**, señalando, de forma explícita, todas las circunstancias de hecho referentes al niño, niña o adolescente, los elementos que se tuvieron en cuenta para evaluar su interés superior, y la manera como se han ponderado para determinarlo⁹. En este sentido, el **hecho de tratarse de una situación transitoria y de emergencia, no permite a ningún tribunal desatender las garantías jurídicas y procesales que permiten, en definitiva, hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes**.

⁵ Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (2010), párr. 16.

⁶ Comité sobre 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. 6.

⁷ Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (2010), párr. 6, 6 bis, 10, 11, 56 y 57.

⁸ Directrices de Naciones Unidas sobre Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños (2010), párr. 57.

⁹ Comité sobre 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. 97.

Finalmente, para determinar el interés superior del niño, niña o adolescente en concreto, es fundamental que se le permita el ejercicio efectivo de su derecho a ser oído. Este, uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que **toda decisión que recaiga sobre su cuidado debe ser tomada teniendo debidamente en cuenta la opinión del niño, niña o adolescente**. En este sentido, es preciso recordar que, según indica el Comité de los Derechos del Niño, **el derecho de participación no se excepciona respecto de los niños y niñas que se encuentran en primera infancia, sino que exige apoyos y adaptaciones necesarias para que estas puedan comprender y manifestar su opinión**¹⁰.

En el caso en concreto, que además, según tenemos información, podría estar aconteciendo en otras decisiones relativas al cuidado de niños, niñas y adolescentes ante situaciones excepcionales de emergencia, **la judicatura autorizó una decisión que contraría los estándares recomendables en materia de cuidado alternativo, y lo hizo sin considerar de forma adecuada el interés superior del niño o niña en concreto, ni fundamentar apropiadamente su decisión sobre la base de las circunstancias concreta y sus necesidades específicas**. La actuación jurisdiccional ha estimado, en definitiva, que por detentar la residencia el cuidado personal, ésta podía tomar las decisiones que estimara pertinentes respecto de su cuidado, sin ningún control efectivo de su parte para determinar si ésta implicaba o no el cumplimiento de las exigencias contenidas en los estándares internacionales de derechos humanos, lo que por cierto no se cumplía. **Esto se traduce en una exposición injustificada de su integridad, que, aunque sea transitoria, puede causar graves afectaciones a sus derechos**.

Esto es especialmente grave teniendo en cuenta que, según consideró el Comité de los Derechos del Niño en su investigación relativa a Chile, **es frecuente la ausencia de motivación suficiente de las sentencias, lo que impide conocer los elementos considerados, su ponderación, las circunstancias apreciadas y el proceso seguido para determinar el interés superior del niño**, razón por la cual encomendó al Estado de Chile establecer criterios claros y estrictos para las decisiones acerca de cuidados alternativos, con garantías procesales que garanticen el derecho del niño, niña o adolescente a que su interés superior sea consideración primordial y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta conforme a su edad y madurez¹¹.

4. Petición a Us. Excelentísima

Conforme lo descrito, **la decisión adoptada en el caso en concreto, respecto del cuidado provisorio ante situaciones de emergencia, desestimando realizar un análisis para descartar otras opciones más adecuadas y de cómo se verán protegidos los derechos de los niños y niñas privados de su medio familiar bajo el cuidado del Estado, en especial respecto de la idoneidad de la persona cuidadora y las personas con las que convive, las condiciones de habitabilidad, y las especiales circunstancias particulares del niño o niña (tales como condiciones médicas o circunstancias psicosociales que requieran de especial cuidado); y sin considerar, además, la opinión del niño, niña o adolescente en cuestión, suponen, de por sí, una afectación de sus derechos por parte de la judicatura**. Esto reviste de especial gravedad para esta Defensoría de la Niñez, puesto que, según hemos tenido conocimiento, se trataría de una práctica generalizada y naturalizada ante situaciones de complejidad.

Por lo informado mediante el presente Oficio, **solicito a la Excelentísima Corte Suprema, respetuosamente**, en su calidad de órgano judicial del Estado, encargado de aplicar tanto la Constitución Política de la República y las leyes internas, como los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido ratificados por Chile y se encuentren vigentes en los distintos casos puestos bajo su conocimiento, y en ejercicio además de la función de superintendencia directiva, correccional y económica que le corresponde respecto de todos los tribunales del país, conforme lo establece el artículo 82 de la Constitución Política de la República, **tenga a bien adoptar las medidas que se consideren necesarias para garantizar que las decisiones relativas al cuidado alternativo de niños, niñas y adolescentes, por parte de los tribunales de la República, sean estas de mayor o menor transitoriedad, cumplan con las**

¹⁰ Comité sobre los Derechos del Niño (2005), *Observación general N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, párr. 14.

¹¹ Comité de los Derechos del Niño (2018), Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, párr. 27 letra b) y 128 letra b).



garantías procesales exigidas, a fin de proteger, de manera efectiva y oportuna, los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran sujetos a medidas de protección.

Finalmente solicito a Ssa. Excelentísima tener a bien disponer que cualquier resolución o decisión que adopte la Excelentísima Corte Suprema sobre esta petición, nos pueda ser informada, vía correo electrónico, a contacto@defensorianinez.cl, evitando la entrega de correspondencia presencial en razón de la crisis sanitaria que vive el país.

Sin otro particular, saluda atentamente a Us. Excelentísima,

**PATRICIA MUÑOZ GARCÍA
ABOGADA
DEFENSORA DE LA NIÑEZ
DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ**

MJL/

Distribución:

- Destinatario
- Sr. Hernán Larraín Fernández, Ministro de Justicia y Derechos Humanos
- Sr. Max Antonio Cancino Cancino, Presidente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso
- Sra. Claudia De la Hoz Carmona, Directora Nacional (S) del Servicio Nacional de Menores
- Archivo Defensoría de la Niñez