

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL / N° 30 / 2012



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2012**

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 30
2012

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, y Diego Portales.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2012

PONENCIAS EN VALPARAÍSO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2011 - 2013)

Daniela Accatino, Fernando Atria, Flavia Carbonell,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón, Joaquín
García-Huidobro, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín
Squella, y Luis Villavicencio.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
rcoloma@uahurtado.cl

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, fundada en Valparaíso en 1981 como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, presenta el número 29 de su Anuario de Filosofía Jurídica y Social, correspondiente a 2011.

La obra reproduce las ponencias hechas en sesiones de comisiones de la Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el mes de noviembre de 2011, coincidiendo con la celebración del centenario de dicha unidad académica. Contiene, asimismo, parte de las ponencias que fueron presentadas en comisiones de dicha jornada.

Cabe señalar que la primera de estas jornadas binacionales tuvo lugar en 2004 en Buenos Aires, la segunda en Santiago en 2006, la tercera en Mendoza en 2009, y la cuarta en Valparaíso en 2011. En cuanto a la quinta jornada, tuvo lugar en Mendoza en el mes de octubre de 2012.

Durante el período 2011-2013, el Directorio de nuestra Sociedad es el que aparece en la página 6. Presidente del Directorio es Rodrigo Coloma, Secretaria General Flavia Carbonell, y Tesorera Daniela Accatino.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

X. Conclusión

El Estado de Derecho internacional público es un nuevo concepto que puede o no tener una fuente en normativas externas a las fuentes del Derecho internacional público, asimilables a principios generales del derecho, costumbre internacional o doctrina internacional.

El Estado de Derecho internacional público cambia de un concepto de Estado de Derecho de corte político a uno jurídico.

El concepto jurídico de Estado de Derecho internacional supondría estudiar lo que es un Estado de Derecho, sus características, elementos para luego incorporarlos a la caracterización de un Estado de Derecho internacional. Esto bajo el supuesto que un Estado de Derecho internacional público será, sin duda, un ordenamiento jurídico.

Este Ordenamiento jurídico internacional que abarca al ordenamiento jurídico nacional tiene una unidad, la norma jurídica internacional cuya estructura (no abordada en este texto por latitud) posee características especiales desde el punto de vista lógico pero que al igual que cualquier otra norma jurídica establece derechos y obligaciones.

Existe una fuerte confusión de "fuentes" en el Derecho internacional público, así no se distingue entre fuentes materiales y formales considerando al Estado de Derecho internacional público y las resoluciones que lo han establecido en la Asamblea General de Naciones Unidas un concepto propio de las fuentes materiales aunque la configuración final de la misma sea la de un ordenamiento u orden jurídico.

Es posible que las "fuentes" del Derecho internacional público de carácter formal se puedan aplicar al ordenamiento nacional, no cabe duda que las convenciones y los principios pueden aplicarse pero no así el resto de las fuentes.

El punto de vista metodológico en el Derecho internacional público merece de un análisis muy profundizado. Pero esto será motivo de ampliación y será tratado en otro momento.

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO FUENTE DEL DERECHO DE FAMILIA *

PAULINA GÓMEZ BARBOZA **

I. Objetivos y Marco Analítico: La Unidad y Eficacia de los sistemas jurídicos y las características distintivas del microsistema de Derechos Fundamentales

1.1. La Unidad y Eficacia de los sistemas jurídicos

El objetivo de esta comunicación es presentar algunas conclusiones acerca del modo cómo se está interpretando y aplicando por los Tribunales de Justicia del país la Convención de los derechos del Niño¹ como normas de jerarquía constitucional dentro del sistema las normas de derechos fundamentales del Derecho de Familia. Y así poder evidenciar cuál es el grado de eficacia o ineficacia demostrado en

* Cuarta Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho. Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Valparaíso, 11 y 12 de noviembre de 2011.

** Doctora en Historia y Magíster en Derechos Fundamentales Universidad Complutense de Madrid; Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social; Directora Académica de Civitas y Docente en Programa Nacional de Perfeccionamiento de Jueces de la Academia Judicial.

1. En adelante CDN.

la materia, consecuentemente, la consistencia o inconsistencia, la responsabilidad o irresponsabilidad del Estado chileno en el respeto de los derechos fundamentales. Y, en último término, el grado de moralidad o inmoralidad —en el sentido de ejercicio legítimo del poder soberano— del Poder Judicial tratándose del ordenamiento jurídico sobre derechos fundamentales.

Norberto Bobbio señala que la expresión "Derecho" se refiere a un determinado tipo de ordenamiento que implica una pluralidad de elementos normativos, que no obstante, su pluralidad, conforman una unidad. En el caso del ordenamiento jurídico sobre derechos fundamentales, o "Derecho de los Derechos Fundamentales" como lo llama Gregorio Peces-Barba², existente en Chile, son macro partes del sistema las normas sobre derechos esenciales de origen nacional (constitucionales, orgánicas constitucionales, legales, etc.) y las normas sobre derechos esenciales de origen internacional (tratados internacionales ratificados y vigentes, normas consuetudinarias y principios generales del derecho internacional de protección de derechos fundamentales, resoluciones de organismos internacionales de protección, etc. A la pluralidad normativa existente en cada una de esas macro partes del sistema, se llama micro-pluralidad. Una de esas micro pluralidades es la Convención de los derechos del Niño³.

La pluralidad de normas que integran un ordenamiento jurídico complejo genera una serie de problemas derivados de la relación y cohesión de todas las normas entre sí: la unidad, las antinomias, las lagunas y las relaciones entre ordenamientos jurídicos⁴. El principio de unidad que refiere a una totalidad ordenada —nos dice Bobbio— resulta fundamental para la eficacia de tal ordenamiento jurídico, y plantea dos exigencias en su operatividad: Primero, las diferentes normas del Derecho han de articularse de un modo en que formen y operen

2. PECES BARBA, Gregorio. *Derechos Fundamentales*. Latina Universitaria, Madrid, 1980(3^o), p. 299.

3. En adelante CDN.

4. BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*. Trad. Eduardo Roza Acuña, Madrid, Editorial Debate, 1991, p. 156.

como una estructura jerarquizada derivando todas las normas de la norma fundamental. Segundo, las mismas han de estar ordenadas y armonizadas entre sí de tal modo que no existan incompatibilidades ni lagunas. Del cumplimiento de estas exigencias depende el grado de eficacia o ineficacia del ordenamiento⁵. Cuestión que en materia de derechos fundamentales es esencial, toda vez que si las personas no pueden en concreto gozar plena y efectivamente de sus derechos, no puede sostenerse que el Estado chileno cumpla sus obligaciones al respecto y que respete los derechos esenciales de las personas.

Con ese objetivo, por un lado, basados en la idea de sistema normativo y los requerimientos para que este sea eficaz establecidos por Bobbio, se realiza este análisis partiendo de las siguientes premisas: Primero, si un ordenamiento jurídico tiene unidad es que todas las normas de sus diferentes fuentes estructuradas jerárquicamente se derivan de una única norma superior. Segundo, para que un ordenamiento jurídico tenga existencia en cuanto a tal, tenga validez, ha de ser eficaz. Tercero, la eficacia del ordenamiento jurídico requiere una norma fundamental que establezca la necesidad de obedecer al poder originario o constituyente, dotándolo del ejercicio de la fuerza como instrumento necesario para ejercer el poder. La Convención de los derechos del Niño, tiene rango jerárquico constitucional dentro de las fuentes del Derecho de Familia precisamente por ser normas de derechos fundamentales. Cuarto, la obediencia de la norma superior torna legítimas las actuaciones soberanas del poder judicial, y éstas a su vez legitiman la aplicación e interpretación de las normas sucesivamente inferiores. Quinto, en esta obediencia al constituyente el poder judicial necesitará del uso de la fuerza para cumplir las prescripciones impuestas por la norma de inmediato rango jerárquico, y así sucesivamente hasta alcanzar la norma fundamental, en la que radica la unidad, configurándose por tanto en la norma de cierre del sistema. Sexto, de no ser así, el sistema jurídico que reconoce a las personas en Chile derechos fundamentales en el ámbito de sus relaciones de familia no se cierra, no presenta unidad, ni coherencia, se torna ineficiente y la actuación soberana del poder judicial chileno aparece deslegitimada.

5. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 35.

1.2. *Las características distintivas del microsistema de Derechos Fundamentales*

Por otro lado, atendiendo en particular al sistema jurídico que identificamos con Peces Barba⁶ como el Derecho de los Derechos Fundamentales, sabemos que el objeto y fin de éste es proteger a la persona en su esencia frente a acciones u omisiones del Estado u otros sujetos. Que ello se hace por medio del establecimiento de un ordenamiento jurídico específico al efecto; que el establecimiento de este sistema jurídico es un requisito inexorable para la constitución de un Estado de Derecho, y por ende legítimo, siempre que posea no sólo normas jurídicas que crean el sistema de protección, catálogos de los derechos que se reconocen a las personas, órganos encargados de la labor de protección, mecanismos establecidos para velar por la vigencia y respeto de los derechos, conocer de las violaciones de los mismos y procurar su restablecimiento y procedimientos establecidos para su protección y resguardo, sino que estas normas sean efectivamente obedecidas por sus destinatarios. Al punto que las normas de este sistema constituyen un límite al ejercicio del poder estatal "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"⁷.

Entonces, en virtud del principio de unidad e integralidad de sistema, las diversas normas del Derecho de los Derechos Fundamentales han de influirse recíprocamente: Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de

6. PECES BARBA, Gregorio, op. cit. (4).

7. Inciso 2º art. 5º Constitución Política del Estado. Enmendado por artículo único N° 1 de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

derecho o del derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo.

También ha de existir esa reciprocidad entre las fuentes de origen internacional y las de origen doméstico: Las normas de la CDN deben aplicarse preferentemente a las de origen interno por razones de especialidad y jerarquía; la interpretación de las normas de los tratados sobre derechos fundamentales ha de armonizarse y beneficiarse de los principios generales tanto del derecho interno como del internacional para una interpretación más extensiva o pro persona de los derechos o dar preeminencia al interés superior de niño y efectivizar sus derechos. El juez, al interpretar una norma de derechos humanos, debe tener en consideración las normas y la jurisprudencia internacionales. Incluso la jurisprudencia que se genere sobre el punto en los Estados Partes del sistema puede dar alcance y contenido más precisos a las normas de derechos humanos, puesto que aplica las normas domésticas a casos particulares También es relevante para la interpretación el conocimiento de "las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones", puesto que ellas, así como las decisiones judiciales de los órganos de control internacional, son medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho Internacional⁸.

El principio de que el sistema de los derechos fundamentales debe aplicarse en forma integral, jerarquizada, armónica y pro-persona es de hecho norma dentro del sistema: El artículo 5.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que: "No podrá admitirse restricción alguna o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". En el subsistema interamericano, la idea de la integralidad está reflejada y ampliada en las letras b, c y d del artículo 29 de la Convención Americana. La letra b reproduce la idea del artículo 5.2 del Pacto; la letra c no permite que se interprete ninguna norma de la Convención en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes

8. Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno⁹. La letra d del artículo 29 establece que ninguna disposición de la Convención será interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza"¹⁰. A su vez, la Convención de los derechos de los Niños, no sólo recoge especialmente para ese ámbito la idea de la integralidad del sistema de los derechos fundamentales sino que en el artículo 41 establece el principio de la interpretación pro-persona y de la efectivización o realización efectiva de los derechos del niño, al establecer que "nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

II. Análisis de Casos

Los casos que se analizan en este estudio son conocidos por la autora producto del trabajo académico realizado junto a jueces de familia de varias ciudades del país y durante más de cinco años, en torno a la forma en que éstos operan para dar aplicación de la Convención. En el curso de este trabajo conjunto se ha evidenciado la existencia de dos tendencias en la forma en que algunos actores judiciales trabajan en la aplicación e interpretación de las normas de derechos fundamentales contenidas en la CDN. La primera tendencia, es la más antigua, pero no extinta, y muestra un insuficiente manejo de la convención que se traduce principalmente en la nula o mínima aplicación de sus normas.

9. Letras b, c y d del artículo 29 de la Convención Americana.

10. Esta norma apoya la posición de que las resoluciones de órganos internacionales pueden llegar a tener valor jurídico, aun cuando formalmente y en principio, no parecieran tenerlo, y señala que el intérprete no las puede ignorar. Recordamos aquí, como ejemplo de esta posición, la interpretación hecha por la Corte Interamericana de la expresión "garantías judiciales indispensables", inserta en el art. 27 de la Convención. Ver Corte IDH, OC-9/87, nota 52.

La segunda tendencia, se viene desarrollando en aumento en los últimos cuatro años y está asociada a las políticas de gestión de los Tribunales de Familia determinadas desde la Comisión de la Familia de la Corte Suprema e implementadas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

2.1. Análisis de la Primera Tendencia en la aplicación de la Convención de los derechos del Niño

La Primera tendencia muestra un insuficiente manejo de tales convenciones que se traduce en la no aplicación de sus normas, falta al sentido de unidad de la pluralidad, no uso de integralidad del sistema por ende falta de cohesión, armonización, no jerarquización entre ellas y las normas legales del sistema, como también en un déficit en la interpretación de sus normas, muchas veces restrictiva, no pro-homine o irrespetuosa de la esencia del derecho protegido.

Representativa de esta primera tendencia es la causa RIT P-216-2007, procedimiento especial por medida de protección solicitada en agosto por el padre de una niña de 3 años 9 meses de edad, a cargo de su madre, fundado en que los dichos de la niña de "tener dolores vaginales" y "ser tocada por el tío Cristian", conviviente de la madre. Requerimiento al que acompañó examen médico practicado en la Clínica Alemana y en el Servicio Médico Legal a instancias de la Fiscalía de turno de Santiago. Al día siguiente, con el mérito de lo anterior, se inicia el procedimiento y se dicta medida de protección consistente en la prohibición "al tío" de acercarse a menos de 100 metros de ésta, en cualquier lugar donde se encuentre, en especial a su domicilio y al Jardín Infantil al que asiste. Casi un mes después¹¹, en audiencia preparatoria, se decretó que la medidas cautelares se mantuvieran ante el peligro de vulneración de los derechos de la niña, al existir una investigación pendiente en la Fiscalía local y particularmente porque no han variado las circunstancias que se tuvieron a la vista al decretar las mismas. Cincuenta días después¹², previa solicitud de la parte requirente, la juez

11. El 22 de octubre de 2007.

12. 10 de diciembre de 2007.

dictamina la prórroga de las medidas cautelares, previo informe verbal de la Consejera Técnica, fundada en que “a la fecha no se han recepcionado por el Tribunal la totalidad de los antecedentes de la causa de la Fiscalía Local de Quilpué, considerando que no han variado las circunstancias que se tuvieron a la vista al decretar la medida cautelar a fin de proteger la integridad física de la niña, así como asegurar el ejercicio de sus derechos esenciales, teniendo especialmente en cuenta su interés superior y conforme, además, con las facultades conferidas en los arts. 16, 22 y 71 letras e), f) y g) de la Ley N° 19.968¹³. Y precisando, además, que “si bien el art. 71 de la citada ley, preceptúa que la medida cautelar no podrá durar en ningún caso más de 90 días, nada expresa respecto a su prórroga, el Tribunal hace uso de ella, en casos determinados, con fundamentos que los ameriten, y siempre que lo exija el interés superior del niño”¹⁴.

El recurrente de amparo en contra de la Juez de Familia de Quilpué alega ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que en forma ilegal y arbitraria se restringe su libertad personal prorrogando por 90 días hábiles, a contar del 18 de diciembre de 2007, la medida cautelar en favor de la niña fundándose en que no habrían variado las circunstancias que se tuvieron a la vista al decretarla, lo que no se ajusta al proceso y es ilegal, principalmente, por que “las medidas cautelares son de derecho estricto, porque restringen la libertad individual de las personas” y “la ley no faculta su prórroga” habiendo transcurrido en el caso los 90 días que la ley autoriza para imponerlas¹⁵.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso resuelve el caso no dando lugar al recurso de amparo argumentando que la resolución de la juez no importa infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, ni perturbación o amenaza en su derecho a

13. Informe emitido por la juez de la causa en el proceso de Recurso de Protección en causa Rol N° 674-2007.

14. *Ibidem*.

15. Fundamentos del Recurso de Amparo interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso consignados en la sentencia de la misma Corte. Rol N° 674-2007 de 11 de enero del 2008.

la libertad personal y seguridad individual, sosteniéndose en una cuestión procesal: argumenta que el recurrente habría aceptado tácitamente la prórroga de la medida al haber apelado de dicha resolución y no continuar su tramitación, habiéndose así tornado ejecutoriada la prórroga¹⁶. El asunto de fondo que es el conflicto de derechos fundamentales del adulto —la pareja de la madre en dicha resolución— versus los derechos de la niña, y en particular, si en ese contexto se puede interpretar una norma de protección de derechos en sentido restrictivo no existiendo texto expreso al respecto, no es

16. “Con lo relacionado y considerando:

1. Que del expediente sobre medidas de protección a la menor(...), RIT P-216-2007, RUC 07-20353402-1 del Juzgado de Familia de Quilpué, tenido a la vista, consta que la resolución que ha sido objeto del amparo constitucional fue también materia de un recurso de reposición con apelación subsidiaria, deducido con fecha 13 de diciembre de 2007, es decir, antes de la interposición del recurso de amparo que fue presentado a esta Corte el 18 de ese mes.

2. Que por resolución del Tribunal de Familia de Quilpué, de 17 de diciembre de 2007, se denegó la reposición y se concedió el recurso de apelación, en el sólo efecto devolutivo, para ante esta Corte.

3. Que con fecha 21 de diciembre de 2007, como aparece a fojas 17, esta Corte, acogiendo una reposición, admitió a tramitación el referido recurso de amparo, y en idéntica data, el Tribunal de Familia de Quilpué, tuvo a la parte requerida por desistida del recurso de apelación deducido contra la resolución de 10 de diciembre de 2007 que, como se ha manifestado, otorgó la prórroga de la medida cautelar en favor de la menor.

4. Que lo anterior significa que la mencionada resolución que concedió la ampliación de la medida, al 21 de diciembre de 2007, por el acto propio y voluntario del requerido..., que se desistió de la apelación, causa ejecutoria en tanto se mantengan las situaciones fácticas que la generaron.

5. Que de esta manera, la conducta de la aludida Magistrado no importa infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, y por ende, el recurrente no ha sufrido ninguna perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual, porque no se configuran en la especie los presupuestos contenidos en el art. 21 de la Carta Fundamental; y configuran en la especie los presupuestos contenidos en el art. 21 de la Carta Fundamental.

Por estas motivaciones y lo prevenido en el art. 21 de la Constitución Política de la República de Chile, se deniega el recurso de amparo entablado a fojas 7 por... en contra de la Sra. Juez de Familia de Quilpué, doña Alejandra Saldías Vásquez. “Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad. Redactó el abogado integrante don Bernardino Muñoz Sánchez. Rol N° 674-2007”.

tematizado por la Corte. Cuestión respecto de la cual la juez de Quilpué si se pronunció —si bien sin explicitar cuál era el problema de fondo que se estaba resolviendo— esgrimió un criterio normativo y un criterio finalista. Ella “precisa que si bien el art. 71 de la citada ley, preceptúa que la medida cautelar no podrá durar en ningún caso más de 90 días y nada expresa respecto a su prórroga”, —no aventurándose a declarar improrrogable una medida cautelar donde la ley no lo hace— y agrega que “el Tribunal hace uso de ella, en casos determinados, con fundamentos que los ameriten”, “y siempre que lo exija el interés superior del niño”¹⁷.

La Corte Suprema, a su vez, reproduce la parte expositiva de la sentencia en alzada, pero resuelve en sentido completamente contrario, revoca la sentencia apelada, acoge el referido recurso y deja sin efecto las medidas, pero lo cual tiene únicamente presente: “Que conforme aparece del mérito de los antecedentes tenidos a la vista y de acuerdo a lo prevenido en el artículo 71 inciso final de la Ley N° 19.698, el plazo fijado para la medida cautelar decretada se encontraba vencido, sin que fuera posible la prórroga decretada y teniendo presente también lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia apelada de once de enero del año en curso, escrita de fojas 32 a 35, en cuanto rechaza el recurso de amparo interpuesto en favor de (...), y en su lugar se declara que se acoge el referido recurso deducido en lo principal de fojas 7 y, subsecuentemente, se deja sin efecto la medida cautelar de prohibición decretada en contra del amparado de acercarse a la menor”¹⁸.

Tampoco aborda el tema de fondo que es el conflicto de derechos fundamentales del adulto versus los de la niña, y en particular, si en ese contexto se puede interpretar una norma de protección de derechos en sentido restrictivo no existiendo texto legal expreso al respecto. Falla fundándose sólo en una norma —artículo 19 N° 7 letra a) de la

17. Informe emitido por la juez de la causa contenida en el proceso de Recurso de Protección. Rol N° 674-2007.

18. Rol N° 511-08.28 de Enero de 2008. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller”.

Constitución Política de la República— que consagra el derecho del adulto a su libertad individual, que considera vulnerado y deja sin efecto la resolución dictada en protección de los derechos de una niña. Esta razón jurídica se aduce sin precisar cuál es el contenido específico de la norma que se considera como el fundamento decisorio ni relacionando de forma alguna el derecho del adulto a moverse libremente con los derechos de la niña a ser efectiva y eficazmente protegida en su integridad física, psíquica e indemnidad sexual, a ser protegida de posibles abusos y a un debido proceso de protección en plazos razonables, entre otros, ni argumentando ninguna razón por las cuales habría de privilegiarse la efectiva vigencia de los derechos de uno por sobre los de otra.

La cuestión se resuelve usando una única razón, meramente legal y aplicada en forma aislada: la jueza mantiene la medida cautelar sin que “fuera posible la prórroga decretada”, con la cual recoge la interpretación que hace el recurrente. Pero debiendo hacerlo, nada dice de los argumentos que la juez recurrida esgrimió acerca del contenido del artículo en comentario. Ella precisó que si bien el art. 71 de la citada ley, preceptúa que la medida cautelar no podrá durar en ningún caso más de 90 días, “nada expresa respecto a su prórroga”, y a partir de esa precisión no menor, la magistrado no se aventura a declarar improrrogable una medida cautelar donde la ley no lo hace expresamente. De lo que se puede colegir que la interpretación que la Corte Suprema hace de la regla del artículo 71 inciso final de la Ley N° 19.698 es falsa por inexactitud, constituyendo el argumento en una falacia por apelación a la norma. Además de ser una interpretación legalista, restrictiva, no integral, asistémica e inarmónica.

En cambio, la juez recurrida no se aventura a declarar improrrogable una medida cautelar donde la ley no lo hace expresamente. Más si se trata de normas relativas a la protección de derechos fundamentales que sabemos se rigen por el principio de interpretación no restrictiva y pro-persona, dada su naturaleza y fin. Más aún, la jueza recurrida intenta representar la necesidad del uso integral del sistema de protección de los niños al incluir en sus argumentos jurídicos los artículos 16 y 22 de la Ley de Tribunales de Familia al argüir que decide la mantención de las cautelares “teniendo

especialmente en cuenta su interés superior y conforme, además, con las facultades conferidas en los arts. 16, 22 y 71 letras e), f) y g) de la Ley N° 19.968¹⁹.

Al realizar una interpretación asistémica, la Corte Suprema, tampoco atiende a lo prescrito por normas especiales del subsistema de protección de derechos fundamentales, y de mayor jerarquía como es la CDN. Se limita al nivel legal. Pero, por razonar de un modo no cohesionado ni siquiera en el nivel legal la Corte relaciona esa norma con ninguna otra de la ley 19.968 y se olvida que, de acuerdo al mismo texto legal en que se funda, el procedimiento especial de protección de los derechos de niños y adolescentes debería durar como máximo 15 días, plazo que excede con creces los 90 días de duración que se establece para las medidas cautelares que pudieran decretarse en el mismo. Resulta evidente en el caso, que es precisamente, el incumplimiento de los procedimientos legales y la tramitación de las causas en plazos procesales irrazonables por parte de los Tribunales de Justicia y las Fiscalías, la causa que genera la distorsión de que una medida transitoria como la adoptada pueda llegar a durar tanto tiempo, y la razón última

19. El artículo 16 de la ley, incisos primero y segundo, es justamente la norma que consagra el deber de consideración primordial del interés superior del niño, niña o adolescente y el derecho a la efectivización de sus derechos: "Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías. El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento".

El artículo 22 es el que establece a nivel legal la Potestad Cautelar de los Tribunales de Familia: "Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar". Agregando en el inciso final: "Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71". Norma que habla del tipo de medidas, especiales para la protección de niños, niñas y adolescentes, pero que nada dice expresamente sobre el plazo.

de que se produzca una afectación del derecho al debido proceso, al propio derecho de la niña a ser efectivamente protegida contra posibles abusos y a los derechos del supuesto responsable a su plena libertad de movimiento.

2.2. *Análisis de la Segunda Tendencia en la aplicación de la Convención de los derechos del Niño*

La segunda tendencia está asociada a las políticas de gestión de los Tribunales de Familia determinadas desde la Comisión de la Familia de la Corte Suprema e implementadas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial²⁰, que en algunos ámbitos, ha derivado en prácticas que exceden el límite de su poder soberano para dictar resoluciones, resultando un evidente irrespeto a los derechos esenciales de niños, niñas, adolescentes.

De acuerdo con el Plan Anual de Trabajo de los Tribunales de Familia éstos deben adoptar las medidas necesarias para optimizar su gestión y alcanzar objetivos tales como "la reducción de los niveles de causas vigentes, sin tramitación o con tramitación retardada por más seis meses...", la "pronta resolución de las causas por los Jueces del tribunal", y el "incentivar o promover un mayor índice de causas terminadas en el menor número de audiencias posible"²¹. De acuerdo con las instrucciones impartidas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial para el logro de la reducción de los niveles de causas vigentes, los Tribunales de Familia desarrollan una "gestión óptima" cumpliendo con un porcentaje de 70% de causas terminadas y un 30% de causas vigente o en tramitación en plazos preestablecidos de 90 y 120 días²². El empeño puesto en cumplir con estos porcentajes de término

20. En adelante CAPJ.

21. Acta N° 98-2009 o Auto Acordado sobre Gestión y Administración en Tribunales de Familia. Capítulo primero, Artículo primero.

22. Instrucciones sobre Indicadores de Término impartidas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial Departamento de Desarrollo Institucional a todos los Administradores de Tribunales de Familia. Miércoles, 21 de septiembre de 2011. El cumplimiento de meta porcentual de gestión así definida y conocida como

de causas —meramente cuantitativos— ha causado un efecto en la judicatura de familia y en la efectividad de los derechos de las personas que es posible notar en todo el país, de acuerdo con las propias estadísticas elaboradas por la CAPJ²³.

A vía de ejemplo de esta tendencia se presenta un caso de vulneración de derechos de una adolescente tramitado en el Centro de Medidas Cautelares de Santiago. El modo de gestión que representa la resolución que se transcribe, obedece a un “modelo de gestión acelerada de las causas con vistas a su término —y por sentencia definitiva— en el más breve plazo posible” que se repite en muchas otras causas de protección, de violencia intrafamiliar e infraccionales²⁴.

A diferencia del anterior caso en el que ninguna de las instancias judiciales del país usa la CDN como fuente de Derecho de Familia aun estando vigente y ser de la mayor jerarquía normativa, en este caso si es

“70-30” o su mayor o menor grado de acercamiento a la meta, permite hoy clasificar a los Tribunales de Familia de Chile en buenos, regulares, malos o muy malos. Y, consecuentemente, calificar a los jueces de familia del país según estadísticas que mes a mes mide el cumplimiento de estos parámetros por cada juez.

23. En efecto, en “Muestras de los meses de Abril y Mayo de este año dos mil once, una correspondiente al porcentaje de causa terminadas en el área de causa de protección, violencia intrafamiliar y procedimientos infraccionales (PFI) y la otra relativa al resto de las causas ordinarias contenciosas de competencia de los Tribunales de Familia (CAV), es clara la tendencia la normalización de la gestión a nivel nacional. También es claro en dichos cuadros estadísticos que el parámetro de gestión óptima establecido, llamado “estilo de Medición 70-30”, es setenta por ciento de causas terminadas y el treinta por ciento de causas en tramitación. Lo que estas estadísticas no muestran y no pueden mostrar, el real porcentaje de causas ingresadas a los Tribunales de Familia del país, efectivamente resueltas, ni menos, la calidad o legitimidad de esas decisiones.

24. En “Metas de Gestión versus legitimidad en la Justicia de familia”, comunicación presentada por la autora en las VII Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Educación, Mercado y Derecho Natural. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 19, 20 y 21 de octubre de 2011 se desarrolla latamente cómo opera este “modelo de gestión acelerada de las causas con vistas a su término —y por sentencia definitiva— en el más breve plazo posible” a la luz del análisis de resoluciones de ese tipo dictadas en causas de violencia intrafamiliar atendidas entre agosto y octubre del presente año 2011 en el Centro de Medidas Cautelares de Santiago.

utilizada, pero lamentablemente las normas de la Convención de los Derechos del Niño, de carácter sustantivo, relativas a los derechos fundamentales que les asisten y a los deberes que el Estado de Chile debe cumplir para hacerlos efectivo, resultan infringidas. Al igual que varias normas de la Ley N° 19.986 que son prescripciones básicas, especiales para la materia y de texto expreso e indubitado que todo juez debe cumplir en el ejercicio de su potestad jurisdiccional y cautelar.

La resolución que se transcribe fue dictada el día dos de septiembre del presente año dos mil once, al día siguiente en el que se recibió el requerimiento.

RIT P 5472-2011 Medidas de Protección Fecha Ingreso: 02/09/2011
Centro de Medidas Cautelares. Santiago, 3 de Septiembre de dos mil once
VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que con fecha 02 de Septiembre de 2011, se pone en conocimiento del Centro de Medidas Cautelares, demanda efectuada por CAROLINA CLAVER DUK, (OPD MACUL), a favor de la adolescente...de...años de edad, por posible vulneración grave de derechos al no recibir los cuidados necesarios por parte de quien se encuentra a su cuidado, que no es su madre, sino una tía.

SEGUNDO: Que consta informe de solicitud de medida de protección de fecha 29 de agosto de 2011, por OPD Macul, en que se estima que la adolescente se encuentra gravemente vulnerada en sus derechos, al no recibir los cuidados necesarios por parte de un adulto responsable, doña....., quien no cuenta con habilidades parentales adecuadas, encontrándose expuesta a abandono emocional y no visualizando las necesidades de la adolescente, transgrediendo de esta forma el derecho establecido en los artículos 18, 19 y 27 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

TERCERO: Que, en consecuencia, percibiéndose una situación de riesgo que debe ser reparada, encontrándose la niña de autos gravemente vulnerada en sus derechos a ser cuidada por sus padres y lo dispuesto en el artículo 68 y siguientes de la Ley 19.968, se decreta como Medida de Protección a favor de la adolescente de autos, lo sugerido por la parte requirente, esto es:

El Ingreso de la adolescente.....y su tía materna doña.....al Programa Familias de Acogida Especializadas ADRA Chile. Debiendo coordinarse por OPD Macul. Sirviendo la presente resolución de suficiente y atento oficio remisor.

Que la niña.... quede bajo el cuidado provisorio de su tía materna doña....., por el plazo de seis meses, según las facultades que confiere el artículo 92 de la Ley 19986, pudiendo ampliarse dicha medida por otros 6 meses más, si fuere solicitado. (...).

De conformidad con el requerimiento de la Oficina de Protección de Derechos (OPD) de Macul, la adolescente es vulnerada en los derechos que la CDN le consagra en los artículos dieciocho: derecho a que ambos padres sean los que se ocupen de su crianza y desarrollo teniendo como preocupación fundamental su interés superior²⁵, diecinueve: derecho de los niños y adolescentes a una protección efectiva y eficaz por parte del Estado contra toda forma de perjuicio o abuso para lo cual deberá adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas²⁶ y veintisiete: derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral²⁷. En la resolución en comento, el Centro de Medidas Cautelares de Santiago²⁸, no se hace cargo de modo alguno de los derechos que de

25. El artículo dieciocho consagra el principio de la responsabilidad parental que significa que los niños y adolescentes “tienen el derecho a que ambos padres sean los que se ocupen de su crianza y desarrollo teniendo como preocupación fundamental su interés superior”, debiendo el Estado ayudar a los padres en esa tarea cuando por sí solos no puedan hacerlo.

26. El artículo diecinueve establece el deber del Estado de proteger a los niños y adolescentes “contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”, las que “deberían comprender procedimientos eficaces para...proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial...”.

27. El artículo veintisiete, por su parte, asegura a todos ellos el “derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral”, prescribe que “a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”. Y que el Estado “debe adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho” y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios.

28. En adelante CMC.

acuerdo con la OPD estarían siendo vulnerados. Nada dice sobre los hechos denunciados, sobre los derechos supuestamente vulnerados pues como es la práctica que se ha venido desarrollando en el CMC algunas causas —particularmente aquellas que se inician por medio de un parte policial y no cuentan con asistencia letrada— realmente no se conocen: no se inician, no se realizan audiencias, no realiza un proceso, menos se escucha a la adolescente.

No obstante no conocer la causa, de acuerdo al considerando tercero de la resolución el Tribunal arguye, primero, “percibir una situación de riesgo” para la adolescente y, segundo, que ella “estaría gravemente vulnerada en el derecho a ser cuidada por sus padres”, derecho consagrado en el artículo nueve de la CDN, norma que ni siquiera se identifica y no es aplicada íntegramente. Por lo demás es una contradicción lógica sostener que ella está “en riesgo” o en una situación que aún no se produce y que ha de ser cautelada por el Tribunal y luego afirmar que se encuentra “gravemente vulnerada en el derecho ser cuidada por sus padres”, pues siendo así lo que corresponde es resolver y reparar y no simplemente tomar una medida cautelar con la que intentar dotar de algún grado de legitimidad a este modo de intervención judicial.

En el entendido que el derecho vulnerado es el derecho a vivir con su padres que regula el artículo nueve de la CDN, el Tribunal en un intento de legitimar su actuar ordena una medida de protección a su favor: “Que la niña.....quede bajo el cuidado provisorio de su tía materna doña....., por el plazo de seis meses, según las facultades que confiere el artículo 92 de la Ley 19986, pudiendo ampliarse dicha medida por otros 6 meses más, si fuere solicitado”.

Aun cuando se hiciera omisión de todas las normas constitucionales, convencionales y legales que con este modo de gestión se infringen, la resolución contiene otra grave vulneración de derechos toda vez que el artículo noveno de la CDN señala que el Estado “velará por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos”. Que no obstante, “tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia

del niño". Pero que, en tal caso, la separación de la adolescente de sus padres debe cumplir requisitos ineludibles establecidos en los números uno, dos y tres de la norma. A saber: "Debe existir revisión judicial; esta debe realizarse de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables; la separación sea necesaria en el interés superior del niño; en el procedimiento debe ofrecerse a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones; y finalmente, la separación respetará el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

Como es evidente ninguno de esos requisitos se cumple en el caso y, es, precisamente el tenor claro y literal del artículo nueve, el que el Tribunal específicamente infringe. Lo grave no es sólo la infracción de ley de texto expreso que constituye un acto ilegítimo de conformidad con el artículo quinto inciso segundo de la CPR, sino que, con esta resolución el Poder Judicial de Chile está vulnerando a esta adolescente a lo menos dieciséis derechos esenciales consagrados en la CDN que como tales "constituyen un límite al ejercicio del poder soberano del Poder Judicial". Tales derechos son:

1. El derecho a la no discriminación. Artículo 2 N°1.
2. El derecho del niño a preservar las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Artículo 8.
3. El derecho a vivir con sus padres y el derecho a ser cuidado por ellos. Artículo 18.1
4. El derecho a que los niños y adolescentes no sean separados de su familia, salvo en la excepción que la propia norma señala. Artículo 9 N° 1.
5. El derecho a que el Estado ayude a sus padres a cumplir con sus obligaciones de crianza. Artículo 18.2
6. El derecho a la protección del estado contra el maltrato. Artículo 19.1
7. El derecho a protección eficaz en caso de maltrato: Derecho a la investigación, a tratamiento, a observación ulterior y a la intervención judicial de los casos de malos tratos. Artículo 19.2
8. El derecho a que se le dé oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Artículo 12.2

9. El derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Artículo 12.1
10. El derecho a un debido proceso para ser separado de sus padres, de participar en él y de dar a conocer su opinión. Artículo.9.1 y 9.2
11. El derecho a mantener relación directa y regular con ellos. Artículo 9.3 de la CDN.
12. El derecho a la protección y asistencia especiales del Estado cuando estén privados de su medio familiar. Artículo 20.1
13. El Derecho a la recuperación física y psicológica de todo niño víctima de cualquier forma de abandono y en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño. Artículo 39
14. El derecho a tener un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y a que el Estado ayude a sus padres a efectivizar este derecho como el derecho a recibir pensión de alimentos de ellos. Artículo 27.1, 27.2 y 27.4
15. El derecho a la efectivización de sus derechos. Artículo 4
16. El Derecho a la aplicación del principio pro-persona. Artículo 41.

Particularmente, la vulneración del derecho a un debido proceso para ser separado de sus padres que en el caso resulta evidente, y que es el punto de partida para que se produzcan varias de las otras vulneraciones graves, se produce no sólo por infringir abiertamente las normas de la CDN, sino porque, ni siquiera la legislación nacional especial es aplicada por el CMC. Este Tribunal viola nueve normas especiales y expresas de la Ley 19.986. A saber: Primero, en relación al proceso y procedimiento, el artículo sesenta y ocho que establece que en los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar medidas de protección jurisdiccionales se aplicará el procedimiento especial contenido en ese Párrafo. Segundo, el artículo setenta y dos, inciso primero, que señala que iniciado el procedimiento, el juez debe fijar una audiencia para dentro de los cinco días siguientes, a la que debe citar al niño, niña o adolescente, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto. Tercero, el artículo setenta y dos, incisos segundo, tercero y cuarto que regulan la forma en que debe tramitarse la Audiencia Preparatoria: El juez en la audiencia preparatoria, debe: a) Informar a las partes acerca del motivo de su

comparecencia, sus derechos y deberes, y responder a las dudas e inquietudes que les surjan, informando a niños, niñas o adolescentes en un lenguaje que les resulte comprensible; b) Indagar sobre la situación que motiva el inicio del proceso, la forma en que afecta a la adolescente y la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos, c) Oír lo que los citados consideren conveniente exponer y, d) una vez oídos, dictar sentencia, —si y sólo si— contare con todos los elementos probatorios, a menos que estime procedente la aplicación de la medida contenida en el numeral 2) del artículo 30 de la ley N° 16.618, caso en el cual citará a audiencia de juicio. Que es el caso en comento. Y, cuarto, el artículo setenta y tres, que indica que se debe realizar una audiencia de juicio con el objetivo recibir la prueba y decidir el asunto sometido a conocimiento del juez, si no se contare con toda la prueba necesaria en la preparatoria. La que tampoco se realiza en el caso.

En relación a la resolución en sí, se infringen cinco normas más: El artículo setenta y uno, inciso tercero, que prescribe que la resolución que determine la imposición de una medida cautelar debe fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se debe dejar expresa constancia en la misma. Se reproduce el texto del considerando dónde este requisito debió ser cumplido toda vez que se decretan dos medidas de protección, para verificar que nada de lo ordenado por la ley se cumple:

TERCERO: Que, en consecuencia, percibiéndose una situación de riesgo que debe ser reparada, encontrándose la niña de autos gravemente vulnerada en sus derechos a ser cuidada por sus padres y lo dispuesto en el artículo 68 y siguientes de la Ley 19.968, se decreta como Medida de Protección a favor de la adolescente de autos, lo sugerido por la parte requirente, esto es:

El Ingreso de la adolescente.....y su tía materna doña.....al Programa Familias de Acogida Especializadas ADRA Chile. Debiendo coordinarse por OPD Macul. Sirviendo la presente resolución de suficiente y atento oficio remisor.

Que la niña.....quede bajo el cuidado provisorio de su tía materna doña....., por el plazo de seis meses, según las facultades que confiere el artículo 92 de la Ley 19986, pudiendo ampliarse dicha medida por otros 6 meses más, si fuere solicitado.

En estricto rigor aun cuando la resolución ni siquiera lo señale, el juez está decretando “a favor” de la adolescente la medida cautelar del artículo 71 letra b): “Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia” caso en que “el juez ha de preferir a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza” y la medida cautelar de la letra c) “El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable”. Caso, en el cual habiéndose adoptado la medida sin la comparecencia de la adolescente ante el juez, debió asegurarse que ésta se verificase a primera hora de la audiencia más próxima²⁹. Sin embargo, la medida de entregar el cuidado provisorio de la adolescente a la tía materna es una medida contradictoria con el ingreso de la ésta y de la propia tía, que era quien no se ocupaba de ella, a residir en un grupo familiar alternativo. Nada se indaga sobre sus padres u otro familiar, se la aleja de su familia extensa que tampoco se averiguó si existía, y además el cuidado provisorio es entregado a la misma tía que según la OPD vulneraba sus derechos, por seis meses, prorrogables.

Se infringe también el mismo artículo setenta y uno, inciso quinto, que señala que cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, —como sucede en este caso— “el juez fijará la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida”. Audiencia que nunca se programó sino que se ordenó archivar la causa. Y agrega, que “en ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días”. En este caso, la medida de entregar a la tía el cuidado provisorio se decreta por seis meses, prorrogables por otros seis, usando como fundamento el artículo 92 que no es aplicable para causas

29. Téngase presente que ADRA es la Agencia adventista de Desarrollo y Recursos Asistenciales que desarrolla en Santiago un Programa de Familias de Acogida. Este programa es una modalidad del sistema residencial que consiste en integrar a un grupo familiar alternativo a aquellos niños, niñas o adolescentes que producto de una vulneración de derechos y debido a una decisión judicial deben ser separados de su grupo familiar de origen, mientras se realizan las acciones para restablecer su derecho a vivir con éste.

de protección sino para casos de violencia intrafamiliar, y la medida de ingreso a una familia de acogida se decreta sin plazo alguno.

También el CMC vulnera el artículo sesenta y nueve que manda al juez a tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez, para lo cual puede escucharlos en la audiencia preparatoria, la de juicio o una especial, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica. Y el artículo setenta y cinco, que prescribe que antes de pronunciar sentencia, el juez procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al niño, niña o adolescente y si ello no fuere posible, en la sentencia "debe fundamentar la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración" y "debe explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y su duración". La novena norma infringida, es el artículo setenta y nueve que establece el derecho de audiencia con el juez: "Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente".

En resumen, de conformidad con esta "sentencia" del CMC Santiago, esta adolescente vulnerada de Macul:

1. Ingresó a un programa que implica vivir con una familia que no es la suya.
2. Sin indicación de objetivo, ni plazo, ni supervisión ni mecanismo de revisión de la medida más gravosa del sistema proteccional.
3. Que fue decretada de forma completamente ilegal y arbitrariamente, sin juicio.
4. Ingresó por orden de un juez al que nunca vio, que no le escuchó, que no le explicó sus Derechos.
5. Ingresó legalmente y por un plazo indefinido
6. Sin que se haya realizado gestión alguna para saber nada de su madre, padre u otro miembro de su familia extensa.
5. Sin un curador ad litem que velara por sus derechos
6. Sin decretarse ninguna medida destinada a restablecer lazos con su familia de origen.
7. Sin decretarse ninguna medida de protección respecto de su supuesta maltratadora, que además debe ingresar al mismo Programa.

8. Sino que quedando al cuidado provisorio de la misma persona que se dice "no cuenta con habilidades parentales adecuadas y no visualiza las necesidades de la adolescente", por un plazo no aplicable al caso de seis meses, renovables por otros seis.
9. Y sin que se estableciera un programa de seguimiento y revisión de las medidas adoptadas.

Ella, según la OPD, entró al sistema con tres derechos vulnerados. Y salió del sistema con más de diez derechos vulnerados por la sola acción de la Justicia. Pero, eso sí, esto sucedió, con celeridad, al día siguiente de que la OPD presentó un requerimiento por la presunta vulneración de los derechos de la adolescente, se dictaron las medidas, pero no se inició la causa ni se conoció el caso.

III. Conclusiones

Es el legalismo estrecho y la interpretación del mismo tenor, y por ende no unitaria ni integral, ni armónica, ni pro-homine, la que producen razonamientos jurídicos incompletos, equívocos o abiertamente inconsistentes a la luz de una interpretación sistémica y basada en principios que es debida en materia de derechos fundamentales. También existe una razón fundada en permanencias mentales acerca de la inferioridad o no relevancia de sujetos tradicionalmente minusvalorados social y culturalmente (niños, mujeres, pobres, ancianos) y, mientras no sean entendidas y abordadas como tales, no serán tomados "en serio" los derechos fundamentales de estas personas.

La no internalización del concepto de que los niños, niñas y adolescentes son personas y, además, titulares de a lo menos los mismos derechos que las personas adultas y de otros, que le corresponden por estar en situación de desigualdad con la adultez genera un desinterés en muchos ministros, jueces, abogados, padres y hasta curadores ad litem en visualizarlos como un sujetos plenos de derechos, un desconocimiento en específico los derechos que les asisten, y por ende, una miopía cognoscitiva para identificar tanto sus derechos como los hechos que constituyen amenazas o vulneraciones a algunos de ellos.

La permanencia de los estereotipos de poder y sumisión entre la supuesta adultez y la sostenida minoridad es la que hace que se sostenga la cultura de la no relevancia de su personalidad y sus derechos. En esta comunicación se evidencia como en causas que se inician precisamente para proteger los derechos de niños, el razonamiento se centra sólo en si ha existido violación de derechos que asisten a los padres u otros adultos, sin incluir en el razonamiento que, a la vez, e ineludiblemente hay derechos que asisten a los niños o jóvenes involucrados, razón por la cual el juez está obligado a razonar en orden a la existencia de un conflicto entre derechos fundamentales de los padres-adultos versus derechos fundamentales de los hijos-niños, a argumentar en pro o en contra de la prevalencia de unos u otros derechos expresando las razones normativas y teleológicas para tal fundamentación. Razonamientos judiciales que muchas veces echamos de menos, no obstante que, no pocas veces se incorpora el interés superior de niños, niñas y adolescentes como un principio rector del procedimiento en el razonamiento, pero sin desarrollar su significado en el caso concreto.

Por lo mismo, en las sentencias no siempre se visualiza el manejo de un concepto amplio de Derecho, normas y principios, y no exclusivamente el de norma legal, general o especial, de modo de incluir siempre en su análisis todas las hipótesis jurídicas pertinentes ya contenidas en la Constitución Política, en Tratados de Derechos Fundamentales, en Leyes Especiales o Leyes Supletorias. Por ende, faltan los razonamientos jurídicos sistémicos relacionales en los que se explique las razones de los magistrados para aplicar unas normas jurídicas, para preferirlas a otras, los criterios que se usan para tales preferencias, la distinción entre normas generales v/s especiales, entre jerarquías de normas y la utilización clara de los principios como criterios informadores de las normas. También se alcanza a percibir una escasa distinción entre las razones por medio de las cuales se contesta la pregunta ¿cuál es el derecho aplicable? al caso concreto y ¿porqué lo es?, y un déficit en las justificaciones que debieran dar cuenta de cómo el magistrado interpretó dichas normas y los criterios utilizados para ello.

El Derecho de los Derechos fundamentales es el conjunto de normas de mayor jerarquía, de validez superior y de una naturaleza tal

que estructura y mide en su cumplimiento o incumplimiento cotidiano el grado de legitimidad del Estado y de la forma en que éste ejerce su poder frente a las personas. Es en este espacio jurídico donde se juega la moralidad o inmoralidad estatal, la moralidad o inmoralidad de quienes a su nombre ostentan y ejercen el poder, “la bondad o maldad estatal”, como diría Elías Díaz³⁰. Mucho queda aún por “ordenar” dentro de este sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Con Bobbio puede realizarse un análisis más profundo de la unidad del sistema. Y ha de hacerse pues ya está asentado que de la ordenación del sistema depende su eficacia.

Desgraciadamente, en el modelo de gestión que actualmente está en uso en los Tribunales de Familia del país, la eficacia del sistema jurídico de los derechos fundamentales de las personas no es una meta a alcanzar, tampoco constituye un indicador de “resolución”³¹. Si un Tribunal termina el setenta o más por ciento de las causas ingresadas en el período fijado es “bueno”, si termina menos del cincuenta por ciento de las causas ingresadas en el período fijado es un Tribunal “muy malo”³². Lo que no significa que el primer Tribunal haya efectivamente resuelto el setenta o más por ciento de sus causas, como lo comprobamos en el caso del CMC de Santiago, porque tales indicadores nada dicen

30. DÍAZ, Elías: De la Maldad Estatal a la Soberanía Popular. Debate, Madrid, 1984, 270 pp.

31. Acta N° 98-2009 op. cit (23). En el actual modelo de gestión son nomenclaturas de término catorce situaciones. Algunas de iniciativa del juez y otras de iniciativa de las partes. De iniciativa judicial: No dar curso a la solicitud, no dar curso a la demanda, la declaración de incompetencia, la acumulación de causas, la derivación a Centro de Medidas Cautelares, la Suspensión Condicional de la Sentencia. De iniciativa de las partes, al menos teóricamente, el retiro de la demanda, el desistimiento y el abandono del procedimiento. Pero sólo cuatro de estas causales podrían ser consideradas situaciones en la que es posible que la causa haya sido resuelta: la mediación —supongo que se refiere al Acuerdo en Mediación—, la conciliación, la sentencia, el avenimiento y la transacción. Aunque ésta, en estricto rigor, precave el inicio de una causa, no la termina. Y se consideran como en tramitación, los archivos provisionales y las derivadas a mediación.

32. Instrucciones op. cit (24).

acerca de la legitimidad o calidad de la resolución. Ni que en el segundo Tribunal exista un cincuenta por ciento de causas no atendidas, sino que perfectamente pueden estar en diligente tramitación, en un juicio que ha ocupado más de dos audiencias o efectivamente resueltas pero en período de seguimiento de medidas cautelares o accesorias.

Ante la evidencia, es legítimo preguntarse si la llamada "normalización de la gestión" que está operando como lo muestran las estadísticas que lleva la CAPJ, ¿será mediante el uso del mismo tipo de prácticas detectadas en el Centro de Medidas Cautelares de Santiago?³³. Eso amerita una investigación, no sólo académica, sino de los propios órganos de control establecidos en el Acta: los comités de jueces, los ministros visitantes, la Unidad de Apoyo a la Reforma de la Justicia de Familia y la Corte Suprema.

Los deberes estatales de respetar y promover los derechos esenciales y de tomar todas las medidas necesarias para garantizar su plena y efectiva vigencia para todas las personas en condiciones de igualdad; la doctrina de la responsabilidad del Estado por "actos propios"; el principio de la moralidad estatal; el principio de la eficacia en el cumplimiento de las finalidades que son propias del Derecho de los derechos fundamentales; el entendimiento de la triple naturaleza ética, política y jurídica de este sistema normativo, que nos obliga a considerar esa naturaleza como un elemento más de la complejidad propia y esencial del sistema que ha de considerarse en la interpretación y aplicación del mismo, entre otras razones, no permite aceptar una aplicación puramente jurídica, menos únicamente legalista, de sus normas. Mucho menos, resulta aceptable el incumplimiento del deber exclusivo y excluyente de la judicatura, de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en las causas que son sometidas a su conocimiento.

33. Es altamente probable, que sí. Y también una práctica fácilmente comprobable en muchos, sino todos los tribunales del país, sólo si el Ministro visitador de cada Tribunal revisa las resoluciones que se dictan en materia de violencia intrafamiliar, protección de niños e infracciones juveniles, que se resuelven el mismo día o a muy pocos días de ingresados los partes o requerimientos.

SOBRE LAS FUENTES PARA-NORMATIVAS

ANTONIO PEDRALS *

I. *Aspectos generales.* Este trabajo se inscribe dentro del planteamiento del llamado 'teorema de Carbonnier' que, en síntesis, señala que: "el Derecho es más extenso que las fuentes formales del Derecho"¹.

Por lo demás, el teorema coincide con lo que afirma Ortega en una de sus últimas obras: "lo 'jurídico' del Derecho es sólo una parte de su efectiva realidad, cuya otra parte son una porción de cosas de la vida de un pueblo, que, dada la errónea óptica perusada, no parecen tener nada que ver con él"².

Las ideas de que el Derecho no se reduce sólo a las fuentes; que el Derecho es más extenso que las fuentes; que las fuentes no son conocibles (inteligibles, entendibles, etc.) por sí mismas, ya que son parte de un todo mayor, constituyen un enfoque contextualista más amplio que el usualmente utilizado en nuestro campo.

* Antonio Pedrals, profesor de Teoría General del Derecho de la Universidad de Valparaíso.

1. CARBONNIER [1974], p. 28.
2. ORTEGA [1971], p. 99. "Hablar de Derecho como de una realidad por sí, esto es, aislada, es ya un error a limine".