

V. Eje de Protección



Los derechos de protección se relacionan a aquellos que preservan o resguardan el ejercicio de los derechos por parte de niños, niñas y adolescentes frente a distintas situaciones de afectaciones, privaciones o amenazas a ello, siendo deber del Estado protegerlos y establecer medidas preventivas con perspectiva integral.

5.1 Derecho a vivir en familia

Niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir con sus familias. El Estado debe prestar toda la asistencia necesaria que permita a éstas cumplir con su responsabilidad primordial de cuidado y crianza, de forma corresponsable y respetuosa de sus derechos, con apoyo de la sociedad. Asimismo, el Estado debe respetar que ningún niño, niña o adolescente sea separado de sus familias y a mantener el contacto y vínculo de éstos con sus madres y padres. De requerirse una separación, esta debe fundamentarse en su interés superior y considerando su opinión. En estos casos, debe siempre preferirse modalidades de cuidado familiar por sobre las residenciales, durante el menor tiempo posible, lo más cerca a su lugar de residencia habitual y con criterios de pertinencia y calidad de las prestaciones involucradas.

5.1.1 Antecedentes

La Convención establece en su artículo 9 que el Estado debe velar que los niños, niñas y adolescentes no sean separados de sus padres o madres. Es un derecho de éstos el vivir con ambos. El Estado no podrá separarlos, solo podrá hacerlo en los casos que la separación de uno o ambos padres sea estrictamente necesario para protegerlos, en función de su interés superior, “por ejemplo 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”.

Responsabilidad primordial de las familias en el cuidado y crianza de niños, niñas y adolescentes

Uno de los elementos fundamentales para resguardar este derecho es velar por que los niños, niñas y adolescentes permanezcan dentro de sus familias o eventualmente puedan reintegrarse a ellas, lo que conlleva -entonces- generar acciones que ayuden en las tareas de cuidado y crianza de forma responsable y respetuosa de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, la Convención señala en el artículo 5 la importancia que tienen “*las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”.

En este marco, la Convención señala que el Estado deberá prestar la asistencia a las familias y cuidadores “*para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños*”, así como a generar

las “medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”, lo cual es reforzado en las Directrices de Cuidado Alternativo la que señala que el Estado debe “ofrecer servicios de guardería, incluidas escuelas de jornada completa, y de cuidado temporal que permitan a los padres sobrellevar mejor sus responsabilidades generales para con la familia, incluidas las responsabilidades adicionales inherentes al cuidado de niños con necesidades especiales”.³⁹

En ese sentido, destaca lo dispuesto en la Ley de Garantías, respecto al rol otorgado al Plan de Acción de la Política Nacional de Niñez y Adolescencia, el cual debe tener un “plan intersectorial que integrará políticas que favorezcan las funciones y deberes que desarrollan, respecto del niño, niña o adolescente, los padres y/o madres y las personas a cuyo cuidado se encuentren legalmente y, en especial, la conciliación del trabajo con la vida familiar”.

Asimismo, la Convención en su artículo 9 señala que **el Estado debe velar “por garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes con respecto a la crianza y desarrollo del niño” y que estos tienen también a mantener contacto y relación con ambos padres, “salvo si ello es contrario al interés superior del niño”**. Así también, en concordancia, el artículo 27 de la Ley de Garantías señala la responsabilidad del Estado de velar por el cumplimiento de los elementos antes mencionados, cualquiera sea la composición de las familias.

Por su parte, las Directrices de Cuidado Alternativo señalan una serie de medidas a adoptar por parte de los Estados para prevenir a tiempo -frente a diversas alertas importantes- la separación y el resguardo del derecho a vivir en familia. Por ejemplo, frente al abandono voluntario, anónimo o no, permanente o temporal, de niños y niñas en donde el Estado debe velar por asesorar y prestar colaboración para alentar su restitución. Al presentarse indicios o situaciones de violencia, procurar un abordaje progresivo que evite la separación inmediata. Así como también, frente a casos en que alguno de los padres sea involucrado en un proceso penal, debiendo el Estado preferir “medidas de libertad provisional y penas no privativas de libertad” en caso de tener hijos o hijas.⁴⁰

Derecho de niños, niñas y adolescentes a procesos pertinentes y respetuosos que resguarden su derecho a vivir en familia, tanto en la separación como reintegración

Siempre considerando lo anterior, como elemento fundamental de resguardo del derecho a vivir en familia, **una vez sea necesaria la separación del niño, niña o adolescente de quienes estén legalmente a su cuidado, ésta debe respetar una serie de elementos en su determinación**. La Ley de Garantías en su artículo 27 señala que la separación en términos de tutela legal nunca podrá ser realizado “sin una orden judicial en la que se fundamente la necesidad y pertinencia de dicha medida de conformidad con las causales contempladas en la ley”.

La separación nunca deberá realizarse por razones de carencia de recursos materiales o factores discriminatorios. Solo podrá realizarse “en caso de acreditarse vulneración de derechos” la cual llegue a justificar -en función de su interés superior- la separación. Los diversos marcos

³⁹ Naciones Unidas (2019) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/143. Pág.7. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2010/8064>

⁴⁰ Naciones Unidas (2019) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/143. Pág.10

normativos, tales como la Convención, las Directrices de Cuidado Alternativo de Naciones Unidas y la Ley de Garantías señalan conjuntamente que los procesos de separación deben realizarse siempre:

- a) Velando por adoptar sus decisiones evitando la separación de los hermanos o de los adolescentes con respecto a sus propios hijos o hijas;
- b) Primando el acogimiento de tipo familiar por sobre el residencial (sobre todo en primera infancia);
- c) Buscando soluciones definitivas en caso de requerirse de cuidados en familias adoptivas y;
- d) Procurando que las separaciones sean durante el menor tiempo posible.

Asimismo, es necesario recalcar que las Directrices de Cuidado Alternativo señalan que, **en los casos de niños, niñas y adolescentes bajo cuidado de padres o madres privados de libertad, los procesos de separación deben seguir las mismas reglas que en general:**

*“Los Estados deberían tener en cuenta el interés superior del niño al decidir retirar la custodia de un niño nacido en prisión o que vive en prisión con uno de sus progenitores. La retirada de la custodia de esos niños debería tratarse del mismo modo que otros casos de separación”.*⁴¹

La Convención también añade una serie de consideraciones con respecto a niños, niñas y adolescentes con movilidad hacia dentro o fuera del país para el ejercicio de este derecho, siempre en función de su correspondencia con su interés superior y el marco normativo nacional. El artículo 10 señala que los Estados deben atender los requerimientos de éstos o sus padres para entrar o salir del país para los *“efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”*. En este caso, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a mantener relaciones y contactos personales. Asimismo, la Ley de Garantías en su artículo 27 señala al respecto que el Estado debe adoptar medidas para *“prevenir y combatir los traslados ilícitos y la retención ilícita en el extranjero”*.

Derechos de niños, niñas y adolescentes ya separados de su entorno familiar en modalidades de cuidado alternativo y privación de libertad

Una vez ocurrida la separación de niños, niñas y adolescentes de sus familias, ésta puede conllevar diferentes contextos de cuidado. La Ley de Garantías define en el artículo 27 que **ello incluye a todo aquel que “se encontrare privado de su libertad o sujeto a algún régimen de cuidado alternativo”, incluyendo también otros elementos tales como “situaciones de catástrofes, emergencias o conflictos que impidan su cuidado”**. Con esto se aborda una definición amplia de lo que significa una alternativa de cuidado y del mismo concepto “bajo cuidado del Estado”, dado que esto puede implicar no solamente la tutela directa, sino indirecta en diversos dispositivos de cuidado y pernoctación que implican la separación efectiva.

Esto está en línea con lo planteado por las Directrices de Cuidado Alternativo de Naciones Unidas que señalan que **los niños privados de cuidado parental son todos aquellos que “durante la noche no estén al cuidado de uno de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las**

⁴¹ Naciones Unidas (2019) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/143. Pág.11

*razones y circunstancias de ese hecho*⁴², lo que conlleva que esté “no acompañado” o “separado”, en modalidades de acogimiento informales o formales, en diferentes condiciones de vínculos, en distintos tipos de dispositivos de cuidado residencial o familiar, “como los lugares seguros para la atención de emergencia, los centros de tránsito en casos de emergencia y todos los demás centros de acogimiento residencial a plazo corto y largo, incluidos los hogares funcionales”⁴³.

Teniendo este marco general de lo que significa el cuidado por parte del Estado, tanto la Convención, las Directrices de Cuidado Alternativo y la propia la Ley de Garantías especifican una serie de normativas y características comunes que deben cumplir las modalidades de cuidado alternativo en sus diferentes tipos:

- Deben procurar por diferentes opciones de acogimiento, acordes y pertinentes a cada niño, niña y adolescente y a los diferentes contextos;
- Debe procurarse que el lugar de acogimiento sea lo más cercano posible al lugar de su residencia habitual, con el objetivo de facilitar el vínculo con su familia y vínculos;
- Deben proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener información sobre la situación de los miembros de su familia y vínculos significativos;
- Deben procurar que todas las modalidades y dispositivos cuenten con equipos, cuidadores, infraestructuras, condiciones de seguridad, y directivos debidamente pertinentes y de calidad;
- Deben respetar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a contar con una persona de confianza en cuya absoluta reserva se puede confiar, informándole de las normas éticas o jurídicas que puedan eventualmente justificar violar su confidencialidad;
- En línea con los puntos anteriores, deben asegurar la presencia de representantes legales que con debida formación y especialización deberán velar por la defensa de sus derechos, respeto de su interés superior, servir de enlace con actores externos, asistir en la búsqueda de sus familiares y otros;
- Deben respetar, proteger y cumplir al máximo los derechos de los niños, niñas y adolescentes de todo tipo. Las Directrices de Cuidado Alternativo se refieren a variados derechos en los ejes de supervivencia, protección, desarrollo y participación;
- Deben contar con mecanismos conocidos, efectivos, imparciales y seguros para poder denunciar con respecto al trato en los centros o modalidades de cuidado.

Cabe destacar que las Directrices señalan también que, en cuanto al acogimiento formalmente dispuesto por el Estado, estos deben cumplir con una serie de medidas tales como que estén registradas debidamente, habilitadas para su funcionamiento con respecto al cumplimiento de estándares, con formas de financiamiento adecuadas y sin generar mecanismos perversos, con actualización permanente de la situación de los niños, niñas y adolescentes, correctas condiciones laborales, entre otras.

Por otro lado, si bien el proceso de privación de libertad y la determinación de estas sanciones son también materia de análisis de debido proceso en las instancias judiciales y analizadas también en el “**Derecho a un trato justo**”, en cuando a privación de libertad, si es pertinente también considerarlas debidamente en el marco de su relación en el derecho a vivir en familia,

⁴² Naciones Unidas (2019) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/143. Pág.16

⁴³ Naciones Unidas (2019) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/143. Pág.7

ya que también su consideración debe ser tal en los procesos de determinación de medidas y sanciones como en las condiciones de la privación de libertad.

En esta materia aun cuando muchas de las directrices mencionadas también son aplicables, son otras las directrices internacionales encargadas de dar lineamientos. En específico, las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)”, las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Reglas de la Habana) y las Observación general del Comité de los Derechos del Niño N°24 “sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil”.

Estas directrices señalan en general que **la privación de libertad debe ser primero de acuerdo a un sistema que fije una edad mínima de responsabilidad penal** en donde la privación sea *“únicamente a niños de mayor edad (...) estrictamente ceñida como medida de último recurso, limitada en el tiempo y sujeta a revisión periódica”*⁴⁴, y en donde no se les podrá negar *“derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional”* no se les podrá negar.⁴⁵

Ahora bien, de forma transversal, las Directrices de Cuidado Alternativo señalan que el Estado debe procurar que los niños, niñas y adolescentes puedan tener las oportunidades tanto para su reunificación familiar, como para la integración a la sociedad una vez egresados del sistema. Asimismo, señalan la necesidad de disponer un mecanismo de observación independiente y efectivo de la situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situaciones de separación de sus familias en las diferentes modalidades de cuidado.

A nivel más particular, las normativas nacionales e internacionales en materia de cuidado alternativo y privación de libertad realizan diversas recomendaciones para diferentes modalidades de cuidado que deben considerarse, las cuales se resumen en la siguiente tabla:

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño (2019). Observación general N°24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Pág. 3. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf>

⁴⁵ Naciones Unidas (1990) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Pág.2. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>

Tabla 2: Descripción de tipos de acogimiento y cuidado, según fuentes, expresiones actuales y recomendaciones internacionales

Tipo de acogimiento	Fuentes aplicables	Expresiones en Chile	Principales recomendaciones
Acogimiento formal de tipo residencial	Directrices de Cuidado Alternativo de Naciones Unidas	Centros Residenciales (Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia), Residencias para mujeres víctimas de violencia de Género (Sernameg), Internados educacionales	Las directrices recomiendan que los centros sean de tamaño pequeño, organizados en torno de los derechos y necesidades de cada niño, y en un entorno lo más semejante posibles al de una familia. Asimismo, debe velar por que se dispongan de cuidadores suficientes para un cuidado personalizado. Por último, debe velarse que sean separados de adolescentes sujetos al sistema penal.
Acogimiento formal en hogares de guarda		Programa de Familias de Acogida (Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia)	Las directrices recomiendan que debe funcionar en torno a un sistema con personas interesadas, debidamente apoyadas, preparadas y asesoradas para el acogimiento.
Acogimiento de niños/as fuera de su país de residencia		Centros Residenciales (Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia)	Las directrices señalan al respecto que las normativas señaladas deben aplicarse sin distinción de nacionalidad de origen, debiendo coordinarse con otros Estados para efectos del resguardo del derecho a vivir en familia.
Acogimiento en situaciones de emergencia o situaciones de violencia		Albergues de emergencia	En circunstancias de crisis o emergencias las Directrices plantean que, en estas circunstancias, los dispositivos de cuidado general deben prestar servicios orientados especiales para niños, niñas y adolescentes, con personal pertinente, cuidando que sea una medida temporal, evitar desplazamientos forzados, etc.
Acogimiento en centros penitenciarios de jóvenes y adultos		Centros Penitenciarios de Gendarmería de Chile (Programa Creciendo Juntos)	Las directrices señalan al respecto que cuando el principal cuidador queda privado de libertad, el Estado debe asegurar que la custodia sea resguardada en un marco de cuidado y protección adecuado, respetando en el caso de los niños, niñas y adolescentes “su propia condición de individuos libres y su acceso a las actividades de la comunidad” ⁴⁶

⁴⁶ Naciones Unidas (2019) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. A/RES/64/143. Pág.11

Acogimiento en dispositivos para personas sin hogar	Directrices de Cuidado Alternativo de Naciones Unidas, Observación General N°21 del Comité.	Albergues, Viviendas Compartidas Residencias familiares, Centros Residenciales (Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia)	La Observación General del Comité N°21 señala que los niños, niñas y adolescentes de la calle, el cuidador de facto es el Estado. Especifica que los tipos de cuidado pueden abarcar diferentes modalidades de forma cruzada, pero también hay formas específicas como centros de acogida, albergues, centros de día, residencias temporales o acogimiento residencial.
Acogimiento en centros psiquiátricos	Directrices de Cuidado Alternativo, Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, Reglas de Beijing, Convención de Derechos de Personas con Discapacidad.	Unidades de Corta Estadía (MINSAL) Centros residenciales de tratamiento de consumo (SENDA)	Las observaciones e instrumentos internacionales concuerdan con disminuir la práctica de institucionalización psiquiátrica, debiendo ser un último recurso. En el caso de la hospitalización psiquiátrica en contextos de privación de libertad, existen diversas disposiciones relativas como derecho a la salud en general.
Privación de libertad	Reglas de la Habana, Beijing, y Observación General N°24 del Comité.	Centros de Régimen Cerrado, Internación Provisoria, Centros Semicerrados, Secciones Juveniles (Sename)	Estas directrices señalan en general que la privación de libertad debe ser primero de acuerdo a un sistema que fije una edad mínima de responsabilidad penal en donde la privación sea “únicamente a niños de mayor edad (...) estrictamente ceñida como medida de último recurso, limitada en el tiempo y sujeta a revisión periódica” ⁴⁷ , y en donde no se les podrá negar “derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional” no se les podrá negar. ⁴⁸

Fuente: elaboración propia

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño (2019). Observación general N°24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Pág. 3. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/G1927560.pdf>

⁴⁸ Naciones Unidas (1990) Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Pág.2. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>



Derecho a vivir en familia

5.1.2 Dimensiones según subcategorías del derecho y niveles de seguimiento

Subcategorías

		Cuidado y crianza de niños, niñas y adolescentes	Procesos que resguarden su derecho a vivir en familia	Niños, niñas y adolescentes separados de su entorno familiar
Niveles de seguimiento	Nivel de resultado	Cumplimiento de deberes de cuidado y crianza de las familias de forma respetuosa a los derechos de niños, niñas y adolescentes	Separación de sus familias de origen y formas de separación	Separación de sus familias de origen en cuidado alternativo de diferente tipo
			Retención en el extranjero sin contacto con su familia de origen	Percepciones de niños, niñas y adolescentes cuidado alternativo
			Restitución del derecho a vivir en familia y reunificación	Integración social e inserción a la vida independiente luego de egreso de las modalidades de cuidado alternativo familiar
		Percepciones de niños, niñas y adolescentes sobre el cuidado	Priorización de niños, niñas y adolescentes viviendo en modalidades de cuidado alternativo de tipo familiar con respecto a cuidado residencial, con especial énfasis en primera infancia	Separación de sus familias con repercusiones en contacto con sus hermanos e hijos/as u otros vínculos significativos
		Ausencia de padre, madre o ambos, así como figura principal de cuidado		Separación de sus familias que viven sin contacto o comunicación con sus familias, alguno de sus padres, hermanos, familiares significativos o sus hijos/as
		Corresponsabilidad de los deberes de cuidado y crianza de madres y padres	Niños, niñas y adolescentes en procesos de adopción	
	Coparentalidad de los deberes de cuidado y crianza de madres y padres	Tiempos de permanencia de niños, niñas y adolescentes en modalidades de cuidado alternativo y privación de libertad		
Nivel de proceso	Apoyo al cuidado percibido por parte de las familias desde el Estado y la sociedad	Servicios de apoyo a la crianza y cuidados (accesibilidad, disponibilidad, calidad y pertinencia)	Pertinencia y respeto del principio del interés superior, no discriminación, participación y desarrollo integral, en sistemas y procesos judiciales de familia, de protección (administrativa y judicial), y penal en la adopción de decisiones de separación o privación de libertad	Servicios de cuidado alternativo de diferente tipo (Accesibilidad, disponibilidad, calidad y pertinencia)
				Servicios de privación de libertad de adolescentes infractores de ley (accesibilidad, disponibilidad, calidad y pertinencia)
				Servicios de preparación para la vida independiente (accesibilidad, disponibilidad, calidad y pertinencia)
		Servicios de protección y seguridad social (accesibilidad, disponibilidad, calidad y pertinencia)	Servicios y procesos de adopción (accesibilidad, disponibilidad, pertinencia y calidad)	
		Percepciones adecuadas de adultos, niños, niñas y adolescentes, sociedad y funcionarios/as públicos con respecto a este derecho		
		Gasto público efectivo para el cumplimiento del derecho a vivir en familia de niños, niñas y adolescentes		
Cooperación internacional y de la sociedad civil				
Nivel de estructura	Normativas pertinentes en procedimiento de adopción de medidas de separación y de privación de libertad	Existencia de mecanismo independiente de observación		
		Registros y estadísticas sobre situación del derecho a vivir en familia de niños, niñas y adolescentes a nivel nacional		
		Políticas y planes en las diferentes materias abordadas con enfoque de derechos de la niñez y adolescencia		
		Reconocimiento pertinente del derecho a vivir en familia de niños, niñas y adolescentes en legislación nacional		
		Ratificación de tratados internacionales en las materias relacionadas al derecho		

Consideraciones transversales para el análisis:

- ❖ Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño
- ❖ Disgregación del análisis según grupos prioritarios, interseccionalidades, territorio y ciclo vital