1

CAPÍTULO 1

Interés superior del niño

PRESENTACIÓN

Este capítulo desarrolla el principio de interés superior establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Se incluye una breve descripción histórica y algunos de los hitos recientes más relevantes en el camino hacia una nueva institucionalidad. Además, se detallan algunas observaciones generales sobre los proyectos de ley en trámite que merecen especial atención para la efectividad de derechos: el proyecto de ley que Crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez y el proyecto de ley que Crea el Servicio de Protección de la Niñez. Por último, el capítulo ofrece comentarios sobre los contenidos mínimos a respetar y proteger sobre los derechos a la vida familiar y la protección de las familias, y el derecho a la educación.

1. Introducción

Los niños, niñas y adolescentes (NNA) son un grupo de la población que, por su estado de desarrollo, necesitan de una protección especial.[1] En efecto, los NNA gozan de los derechos que les corresponden a todas las personas, pero, además, tienen derechos especiales derivados de su condición, que se traducen en deberes específicos para la familia, la sociedad y el Estado.[2]

Se debe señalar que "esta protección especial, adaptada y reforzada, que reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los niños (niñas y adolescentes) se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y desafíos para el efectivo ejercicio, la plena vigencia y la defensa de sus derechos"[3], es decir, son una población considerada vulnerable frente al acceso a la justicia.

Lo anterior no debe confundirse con que los niñas, niños y adolescentes sean un objeto de protección, sino que se les debe considerar como lo que son, sujetos de derechos, es decir, personas con derechos y dignidad humana que, además del respeto de sus derechos, requieren de una protección especial por la dificultad que el ejercicio de éstos representa para ellas y ellos. Dejar atrás una mirada adultocéntrica es básico para el tratamiento debido de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y ello requiere estudiar el concepto y alcance del interés superior.

El presente capítulo tiene por objeto el estudio del concepto de interés superior, además del análisis de la situación actual chilena, desde la óptica del mismo, aplicada a ciertos ámbitos reflejados en el Plan Estratégico Institucional de la Defensoría de la Niñez, señalando los atributos del derecho, la obligación del Estado de Chile y las acciones de la Defensoría de la Niñez a su respecto, para luego analizar los desafíos que se presentan al respecto.

[1] Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia; Sentencia de 1 de julio de 2006; Serie C N° 148, párr. 244; Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112, párrafo 147 y Corte IDH, Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C N° 152, párrafo 113; Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N° 205, párr. 408.

[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC – 17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 54.

[3] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 44.

2. Conceptos generales respecto del interés superior del niño

Cuando se habla de niñez y adolescencia, se alude constantemente al concepto de interés superior del niño, ya que efectivamente es un principio rector que se debe considerar, de manera primordial, ante cualquier actuación respecto de niños, niñas o adolescentes.

El interés superior del niño se encuentra establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989),[4] que señala:

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

Sin perjuicio de que la Convención sobre los Derechos del Niño señala que el interés superior del niño, niña o adolescente debe tenerse en cuenta, debiendo para esto tomarse las medidas del caso y así atenderlo como una consideración primordial, éste suele ser un concepto, para muchos, difuso.

A su vez, es un error pensar que este concepto nace junto con la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que el mismo se puede encontrar en otros cuerpos internacionales sobre protección de la infancia y de la adolescencia, y de los derechos humanos en general.

La Declaración de Ginebra de 1924, por ejemplo, si bien no hace una referencia expresa al interés superior del niño, es reconocida como el primer texto internacional de derechos humanos para niños, niñas y adolescentes. Ello tiene como consecuencia que la protección de este grupo de la población se enmarca en la protección de los derechos humanos, buscando el respeto a sus derechos y dignidad.

[4] La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es un tratado internacional aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que fue ratificado por Chile el 14 de agosto de 1990. En febrero de 1991 se creó el Comité de los Derechos del Niño, órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN, que mantiene una comunicación permanente con los Estados Partes quienes, deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Por otra parte, el Comité publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos a través de Observaciones Generales, en las que se abordan los derechos y principios rectores de la CDN.

En la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959 se puede encontrar la mención del interés superior del niño, en su principio segundo, que señala:

> El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.[5]

La Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño refuerza esta idea señalando que "el 'interés superior del niño' no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párr. 2) y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales".[6]

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene reconocimiento nacional e internacional y se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar su desarrollo.[7] En ese sentido, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes está establecido, además de las normas señaladas anteriormente, en diversos tratados internacionales ratificados por Chile. Algunos de ellos son:

– **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966**, ratificado por Chile en 1972, que en su artículo 24.1 señala: "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

– **La Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica) de 1966**, ratificada por Chile en 1990, señala en su artículo 19: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

A pesar de todas las menciones y aplicaciones que tiene el interés superior del niño, es un principio que no ha recibido una definición acotada. Ello se explica por la dificultad que implica asentar una definición única y estática, considerando que cada niño, niña o adolescente, si bien pertenece a un grupo especialmente vulnerable de la población, es un ser individual y relacional, cuya situación dependerá del caso puntual que enfrente y del momento particular en el que se deba tomar una decisión a su respecto.

[5] Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf.

[6] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 2.

[7] Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC–17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 56.

La Observación General Nº 14 del Comité de los Derechos del Niño, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple (tres ámbitos); constituyéndose tanto como un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento:

> a. Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.
>
> b. Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.
>
> c. Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.[8]

Considerando estos tres ámbitos del concepto de interés superior del niño, se debe recalcar que dar una definición estática del mismo es prácticamente imposible dado que depende de múltiples factores como el triple ámbito en el cual se aplica y la cantidad de niños, niñas y adolescentes considerados como grupos y entes individuales, lo que hace que la definición sea ilimitada.[9]

Aun así, es un principio que es de obligatoria atención y aplicación por parte de todos quienes se encuentran obligados a brindar protección a los niños, niñas y adolescentes, y su falta de definición no puede utilizarse como excusa para su no aplicación, sobre todo teniendo en cuenta que el interés superior del niño es el principio rector de la Convención sobre los Derechos del Niño y que así, inunda el resto de los principios de dicha Convención, como así también los derechos contenidos en ella.

La Convención sobre los Derechos del Niño considera el interés superior del niño como uno de sus cuatro principios rectores[10] para la interpretación y aplicación de todos los derechos de niños, niñas y adolescentes. Lo anterior implica que se debe considerar el interés superior en todas las medidas o decisiones que afecten a niños, niñas y adolescentes, tanto en la vida pública como en la privada.[11]

En definitiva, el interés superior del niño es el principio rector que debe fundar todas las decisiones que involucren a niños, niñas y adolescentes. No es sólo un principio más, "no es simplemente 'una consideración **primordial** , sino '**la consideración primordial** . En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones".[12]

Lo anterior ha sido reforzado por los órganos que supervisan e interpretan el cumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, incluido el Comité de Derechos del Niño y el Comité de los Derechos Humanos, ambos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ambas de la Organización de Estados Americanos (OEA).[13]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre sus facultades, puede emitir opiniones consultivas cuando la CIDH o un Estado miembro lo solicite. En ese marco, el 30 de marzo de 2001, la CIDH presentó una solicitud de opinión sobre la compatibilidad de medidas que adoptan algunos Estados en relación a los niños, niñas y adolescentes con los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la Opinión Consultiva, emitida en el año 2002, la Corte IDH señaló que:

> La expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

[8] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 6.

[9] La Observación General Nº 14 señala en su párrafo 12 que "El objetivo principal de la presente observación general es mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituye una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial (véase el párrafo 38 infra). El propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos. En concreto, ello repercute en los siguientes aspectos: a) La elaboración de todas medidas de aplicación adoptadas por los gobiernos; b) Las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto; c) Las decisiones adoptadas por entidades de la sociedad civil y el sector privado, incluidas las organizaciones con y sin fines de lucro, que prestan servicios relacionados con los niños o que les afectan; d) Las directrices relacionadas con medidas tomadas por personas que trabajan con los niños y para ellos, en particular los padres y los cuidadores.

[10] Los principios rectores de la Convención son: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el derecho la participación.

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

[12] Ibíd, párr. 38.

[13] La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, establece que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención y regula su funcionamiento. La cidh tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. En tanto, la Corte IDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales. Más información disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/.

Y agregó:

> En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.[14]

Más recientemente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), citando al Comité de los Derechos del Niño (2013),[15] sostuvo en el Informe Temático *Hacia la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección*, lo siguiente:

> A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto, y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión, y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial. [16]

Es por lo anterior que el interés superior nutre y permite dar efectivo contenido a todos los demás principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y a todas las materias relacionadas con niños, niñas y adolescentes.

De hecho, el interés superior del niño se encuentra explícitamente mencionado en otras normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, como en lo que se relaciona con la separación de los padres (artículo 9), la reunión de la familia (artículo 10), las obligaciones de los padres (artículo 18); la situación de eventual privación de un medio familiar y otros tipos de cuidado (artículo 20); adopción (artículo 21); la circunstancia de separación de los adultos durante la privación de libertad (artículo 37); las garantías procesales para niños, niñas y adolescentes (artículo 40) y también se hace referencia a él en los protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño. [17]

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva oc – 17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 2 y párr. 65.

[15] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

[16] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 336.

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

Ya establecido que el interés superior del niño es el principio que debe nutrir todas las garantías y satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se puede señalar que su objetivo es "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño",[18] debiendo recalcar, además, que en la Convención no hay una jerarquía de derechos y ningún derecho debe verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior. [19] Además, se ha de mencionar que el interés superior debe aplicarse a "una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente".[20]

Ahora bien, su aplicación es de orden general y amplia a todos los temas relacionados con niños, niñas y adolescentes, y ello se puede apreciar incluso en los textos del Comité de los Derechos del Niño, donde se hace referencia a la aplicación del interés superior del niño ya que todas las Observaciones Generales, salvo la Nº 2, contienen al menos un acápite relacionado con este principio.

Lo anterior genera, entonces, la necesidad de saber quién o quiénes son los llamados a tener en cuenta el interés superior del niño. La respuesta a esto, en opinión de la Defensoría de la Niñez es innegable: todas y todos.

En ese sentido la Corte IDH ha señalado que "tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado". [21]

> Los primeros obligados con los niños, niñas y adolescentes son sus padres y su familia en sentido amplio y, en caso de que éstos no puedan satisfacer las necesidades y resguardar el interés superior de ese niño, niña o adolescente, permitiéndole efectivizar sus derechos, la responsabilidad recae necesariamente en los órganos del Estado y en la sociedad en su conjunto.

En ese sentido, el interés superior, en tanto principio fundamental interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento, obliga a los Estados y a todos y todas quienes toman decisiones que involucran o afectan, directa o indirectamente, a niños, niñas y adolescentes a motivar, justificar y explicar que sus decisiones han sido adoptadas en virtud de tal interés.

[18] Ibíd. párr.4

[19] Ibíd.

[20] Comité de los Derechos del Niño. 2003. Observación general Nº 5, sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), párr. 12.

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva oc – 17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 54.

3. Interés superior del niño desde la mirada institucional

Se requiere informar sobre la situación actual de niños, niñas y adolescentes, desde la perspectiva de interés superior, es decir, cómo se atiende a este principio actualmente en nuestro país, la realidad actual en ciertos tópicos y los cambios que se están realizando, principalmente a la normativa relacionada a niñez y adolescencia.

3.1. RESEÑA DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN CHILE

La historia de la infancia y la adolescencia en Chile no ha ido en una línea distinta de la mundial, pero sí con un retraso evidente en la ejecución y exigibilidad de derechos a su respecto; ahora bien, este capítulo no pretende entregar una historia acabada de la situación de la infancia y la adolescencia en Chile, sino una breve descripción del tratamiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En Chile, la niñez y adolescencia era vista desde un punto de vista meramente proteccional y asistencialista a cargo, principalmente, de iglesias e instituciones de beneficencia. Con la dictación de la Ley de Menores N° 16.618, de 1967, si bien se empezaron a abordar las necesidades de la infancia y adolescencia de manera más seria por parte del Estado, aquella descripción normativa mantenía, y mantiene, una visión adultocéntrica, que entiende a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección y de beneficencia, a quienes hay que cubrirlos en determinadas necesidades, sin que las disposiciones de esta norma permitan reconocer un abordaje en su calidad de sujetos de derecho.[22]

Posteriormente, en 1979, se dicta el Decreto Ley N° 2.465, que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica.[23] De hecho, este Decreto Ley, en su considerando 3°, señala que el entonces Consejo Nacional de Menores fue creado para cumplir la función de auxiliar a los niños, niñas y adolescentes, no obstante, "la experiencia ha demostrado que el sistema existente adolece de numerosos vacíos e imperfecciones, que le han restado eficacia en algunos campos e impedido actuar en otros", y es por ello que, según el considerando 4°:

> (...) se considera necesario modificar la actual estructura del Consejo Nacional de Menores, a fin de crear un nuevo organismo con atribuciones operativas que permita la atención, por sí o por otras instituciones, de los menores cuya guarda y defensa se encuentren alteradas o en peligro de estarlo, mediante la aplicación de los diversos sistemas de asistencia, protección y rehabilitación que establezcan las leyes.

[22] La señalada no es la primera ley de infancia, ésta corresponde a la Ley N° 4.447, de 1928 y es allí que por primera vez se plantea que el Estado debe hacerse cargo de algunos niños, niñas y adolescentes (hasta 20 años a la época) en los casos planteados por dicha ley y establece los Juzgado de Menores y los Centros de Menores. Posterior a esa ley se dictó la N° 5.750 de 1935 sobre abandono de familia y pensiones alimenticias y luego la Ley N° 9.293 del año 1949 que abarca las atribuciones del juez para investigaciones y la Ley N° 11.103 de 1953 que regula la edad de inimputabilidad entre otros tópicos.

[23] Disponible en https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6929&buscar=decreto+ley+2465.

Lo anterior, junto con muchas otras normas y planes que han apoyado la infancia y que pueden ser consultados en los Informes del Estado de Chile ante el Comité de los Derechos del Niño[24] a lo largo de los años, evalúa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. De hecho, en el mensaje del proyecto de ley Boletín N° 10.584-07 que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (que resultó posteriormente en la publicación de la Ley N° 21.067) se señala lo siguiente:

> El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a nuestro país la creación de un mecanismo independiente y eficaz que vigile la aplicación de la Convención (...) Esta institución, además de formar parte del sistema de garantías de derechos de la niñez, debe constituirse como un observador de las instituciones públicas y de aquéllas personas jurídicas de derecho privado que tengan por objeto principal la promoción o protección de derechos de los niños o niñas, autónomo, que vele por su actuar respetuoso de estos derechos.[25]

Ahora bien, hace varios años que se ha relevado la necesidad de que el abordaje de la infancia y adolescencia, dé estricto cumplimiento a lo señalado en la Convención sobre los Derechos del Niño para que deje ser ser adultocéntrico y paternalista y que se ponga a los niños, niñas y adolescentes en el centro de la política pública y que todo acto o decisión que se relacione o afecta a un niño, niña o adolescente, tenga como consideración primordial el interés superior.

El avance en la materia ha sido importante: en 2009 se creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos lo que fue un hito en la protección de los derechos humanos de adultos y de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño señala lo siguiente:

> 18. El Comité valora el establecimiento del Instituto Nacional de Derechos Humanos y toma nota de las medidas adoptadas para crear un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, expresa preocupación por el retraso en su creación y por la persistencia de un vacío estructural en la promoción y protección de los derechos del niño en el Estado parte.
>
> 19. A la luz de su observación general núm. 2 (2002) sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, el Comité recomienda al Estado parte que:
>
> a) Establezca rápidamente un mecanismo específico que permita vigilar el respeto de los derechos del niño y que sea capaz de recibir, investigar y tramitar las denuncias relacionadas con niños y presentadas por niños de una manera sensible a las necesidades de estos; de garantizar la privacidad y la protección de las víctimas; y de llevar a cabo actividades de vigilancia, seguimiento y verificación en favor de dichas víctimas;

[24] Dichos documentos pueden ser consultados en: https://unicef.cl/web/informes-de-chile-ante-el-comite/.

[25] Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11005&prmBoletin=10584-07.

b) Asegure la independencia de ese mecanismo de vigilancia, en particular en lo relativo a su financiación, su mandato y sus inmunidades, a fin de garantizar su plena conformidad con los Principios de París;

c) Solicite la cooperación técnica del ACNUDH, el Unicef y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, entre otras entidades.[26]

De hecho, el mismo mensaje del Boletín N° 10.584–07 citado, señala que con la finalidad de avanzar con los compromisos de Chile al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, y "dotar a Chile de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales orientados a avanzar en la efectividad de los derechos de los niños y niñas y velar por su desarrollo progresivo y permanente"[27], el día 21 de septiembre de 2015, este Gobierno presentó un proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez (Boletín N° 10.315–18). El objetivo de este proyecto es "sentar las bases, principios fundantes y estructura general de un sistema que permitirá garantizar el ejercicio de los derechos de niños y niñas que se encuentren en el territorio nacional".[28]

Además, el mensaje del proyecto de ley mencionado señala lo siguiente respecto de la creación de instituciones:

> De acuerdo a ello, y como parte de la institucionalidad del nuevo sistema de garantías de derechos de la niñez, junto con la iniciativa mencionada, se presentó el proyecto de ley que Crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la Ley N° 20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y otros cuerpos legales que indica (Boletín N° 10.314–06). A través de este proyecto, entre otros aspectos, se introducen nuevos objetos y funciones al Ministerio de Desarrollo Social, y se crea la Subsecretaría de la Niñez y dos nuevos órganos de participación social: el Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez y el Consejo Nacional de los Niños.[29]

En abril de 2018, se crea por Ley N° 21.090 la Subsecretaría de la Niñez,[30] definida como "el órgano de colaboración directa del Ministerio de Desarrollo Social en la elaboración de políticas y planes; la coordinación de acciones, prestaciones y sistemas de gestión; la promoción de derechos, diseño y administración de instrumentos de prevención; estudios e investigaciones; y la elaboración de informes para organismos internacionales, en las materias de su competencia en el ámbito de los derechos de los niños".[31]

Por otra parte, en el Mensaje del proyecto de ley Boletín N° 10.584–07, se señala que dentro de la institucionalidad del nuevo Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez, debe existir un órgano autónomo, que vele por la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes por parte de los organismos del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado, siendo un observador del actuar de aquéllos.

Se adopta en el proyecto de ley un modelo de órgano independiente, especializado y autónomo. Indica que se establece como un deber del defensor la coordinación con el Instituto Nacional de Derechos Humanos como con otros órganos de protección para asegurar la protección de derechos. Indica, a su vez, que las instituciones nacionales de protección de los derechos humanos sirven como "puente" entre el Estado y la sociedad civil.

Por otro lado, el Secretario General de la Presidencia de la época, Nicolás Eyzaguirre, expresó durante la discusión del proyecto de ley que la elección del modelo autónomo y especializado de la Defensoría de la Niñez persiguía obtener la máxima visibilización de los problemas de los niños, niñas y adolescentes en lo relativo al respeto de sus derechos.

La creación de esta nueva institucionalidad debe ir aparejada de normas que protejan de manera efectiva a los niños, niñas y adolescentes. Cabe recordar, que en el 2015 el Comité de los Derechos del Niño reiteró su recomendación al Estado de Chile para que "concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley para la protección integral de los niños en conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño".[32]

Si el interés superior, constituyéndose en un principio jurídico interpretativo fundamental, un derecho sustantivo y una norma de procedimiento, conlleva la plena satisfacción de los derechos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes, lo fundamental es que nuestro Estado explicite y garantice, tanto a niños, niñas y adolescentes, como a la sociedad en su conjunto, cuáles son esos derechos, situación de la que, en nuestro ordenamiento jurídico carece al no contemplar, de manera positiva y expresa, mecanismos efectivos de garantía y protección a los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile.

> Por ello, en opinión de la Defensoría de la Niñez, es imprescindible que nuestro Poder Legislativo, con la celeridad que la niñez y adolescencia requieren, apruebe una ley de garantías de la niñez y adolescencia que efectivamente permita dar contenido efectivo a los derechos humanos que a éstos les asisten, satisfaciendo de ese modo su obligación de tener, como consideración primordial, su interés superior.

En marzo del año 2016, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet Jeria, publicó la *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015–2025*, que establece una estrategia para la instalación progresiva de un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. Tras conocerse esta Política se inició un proceso participativo para la elaboración del Plan Nacional de Niñez y Adolescencia. Esta iniciativa, liderada por el Ministerio de Desarrollo Social –ahora Ministerio de Desarrollo Social y Familia– y el Consejo Nacional de la Infancia, contempló la conformación de una Mesa Técnica Intersectorial, en la cual participaron catorce ministerios y once servicios públicos, además de quince gabinetes regionales de infancia.

[26] Comité de los Derechos del Niño. 2015. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. párr. 18 y 19.
[27] Disponible en: https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11005&prmBoletin=10584-07.
[28] Ibíd.
[29] Ibíd.
[30] Disponible en: https://www.leychile.cl/Consulta/listaresultadosimple?cadena=21090.
[31] Disponible en: http://www.desarrollosocialyfamilia.gob.cl/mision.
[32] Comité de los Derechos del Niño. 2015. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. párr. 9.

Posteriormente, en marzo de 2018, se dio a conocer el *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018–2025* que desarrolla, en términos operativos, los lineamientos y las orientaciones de la política en torno a cuatro ejes de derechos, que surgen a partir de la operacionalización de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales corresponden a supervivencia, desarrollo, protección y participación. El plan establece 18 resultados estratégicos que abordan los principales desafíos que el país tiene en materia de niñez y adolescencia, y cada uno de éstos tiene asociado acciones e indicadores para su monitoreo. A mediados del 2018, el Ministerio de Desarrollo Social y Familia lanzó la plataforma digital (www.creciendoconderechos.gob.cl) donde se realiza un seguimiento a los avances y desafíos de dicho plan.

Niños, niñas y adolescentes ingresados a línea de atención ambulatoria, cuidado alternativo y atención OPD, según categoría causal de ingreso y tramo de edad.
Año 2018

	Tramos de edad			
Categoría causal de ingreso	*Primera Infancia I (0 a 3 años)*	*Primera Infancia II (4 a 8 años)*	*Segunda Infancia (9 a 13 años)*	*Adolescente (14 a 18 años)*
Cedido en adopción	46	-	-	-
Faltas o delitos inimputables	-	12	116	918
Maltrato	368	2.578	3.471	2.280
Negligencia	4.149	7.804	7.932	7.520
Otras causales de ingreso*	3.298	5.924	6.510	7.356
Peores formas de trabajo infantil	1	6	58	335
Prácticas abusivas sexuales	2	39	275	368
Víctima de abandono	84	85	95	128
Víctima de delitos (salvo Maltrato)	148	2.655	3.579	3.215
Violencia Intrafamiliar (VIF)	1.783	5.577	5.382	2.820
Total	**9.879**	**24.680**	**27.418**	**24.940**

*La categoría "Otras causales de ingreso" agrupa, principalmente, las siguientes causales: "Vulneración de derechos en estudio" (n=8.953), "Protección según orden del Tribunal" (n=8.380); "Niños, niñas y adolescentes fuera del sistema escolar" (n=405); "NNA con consumo o sospecha de consumo problemático de alcohol y/u otras drogas" (n=311); "Ejerce bullying/matonaje o intimidación escolar" (n=378). y "Niño, niña o adolescente en proceso de integración con familia extensa o externa" (n=83).

Nota: No se incluyen datos de ingresos de niños, niñas y adolescentes a línea de atención "Diagnóstico", ni los jóvenes mayores de edad. Se excluyen personas mayores de 18 años

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Servicio Nacional de Menores, Anuario Estadístico 2018.

Aproximadamente 110.000 ingresos de niños, niñas y adolescentes se registran anualmente al área de protección del Sename.

Si se agrupan las líneas de atención ambulatoria, cuidado alternativo y atención opd, la negligencia es la causal de mayor ingreso, seguida por ser víctimas de delitos (salvo maltrato) y violencia intrafamiliar.

Por su parte, el 2 de abril de 2018, el Presidente de la República, Sebastián Piñera Echenique, convocó a una Mesa de Trabajo para un Acuerdo Nacional por la Infancia, integrada por ministros y subsecretarios(as); parlamentarios(as) y organizaciones de la sociedad civil, entre otros.[33]

El 30 de mayo de 2018, dicha mesa entregó al Ejecutivo 94 propuestas de corto, mediano y largo plazo, en un documento titulado *Acuerdo Nacional por la Infancia*, que establecía consensos y acciones a realizar.

Uno de los temas relevantes de este acuerdo lo constituye el reconocimiento transversal de que la generación de políticas públicas respecto de niños, niñas y adolescentes no pueden desconocer lo realizado anteriormente, situación expresada de manera muy clara al sostener:

> Este grupo de trabajo se ha planteado como gran objetivo sentar las bases para alcanzar consensos y construir acuerdos transversales, tomando lo mejor de todo lo que se ha trabajado previamente en los distintos gobiernos. Reconocemos el trabajo y esfuerzo hecho en el pasado, por lo que se construirán los acuerdos sobre las bases ya sentadas por las políticas de infancia creadas en los gobiernos anteriores y los proyectos de ley que fueron enviados al Congreso Nacional, donde se seguirán tramitando de conformidad al ordenamiento jurídico vigente.[34]

3.2. HACIA UNA NUEVA INSTITUCIONALIDAD Y PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El hecho de que Chile haya ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, hace casi 30 años, hacía necesario adecuar su legislación y sus instituciones a la consideración efectiva de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. En ese contexto es que, a través de la Ley N° 21.067, se crea la Defensoría de la Niñez y, con la Ley N° 21.090, la Subsecretaría de la Niñez.

La Subsecretaría es la encargada de la prevención y de la coordinación del intersector, de hecho su objetivo consiste en mejorar la institucionalidad, creando un subsistema encargado de las políticas públicas de niñez y de aumentar la coordinación de los servicios. Es una de las Subsecretarías dependientes del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, y el nombramiento de la Subsecretaría depende del Presidente(a) de la República, siendo un ente que depende del gobierno que se encuentre.

[33] El detalle de los integrantes de la mesa es el siguiente: los Ministros de Desarrollo Social, Alfredo Romero; de Justicia y Derechos Humanos, Hernán Larraín; de la Secretaría General de la Presidencia, Gonzalo Blumel; la Subsecretaria de la Niñez, Carol Bown; el Subsecretario de Servicios Sociales, Sebastián Villarreal; la Subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Recabarren; el Subsecretario de Justicia, Juan José Ossa; la Subsecretaria de Educación Parvularia, María José Castro; el Subsecretario de Educación, Raúl Figueroa y la Subsecretaria de Evaluación Social, Alejandra Candia. También participaron la senadora y senadores: Ena Von Baer, Felipe Kast, Ricardo Lagos Weber, Manuel José Ossandón, y las diputadas Marcela Sabat, María José Hoffmann, Natalia Castillo, Marcela Hernando y el diputado Gabriel Boric. A esta lista se suman la directora de la Fundación Padre Semeria, Gioconda García; el Director Centro Políticas Públicas UC, Ignacio Irarrázaval; la directora ejecutiva de la Comunidad de Organizaciones Solidarias, Alejandra Pizarro; la subdirectora nacional de la Corporación María Ayuda, Ximena Calcagni; el director ejecutivo del Hogar de Cristo, Juan Cristóbal Romero; la presidenta de La Protectora de la Infancia, Alicia Amunátegui; el ex senador, Patricio Walker; la directora del Sename, Susana Tonda; la asesora presidencial Francisca de Iruarrizaga; el jefe de la División de Coordinación Interministerial Segpres, Raimundo Monge; la jefa de División de Promoción y Prevención de la Subsecretaría de la Niñez, Blanquita Honorato y el jefe de la División de Reinserción Social, Alejandro Fernández. Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2018. Acuerdo Nacional por la Infancia. Disponible en https://losninosprimero.gob.cl/sobre-el-acuerdo.

[34] Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Acuerdo_Nacional_por_la_Infancia.pdf, pág 2.

Por su parte, la Defensoría de la Niñez es una institución autónoma, de derecho público que tiene como mandato la promoción y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cumpliendo su labor a través de lo establecido en el Plan Estratégico Institucional. El Defensor(a) de la Niñez no es nombrado por el Presidente(a) de la República, sino que su nombramiento lo realiza el Senado después de un proceso de selección destinado al efecto, por ello no depende del Gobierno que esté a la cabeza del Estado, lo que permite que la Defensoría de la Niñez ejerza sus labores de manera autónoma.

Sin embargo, se debe señalar que la Subsecretaría de la Niñez para el inicio de sus funciones tuvo un aparato estatal de ayuda para instalación, aparataje con el que no contó la Defensoría de la Niñez, que tuvo que empezar a ejercer sus funciones al mismo tiempo que realizaba su instalación. De hecho se ha observado por parte de la Defensoría de la Niñez, en reiteradas ocasiones, que las nuevas instituciones, sobre todo de un tema tan crítico como es la niñez y adolescencia, debiesen desde sus inicios ser robustas, con una instalación programada, pensadas para iniciar sus labores de manera inmediata y con un presupuesto acorde a las funciones asignadas.

3.3. NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

No es la finalidad en este capítulo referirse a todos los proyectos de ley sobre infancia y adolescencia o que tengan relación con los mismos, sino señalar que, para lograr contar con un sistema de protección integral de infancia y adolescencia, además de contar con instituciones que velen por su funcionamiento y lo hagan operativo, se requiere de una legislación adecuada para atender de manera oportuna, eficiente y efectiva al interés superior del niño.

Si no existe un sistema integral con la institucionalidad construida desde la concepción clara de que niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y no objetos de protección, no será posible prevenir las vulneraciones a sus derechos humanos y, en casos que no haya sido posible dicha prevención y éstos sean vulnerados, no será posible brindarles mecanismos efectivos de restitución de sus derechos y reparación debida, impidiendo dar un estricto cumplimiento del mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, desatendiendo sus principios, impidiéndoles hacer exigibles sus derechos.

En este sentido, cobra particular relevancia, la forma en la que se encuentran dispersos en el Congreso Nacional diversos proyectos de ley relacionados con los derechos de niños, niñas y adolescentes, mismos que no siguen ninguna estructura de tramitación coherente y sistémica, situación que, sin duda, impactará negativamente en la posibilidad de construir una nueva legislación contundente y robusta que aborde la infancia y la adolescencia en su máxima integralidad. Lo anterior se observa en la tramitación, separada y sin integración, al menos, de los proyectos que a continuación se indican:

- Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, correspondiente al Boletín N° 10.315-18;
- Servicio de Protección de la Niñez y modifica normas legales que indica, correspondiente al Boletín N° 12.027-07;
- Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, correspondiente al Boletín N° 11.174-07.[35]

Puesto que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene como objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y el desarrollo holístico del niño,[36] a continuación se dará cuenta del trabajo legislativo en estos tres proyectos de ley para el reconocimiento, promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

3.3.1. Proyecto de Ley que crea Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, correspondiente al Boletín N° 10.315–18

El proyecto de ley Boletín N° 10.315-18, que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez es en extremo relevante, ya que es el proyecto "marco" de la protección a la infancia y adolescencia, donde se debiesen establecer, expresamente, los derechos de los niños, niñas y adolescentes y las garantías que permitan exigirles su resguardo y protección. Además, debiera contemplar el diseño e implementación estructural del sistema con instituciones responsables de la prevención, de la protección administrativa y de la protección especializada, claramente establecidas, con una orgánica robusta e integrada, con fuerte y sólida presencia territorial a nival local que permita un funcionamiento sistémico real, oportuno, eficiente y efectivo, construido desde el enfoque de derechos humanos a favor de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile y sus familias. En ese punto, la Defensoría de la Niñez realizó observaciones al proyecto de ley después de las indicaciones realizadas en el mes de octubre de 2018 por el Ejecutivo.

[35] Lo anterior no implica que estos sean los tres únicos proyectos de ley sobre infancia y adolescencia que se están tramitando actualmente en nuestro país o a los cuales se debe atender. Hay varios proyectos de ley que se han tramitado o que se están tramitando que tienen estricta relación con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como por ejemplo: el que crea el Ministerio de la Familia y Desarrollo Social correspondiente al Boletín N° 11.951–31; el que fortalece las facultades de los directores de establecimientos educacionales en materia de expulsión y cancelación de matrícula en los casos de violencia que indica, Boletín N° 12.107–04; sobre Migración y Extranjería, Boletín N° 8.970–06; el que declara imprescriptibles los Delitos sexuales contra Menores, Boletín N° 6.956–07; el que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, Boletín N° 10.626–07; el que rebaja la edad para ser ciudadano y otorga el derecho de sufragio en elecciones municipales a quienes hayan cuplido 14 años de edad, Boletín N° 8.680–07; el que fortalece el control de identidad por parte de las policías así como los mecanismos de control y reclamo ante un ejercicio abusivo o discriminatorio del mismo, Boletín N° 12.506–25;Sobre Reforma Constitucional en materia de Garantías de los derechos del Niño, Boletín N° 8467–07, refundido con Boletin N° 11.700–07). Para más información sobre estos proyectos de ley dirigirse a la primera parte de este Informe Anual, páginas 95 y 96.

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

En ese sentido, la Defensoría de la Niñez observa que este proyecto de ley es débil ya que contiene derechos en niveles inferiores incluso a los establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta iniciativa no logra establecer al niño, niña o adolescente al centro de su acción y como sujeto de derechos, sin establecer formas de exigibilidad de dichos derechos, además de no establecer una robusta protección administrativa. Lo anterior debe estar presente, ya que dichas medidas tienen como fin lograr que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer de manera efectiva sus derechos siempre atendiendo a su interés superior que, como hemos señalado, es el principio rector en la materia.

En el marco de la tramitación del mencionado proyecto de ley, el 1 de octubre de 2018, el Ejecutivo presentó indicaciones a la iniciativa. Entre ellas, incluso se reemplaza el nombre y pasa a denominarse proyecto de ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñez. La Defensoría de la Niñez hizo presente sus observaciones a la Comisión Especial del Senado, encargada de tramitar los proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes mediante el Oficio N° 017/2019, de enero del año 2019, algunas de las cuales exponen en este apartado.

La Defensoría de la Niñez observó que la primera indicación propuesta, de cambio de nombre del proyecto de ley, confunde las obligaciones de garantía y protección de derechos del Estado de Chile. La obligación de garantía "conlleva que los Estados deban adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para asegurar el ejercicio y el disfrute efectivo de los derechos contenidos en los tratados internacionales, para todos los niños, niñas y adolescentes, en igualdad de condiciones y sin ninguna forma de discriminación".[37] En tanto, la obligación de protección "exige que los Estados tomen las medidas razonables y necesarias para prevenir e impedir las violaciones a sus derechos por parte de terceros, impidiendo los abusos y las intromisiones ilegítimas cuando el Estado conoce o debería conocer de la existencia de un riesgo identificable".[38]

La Defensoría de la Niñez entiende que el proyecto de ley Boletín N° 10.315–18, que establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, permitiría que el Estado de Chile disponga de la adaptación con rango de ley de normas específicas de niñez que trasponen y adaptan al derecho interno los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño (dimensión normativa), y que de esa forma se generen mecanismos de garantización del ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes. Pero ya hemos señalado que este proyecto de ley no cumple con los estándares necesarios, incluso del mínimo establecido por la Convención de los Derechos del Niño. En ese sentido, este proyecto de ley dejó de contener "garantías", pasando a contemplar la "promoción" de derechos, lo que implica dos graves consecuencias: no se explicita el deber de garantizar los derechos de parte del Estado y tampoco se establece de manera explícita su existencia, no determinándose la forma de cumplimiento o de exigibilidad para los órganos e instituciones responsables de asegurarlos. Es por ello que resulta imperiosa la inclusión de garantías explícitas, al menos asociadas a educación, salud y representación jurídica entre otros.

[37] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, pág. 35.
[38] Ibíd.

Además, la Defensoría de la Niñez observó, de manera persistente, la falta de tratamiento adecuado de la distinción, definición y estructura sistémica de la protección administrativa, especial y jurídica de los niños, niñas y adolescentes en este proyecto de ley.

> Es reiterativo, pero necesario, hacer hincapié en que hasta el momento existe en Chile un sistema de excesiva, y casi exclusiva, judicialización de todos los casos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, sin distinción, que no resulta ni oportuno ni eficaz. Lo anterior, además devela otra carencia estatal: los niños, niñas y adolescentes que enfrentan dichos procesos judiciales no cuentan, salvo algunos casos a nivel país, de representación jurídica especializada, universal, gratuita y accesible que vele, de manera directa y exclusiva, por sus derechos, por lo que el sistema no les garantiza su protección.[39]

Lo anterior hace imprescindible que esta legislación estructure la institucionalidad, con funciones y responsabilidades claramente establecidas, en los ámbitos de prevención y protección administrativa para casos de vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes que, precisamente en atención al interés superior, no correspondan ser abordados por la protección especializada con el nivel de judicialización que ello implica.

Lo que se requiere es un sistema que abarque tanto **prevención de vulneraciones como una protección especializada cuando éstas se hayan cometido**, para llegar a una reparación del niño, niña o adolescente vulnerado. En ese sentido, la prevención es clave para evitar vulneraciones y dicha prevención requiere tanto promoción de los derechos de los niños, sin que sea necesaria la judicialización , y que los casos que no puedan ser vistos en dicha instancia pasen a protección especializada.

La protección administrativa exige celeridad y rigor técnico en la atención de niños, niñas y adolescentes, por parte de un organismo especializado con suficiente cobertura local y territorial que evite la sobreintervención o falta de intervención que hoy provoca la sobrecarga del sistema judicial, y que no posea ni se arrogue, en ningún caso, atribuciones judiciales. De ese modo, al existir una división entre la protección administrativa y la protección especializada, se debiera lograr dar efectividad a los derechos de niños, niñas y adolescentes, atendiendo de manera concreta a su interés superior.

Respecto de protección administrativa, en el Acuerdo Nacional por la Infancia se propone el diseño de un despliegue territorial, mediante la creación de la Oficina Local de Niñez "que tendrá como objetivos la promoción, prevención y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes".[40]

[39] Para más detalles diríjase al capítulo Representación Jurídica de niños, niñas y adolescentes de este Informe Anual en las página 359 y siguientes.
[40] Disponible en: http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/07/Acuerdo_Nacional_por_la_Infancia.pdf.

Dichas oficinas locales serían las articuladoras de "las distintas instituciones que trabajan con y para los niños y niñas vulnerados y vulnerables, sus familias y las comunidades en las que viven" [41] y generarían los mecanismos que permitan acceder de manera oportuna a la oferta programática vigente.

Además, en el Acuerdo Nacional por la Infancia, para la articulación del despliegue territorial se propone incluir en la Ley de Garantías de los Derechos de la Niñez "la existencia de una mesa de articulación interinstitucional en que participen las distintas instituciones que trabajan con niños y niñas a nivel comunal".[42]

Para la creación de las Oficinas Locales de Niñez, se establece que, una vez aprobada la Ley de Garantías, se comenzaría una implementación gradual con pilotos en comunas que representan la realidad del país, siendo evaluados en el plazo de un año, para luego diseñar su expansión a nivel nacional, en un plazo de cinco años. Si bien a la fecha de cierre de este informe, el proyecto de ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñez aún no ha concluido su tramitación legislativa, desde el Ejecutivo se comenzaron a firmar convenios con 12 comunas para instalar Oficinas Locales, que no han tenido un seguimiento informado hasta el momento, aunque la primera evaluación de implementación se hará al cierre del primer año con el Banco Mundial, y también se realizará una evaluación de resultado e impacto a partir del año dos con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Así, el 20 de marzo de 2019, el ministro de Desarrollo Social y Familia y la Subsecretaria de la Niñez firmaron, junto al alcalde de La Florida, el convenio para abrir el primer piloto en dicha comuna. De acuerdo al anuncio, durante el 2019, y hasta abril 2020, se ejecutarán pilotos en 12 comunas del país correspondientes a Iquique, La Serena, San Felipe, Requínoa, Cauquenes, Concepción, Quillón, Nueva Imperial, Aysén, Colina, La Florida y Santiago.[43] El 26 de marzo se formalizó el convenio en Iquique [44] y en el mes de abril de las Oficinas Locales de La Serena,[45] Concepción [46] y Aysén. [47]

[41] Ibíd.

[42] Ibíd.

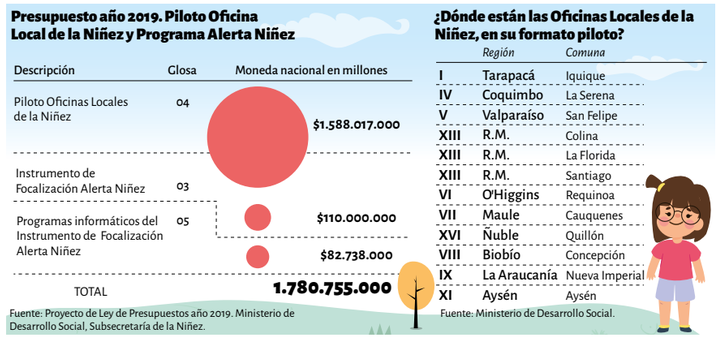
[43] Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2019. Firman convenio para abrir la primera Oficina Local de niñez del país. Disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/firman-convenio-para-abrir-la-primera-oficina-local-de-ninez-del-pais.

[44] Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2019. Ministro Moreno califica como "histórica" la firma del convenio para abrir primera Oficina Local de Niñez de Tarapacá. Disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/ministro-moreno-califica-como-historica-la-firma-del-convenio-para-abrir-primera-oficina-local-de-ni.

[45] Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2019. En La Serena funcionará una de las 12 primeras Oficinas Locales de la Niñez de Chile. Disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/en-la-serena-funcionara-una-de-las-12-primeras-oficinas-locales-de-la-ninez-de-chile.

[46] Diario Concepción. 2019. Subsecretaria Carol Bown: "Buscamos cambiar la realidad de los niños del Sename". Disponible en: https://www.diarioconcepcion.cl/ciudad/2019/04/18/subsecretaria-carol-bown-buscamos-cambiar-la-realidad-de-los-ninos-del-sename.html.

[47] Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2019. Aysén tendrá el piloto de la Oficina Local de Niñez más austral del país Disponible en: http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/noticias/aysen-tendra-el-piloto-de-la-oficina-local-de-ninez-mas-austral-del-pais.



En su formato piloto durante el 2019 e inicios de 2020 se proyectó la instalación de 12 Oficinas Locales de la Niñez a lo largo del país.

Es pertinente recordar que el Comité de los Derechos del Niño, en su informe de la investigación respecto de la situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado, respecto de Chile, evacuado en junio de 2018, recomendó al Estado, de manera muy clara, que desjudicialice el sistema de protección y, en particular:

> Cree un servicio de protección administrativo, especializado y dotado de recursos suficientes, que conozca a fondo los recursos existentes para la garantía de todos los derechos, que detecte las carencias existentes y que realice un seguimiento individualizado desde las situaciones de riesgo y con competencia para adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir, proteger y remediar situaciones de vulneración de derechos. [48]

3.3.2.Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Protección de la Niñez y modifica normas legales que indica, correspondiente al Boletín N° 12.027–07

El Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Protección a la Niñez se presenta con la finalidad de dar respuesta a la innegable deuda histórica que el Estado de Chile tiene con la niñez y adolescencia en relación al resguardo efectivo y protección de sus derechos, y en atención a la necesidad de generar una nueva institucionalidad capaz de erradicar las evidentes vulneraciones que enfrentan hoy niños, niñas y adolescentes que se deben relacionar con el actual Servicio.

Lo que niños, niñas y adolescentes debieran tener asegurado, en virtud de este proyecto de ley y si efectivamente se legisla teniendo como consideración primordial su interés superior, es que se relacionarán con una institución que cuente con una estructura orgánica y funcional sustentada en perfiles técnicos y profesionales con conocimiento y competencias acordes a las exigencias del enfoque de derechos humanos en el trato de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, accesible, gratuita, con presencia nacional, regional y comunal.

[48] 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. 128 letra a).

Este proyecto debería plantear un modelo de intervención distinto al actual, centrado en el resguardo del interés superior de niños, niñas y adolescentes y efectivización de todos sus derechos, integrando el enfoque de género, de ciclo vital; dotada de recursos humanos, con financiamiento sostenido; construido desde un enfoque de derechos y no desde una visión asistencialista y casi caritativa de parte del Estado, como ocurre con la actual subvención.

Además debería establecer claras líneas de acción e intervención respecto de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación ni exclusión alguna, como la que hoy enfrentan, por ejemplo, los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad o LGTBI+, asegurándoles procesos de diagnóstico, intervención, restitución de derechos y reparación interdisciplinarios e intersectoriales. Todo esto acompañado de representación jurídica especializada y procesos de evaluación permanente de las intervenciones, verificando su impacto –o no– en los niños, niñas y adolescentes. A ello se suma, la incorporación de procesos de formación continua y abordaje del cuidado de los equipos que tienen trato directo con niños, niñas y adolescentes para evitar que posibles carencias terminen afectando e impidiendo el desarrollo integral de éstos.

Esto es lo esperable de un trabajo legislativo que integre debidamente los principios y derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y esperamos que el desarrollo de su tramitación, hasta el cierre del presente informe inconclusa, permita dotar al país de un servicio especializado coherente con las exigencias y estándares internacionales en la materia.

Se reconoce el avance que constituirá esta ley para los niños, niñas y adolescentes de Chile, al enmarcarse en el reconocimiento que el Estado de Chile ha realizado de su obligación de resguardar los derechos fundamentales de aquella población vulnerable, sin perjuicio de relevar una vez más, como Defensoría de la Niñez, la necesidad de que los principios que se declaran en el mensaje del proyecto, como en las mismas normas específicas, tengan un asidero concreto que impacte directamente en los destinatarios de esta ley, logrando que éstos sean vistos y atendidos por este Servicio en toda su integridad, sin segmentaciones sectoriales que invisibilizan la obligación jurídica que todos los órganos del Estado de Chile, de manera transversal, deben cumplir para asegurar a cada niño, niña y adolescente, el ejercicio efectivo de todos sus derechos.

Por último, ambos proyectos de ley, en conjunto con el proyecto de ley que Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de Adolescente (Boletín N° 11.174–07), formarán el marco normativo de protección integral a la niñez y adolescencia. Con la finalidad de cumplir con el rol técnico institucional, destinado a asesorar a los poderes y órganos del Estado, favoreciendo el cumplimiento de los estándares internacionales en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, como Defensoría de la Niñez, hasta el cierre de este informe, hemos realizado diversas recomendaciones al Poder Legislativo, asociadas a aspectos específicos de cada proyecto como también a la necesidad de advertir la superposición de algunas cuestiones normativas, programáticas e institucionales dispersas entre todos ellos, hecho que puede dificultar o atentar contra su eficiencia y efectividad.

En tal sentido, la Defensoría de la Niñez coincide con el informe del Poder Judicial que, en octubre del año 2018, remite respuesta a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y según el cual:

> Resulta estrictamente necesaria la existencia de:
>
> – Oficinas Locales de la Niñez dependientes del Ministerio respectivo;
>
> – Policía especializada en Infancia y Familia;
>
> – Procuraduría de la Infancia para asumir la representación jurídica de niños, niñas y adolescentes ante tribunales con competencia en materias de Familia, Penal y ante el Ministerio Público;
>
> – Sistema residencial reestructurado en base a la evidencia (número acotado de NNA, centros abiertos y de ambiente familiar), bajo responsabilidad, control y supervisión Estatal, con estándares internacionales, en las que deben trabajar profesionales de la educación y demás profesionales especializados en materia de infancia.[49]

El Comité de los Derechos del Niño ha sido claro:

> El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que '[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención . Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño. [50]

Ya hemos señalado que el interés superior del niño es el principio rector en materia de niñez, y por ello se supeditan a él los otros principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y su articulado, pero también lo hacen los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo anterior, la Defensoría de la Niñez hace hincapié en que el Comité de los Derechos del Niño también ha establecido que, en el caso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Ambientales (DESCA) los Estados no pueden retroceder en su efectividad.[51] Es decir, si alguna medida adoptada por el Estado significa un avance en el cumplimiento de estos derechos, Chile no puede retroceder ni aún por falta de recursos disponibles, de acuerdo al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño antes mencionado, y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto es lo que se conoce como el principio de progresividad y no regresividad de los DESCA.

[49] Poder Judicial. 2018. Remite respuesta a las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, visita enero de 2018. Oficio N° 000552-2018, de 25 de octubre de 2018, pág. 3 Disponible en: http://decs.pjud.cl/estado-de-chile-presenta-informe-sobre-medidas-a-adoptar-en-respuesta-a-los-resultados-de-la-investigacion-del-comite-de-los-derechos-del-nino-de-las-naciones-unidas/#.

[50] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 4.

[51] Ibíd, párr. 31.

La Defensoría de la Niñez insiste en demandar del Estado de Chile que el futuro Sistema de Garantías y/o de Protección, cualquiera sea su denominación final, integre de manera específica la efectivización de todos los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y considere los principios de presupuesto público establecidos por el Comité de los Derechos del Niño, en términos de gestionar recursos públicos de forma eficaz, eficiente, equitativa, transparente y sostenible, sin que la limitación de recursos de que disponga el país sea un obstáculo para su ejercicio, pues, como se dijo, la disponibilidad de los recursos del Estado sólo puede ser invocada frente a los DESCA y respetando, siempre, el principio de progresividad y no regresividad.

En conclusión, se espera que, al constituirse, establezca claras y específicas obligaciones para los órganos del Estado, de manera oportuna, coordinada e integral, sin lógicas de intervención individual ni sesgada, sin provocar restricciones –ni siquiera de orden presupuestario– al ejercicio y disfrute de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes. De lo contrario, la futura institucionalidad corre el riesgo de retroceder aún más el estándar de los derechos que ya forman parte del ordenamiento jurídico chileno luego de ratificada la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.4. SITUACIÓN ACTUAL SOBRE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN RELACIÓN CON CIERTOS DERECHOS EN PARTICULAR

A continuación se destacan algunos derechos con relación al interés superior que la Defensoría de la Niñez ha trabajado según lo establecido en el Plan Estratégico Institucional, con el fin de poder conocer la situación actual de Chile desde la mirada del interés superior del niño.

3.4.1. Derecho de protección a la familia

Ya hemos señalado que interés superior no es otra cosa que el ejercicio efectivo de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por tanto, para que este principio sea considerado, de manera primordial, en la toma de decisiones, el primer paso es saber cuáles son los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes y qué significa cada uno. Por lo mismo, a continuación, se revisa el derecho a la protección a la familia que tienen todos los niños, niñas y adolescentes.

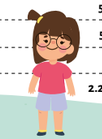
> Los niños tienen derecho a vivir en familia, a que se proteja su familia y, en general, a no ser separados de sus padres o madres y ser cuidados por ellos.
>
> El Estado y los adultos no tienen derechos sobre los niños, niñas o adolescentes, sino que tienen obligaciones para asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.
>
> Una obligación del Estado es favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

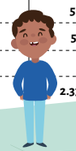
El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la protección a la familia, según lo cual "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y deber ser protegida por la sociedad y el Estado". Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño protege el derecho del niño a la vida familiar,[52] debiendo interpretarse el término familia "en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (artículo 5)".[53][54]

Número de niños, niñas y adolescentes por tipo de filiación 2019

Filiación	*Mujeres*	*Indeterminado*	*Hombres*	*Total*
Reconocimiento de hijo natural por ambos padres	1.189.296	191	1.239.361	2.428.848
Legitimación por matrimonio (matrimonio de los padres)	765.736	88	796.924	1.562.748
Reconocimiento de hijo natural por la madre	227.961	41	238.156	466.158
Legitimación normal	50.696	2	50.463	101.161
Se desconoce si está reconocido	5.490		5.642	11.132
Reconocimiento de hijo natural por el padre	5.326		5.714	11.040
No reconocido por ninguno de los padres	13		21	34
Total	2.244.518	322	2.336.281	4.581.121

Fuente: Servicio de Registro Civil e Identificación.





En Chile, la mayoría de los niños y niñas son reconocidos por ambos padres o por alguno de ellos. Sin embargo, en lo que va del año (junio de 2019) se desconoce el estado de reconocimiento de 11.132 niños y niñas en el país.

Sobre el concepto de familia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano autorizado para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados internacionales en la región, ha constatado que diversos órganos de derechos humanos, creados por tratados, han indicado que no existe un modelo único de familia, por cuanto éste puede variar.[55] En tal sentido, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al matrimonio y "debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio".[56]

Sentado lo anterior, la realidad nacional nuevamente nos lleva a un sistema que ha estado más atrasado de lo que debiese en el reconocimiento de familia como concepto amplio. El año 2019 se aprobó la Ley N° 21.150, que modifica la Ley N° 20.530 y crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, en donde se reconoce el rol de las familias e incluso se las define, en su artículo 3 letra a) N° 1 como "núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por

[52] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 59.

[53] Ibíd.

[54] Además, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños tienen, en la medida de lo posible, derecho a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos (artículo 7); y tienen derecho a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares (artículo 8). A su turno, la CDN establece el derecho de los niños de no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto a reserva de revisión judicial de acuerdo a su interés superior o cuando tal medida sea resultado de una medida adoptada por el Estado. Si un niño está separado de uno o ambos padres, tendrá derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular (artículo 9). Por otra parte, la CDN establece el derecho de los niños de solicitar, por sí o por sus padres, el entrar o salir de un Estado a los efectos de reunificación familiar, y que ésta sea atendida por el Estado de manera positiva, humanitaria y expedita (artículo 10).

[55] Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 172. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

[56] Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva oc – 17/02, de 28 de agosto de 2002, párr. 69.

vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos". Al respecto, la Defensoría de la Niñez realizó observaciones a dicho proyecto de ley, señalando la importancia de tener un concepto de familia amplio, lo que se valora haya sido recogido por la norma.

En este sentido, el proyecto de ley Boletín N° 10.315–18, que establece un Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, al igual que otros proyectos de ley relativos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, otorga un rol fundamental a las familias. Por tanto, relevando el rol decisivo que las familias juegan en el desarrollo armonioso e integral de cada uno de los niños, niñas y adolescentes de Chile, se recuerda que la definición normativa de familia, o cualquier alusión a dicho concepto, exige que las futuras leyes sobre la materia consagren un concepto amplio de familia.

> Asimismo, dado el rol otorgado a las familias, el Estado deberá establecer, de manera concreta en la legislación, cómo cumplirá con su obligación de proveer de herramientas específicas para que éstas, a su turno, garanticen el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, en tanto "el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar."[57]

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir con su familia también incluye el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, lo cual cobra especial importancia frente a situaciones de separación del niño(a) de su familia.[58] Por su parte, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres o madres e hijos(as) constituye un elemento fundamental en la vida familiar, lo cual debe garantizarse incluso cuando los padres o madres estén separados de sus hijos(as),[59] pero aquello no incluye la condición de habitar todos juntos en un mismo lugar.

Respecto de aquello, resulta relevante señalar que además del disfrute mutuo de la convivencia entre los niños, niñas y adolescentes y sus familias ello implica poder mantenerse en esa convivencia. El mantenerse en convivencia con su familia es un tema clave para cualquier niño, niña o adolescente, y se torna aún más crítico cuando están presentes otros factores de posible discriminación, como son la pobreza y/o la migración. En el caso de los niños, niñas y adolescentes migrantes, hablamos de una población doblemente vulnerable.

Este caso de doble vulnerabilidad es un caso claro en que el interés superior debiese tener aplicación concreta y ser efectivamente una consideración primordial. De hecho, la Defensoría de la Niñez dio su opinión respecto del proyecto de ley de Migración y Extranjería, Boletín N° 8970–06. El proyecto de ley mencionado establece, en el artículo 125, las consideraciones previas que la autoridad migratoria debe tener en cuenta al dictar una medida de expulsión, dentro de las cuales se encuentra "tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva, así como la edad de éstos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia".

Al respecto, la norma sólo establece que debe tomarse en consideración el hecho de que el migrante afectado tenga hijos(as) extranjeros con residencia definitiva y, como contraposición, que en caso de que el afectado tenga hijos con otro tipo de residencia o en situación migratoria irregular, no se tomará en consideración previo a la dictación de una medida de expulsión.

Conforme a las exigencias que plantean los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, resulta inconcebible esta distinción y categorización de la niñez migrante en torno al permiso de residencia del que son titulares o, más bien, de su situación migratoria en el país. Todo niño(a), independiente de su situación migratoria, tiene derecho a que su interés superior sea tomado como consideración primordial; a que se le permita ejercer su derecho a ser oído en todo procedimiento que le afecte, como lo es, sin duda, el procedimiento de expulsión del territorio nacional de un miembro de su familia; y a que se le resguarde y respete el derecho a vivir en familia, con independencia de su situación migratoria.

Respecto de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración internacional, separar a una familia mediante la expulsión de uno de sus miembros del territorio del Estado puede constituir una injerencia arbitraria o ilegítima en la vida familiar.

Es por lo anterior que para el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado de Chile, y precisamente para que el Estado no incurra en un incumplimiento de norma expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño o de otras normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos –lo que puede acarrear responsabilidades internacionales–, es que cuando un Estado adopta una decisión que involucra alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de una niño(a), debe tomar en cuenta su interés superior y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia, independiente de la causa; en el tema en comento, se debe considerar la situación individual de cada niño, niña o adolescente migrante, su situación específica para atender al interés superior en su triple concepto.

En ese sentido, la Defensoría de la Niñez ha ejercido acciones que se enmarcan en la facultad de representación judicial; en virtud del artículo 4 letra j) de la Ley N° 21.067. En Abril de 2019 presentó un *amicus curiae* ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago sobre acción constitucional de amparo, Rol N° 476–2019, presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos que versaba sobre la materia.

Respecto del rol de la familia en general, tal como estableció la Corte IDH "la autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor".[60] De ahí entonces que la separación de niños, niñas y adolescentes de su familia debe estar justificada por su interés

[57] Ibíd, párr. 66.
[58] Ibíd, párr. 71.
[59] Ibíd, párr. 72.
[60] Ibíd, párr. 74.

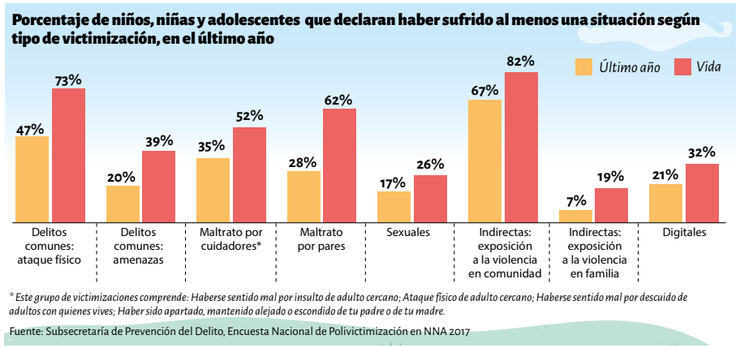
superior, debiendo ser excepcional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando la Directriz 14 de Riad, estableció que la separación procederá "cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función".[61] Se destaca que el estándar internacional no refiere la necesidad de acreditar vulneración de derechos, en tanto la acreditación de hechos tiende a ser específica de otro tipo de procesos, por ejemplo, penales.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño estableció:

> Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres.[62]

En conclusión, el cuidado de los niños, niñas y adolescentes es responsabilidad de los adultos, lo cual debe ser respetado, protegido y garantizado por el Estado; pero ello no es un derecho de los adultos sobre los niños, sino un derecho de los niños exigible a éstos. De ahí que en la futura institucionalidad, para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescente, el primero y principal obligado debe ser el Estado y sus órganos, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Para ello se deberán adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado de sus familias, debiendo el Estado disponer de programas, asistencia, escuelas, centros de salud y, en general, de la posibilidad material para que ellos ejerzan sus derechos mediante el cuidado de sus familias, de acuerdo a su interés superior.

Del total de niños, niñas y adolescentes del país que tienen entre 12 y 17 años, más de la mitad (52%) declara haber sufrido maltrato por sus cuidadores en su vida.



[61] Ibíd, párr. 73.

[62] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 61.

Por su parte, aquellas leyes que crearán institucionalidad para proteger los derechos de los niños(as) y adolescentes, deben consagrar qué respuesta tendrá el Estado frente a la vulneración de los derechos por parte del propio Estado o de cualquier persona, incluidos padres, madres, cuidadores, tutores legales, sociedad civil en general, empresas, etc., quienes podrían incurrir en responsabilidad por acciones u omisiones que acarreen la vulneración de derechos y, frente a las cuales, el nuevo sistema de protección deberá protegerlos mediante mecanismos de exigibilidad y de restitución de derechos.

En el futuro Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez, el primero y principal obligado debe ser el Estado y, en casos de vulneración de derechos, consagrarse legalmente la activación del sistema de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, según sea el caso.

3.4.2. Derecho a la educación

Atributos del derecho a la educación

El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como se ha señalado, es un concepto triple al ser un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. En tal sentido, todas las medidas que se adopten deben tener en consideración el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, esto es, la plena satisfacción de sus derechos.

En ese contexto, el derecho a la educación constituye la piedra angular para atender al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño ha descrito el derecho a la educación de la siguiente manera:

> El acceso a una educación gratuita de calidad, incluida la educación en la primera infancia, la educación no académica o extraacadémica y las actividades conexas, redunda en el interés superior del niño. Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación. A fin de promover la educación o una educación de mejor calidad, para más niños, los Estados partes deben tener docentes y otros profesionales de diferentes entornos relacionados con la educación que estén perfectamente capacitados, así como un entorno propicio para los niños y métodos de enseñanza y de aprendizaje apropiados, teniendo en cuenta que la educación no es solo una inversión de cara al futuro, sino también una oportunidad de esparcimiento, promoción del respeto y la participación y el cumplimiento de las ambiciones. Satisfacer esa necesidad y fomentar las responsabilidades del niño para superar las limitaciones que pueda acarrearle cualquier situación de vulnerabilidad, responderá su interés superior.[63]

[63] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 79.

El derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes está consagrado en los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.[64]

En términos similares, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en su Observación General N° 13, desarrolla el contenido del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[65] en lo relativo a qué significa el derecho a la educación y cuáles son las obligaciones de los Estados partes. En esta Observación, el Comité DESC estableció que la educación, en todas sus formas y en todos los niveles, debe tener, como características interrelacionadas, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

La **disponibilidad** del derecho a la educación significa que deben existir instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado. La **accesibilidad** significa que las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado, lo cual consta, a su vez, de tres dimensiones: i) no discriminación, esto es, que la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos de discriminación,[66] ii) accesibilidad material en términos geográficos o por medio del uso de tecnología, y iii) accesibilidad económica de la educación, esto es, que la educación ha de estar al alcance de todos. La **aceptabilidad** de la educación significa que ésta debe ser aceptable para los estudiantes, lo que quiere decir, por ejemplo, que sea pertinente, adecuada culturalmente y de buena calidad. La **adaptabilidad** implica que la educación debe ser flexible para adaptarse a las necesidades de la sociedad y las comunidades en transformación.[67]

Obligaciones del Estado de Chile en materia de educación

La enseñanza primaria en Chile es obligatoria y gratuita, al igual que la enseñanza secundaria, lo cual resulta indudablemente valorable pues, en términos de disponibilidad, supera el estándar dado por el Comité DESC. El Comité establece que mientras la educación primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente, el nivel secundario debe ser generalizado y hacerse accesible para todos, acompañado de la implantación progresiva de su gratuidad.[68] Además, el Comité DESC estableció que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un estudiante y que se debe impartir en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones.[69] Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha instado a la elaboración y la aplicación de programas alternativos en paralelo con los sistemas de las escuelas secundarias tradicionales.[70]

El Comité de los Derechos del Niño, en su primera Observación General *Propósitos de la Educación*, del 17 de abril de 2001, estableció entre otros aspectos, que:

> Si en el artículo 28 [de la Convención de los Derechos del Niño] se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo 1 del artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación. En armonía con la importancia que se atribuye en la Convención a la actuación en bien del interés superior del niño, en este artículo se destaca que la enseñanza debe girar en torno al niño: que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades

[64] Artículo 28 Convención sobre los Derechos del Niño.

1.Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29 Convención sobre los Derechos del Niño

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

[65] Este Pacto fue ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972.

[66] Los motivos prohibidos de discriminación, también conocidos como categorías sospechosas de discriminación, son aquellos motivos por los cuales se realizan diferencias que tienen el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos. Esos motivos pueden ser: nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra, de acuerdo al artículo 1.1 de la Convención interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia del año 2013 (pendiente de ratificación por Chile y de entrada en vigor). Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp.

[67] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1999. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto). Observaciones generales 13 (21º período de sesiones, 1999), párr. 6.

[68] Ibíd, párr. 13.

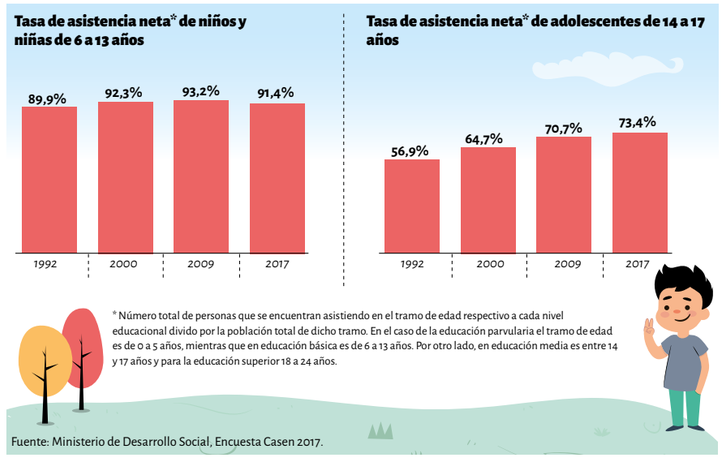
[69] Ibíd.

[70] Ibíd, párr. 12.

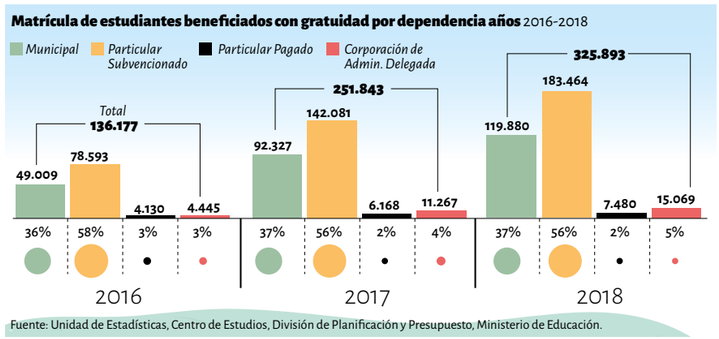
únicas y también necesidades de aprendizaje propias. Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños. La educación también debe tener por objeto velar porque se asegure a cada niño la preparación fundamental para la vida activa y porque ningún niño termine su escolaridad sin contar con los elementos básicos que le permitan hacer frente a las dificultades con las que previsiblemente se topará en su camino. Los conocimientos básicos no se limitan a la alfabetización y a la aritmética elemental, sino que comprenden también la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas, resolver conflictos de forma no violenta, llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales.[71]

Si bien Chile destaca como líder de la región respecto al aumento de la proporción de niños, niñas y adolescentes que asisten a educación primaria y secundaria, aún existe una diferencia significativa respecto a la asistencia entre la enseñanza primaria y secundaria, en desmedro de los adolescentes.

Respecto a la educación superior, al año 2018 han ingresado con gratuidad, 189.716 estudiantes más que el año 2016.



Fuente: Ministerio de Desarrollo Social, Encuesta Casen 2017.

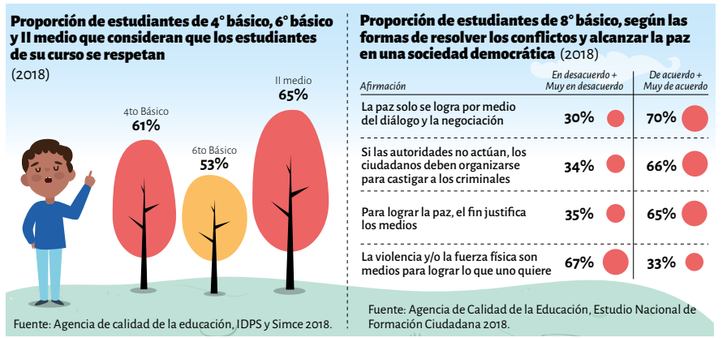


Fuente: Unidad de Estadísticas, Centro de Estudios, División de Planificación y Presupuesto, Ministerio de Educación.

[71] Comité de los Derechos del Niño. 2001. Observación general N° 1. Propósitos de la Educación. párr. 9.

El Comité de los Derechos del Niño, en las Observaciones finales sobre los Informes Periódicos Cuarto y Quinto combinados de Chile, del año 2015, consignó su preocupación por la rigidez de la educación en los siguientes términos:

> Preocupa al Comité que la educación se evalúe estrictamente con arreglo a indicadores y baremos instrumentales y cognitivos, sin tener en cuenta valores y actitudes como la igualdad de derechos de hombres y mujeres, el desarrollo de la empatía, el respeto de los compromisos, la participación en la vida democrática y el respeto del medio ambiente.
>
> A la luz de su recomendación general núm. 1 (2001) sobre los propósitos de la educación, el Comité recomienda al Estado parte que procure que, en todas las escuelas gratuitas, semiprivadas y privadas, la educación ayude a cada niño a desarrollar plenamente su potencial y aprender a respetar los derechos humanos, lo prepare para llevar una vida responsable en una sociedad libre y le enseñe a respetar el medio natural.[72]



Fuente: Agencia de calidad de la educación, IDPS y Simce 2018.
Fuente: Agencia de Calidad de la Educación, Estudio Nacional de Formación Ciudadana 2018.

La mayoría de los estudiantes de 4° básico, 6° básico y II medio considera que los estudiantes de su curso se respetan; sin embargo, una gran proporción de éstos (40% aprox.) dicen lo contrario.

El ejercicio del derecho a la educación debe ser garantizado sin discriminación, en tanto cualquier motivo de discriminación atenta contra la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes y puede debilitar, e incluso destruir, su capacidad de beneficiarse de las oportunidades de la educación.[73]

El Comité de los Derechos del Niño reconoció que un caso extremo en tal sentido sería, por ejemplo, el de la discriminación por motivo de género reforzada por un programa de estudios incompatible con los principios de la igualdad de género.[74]

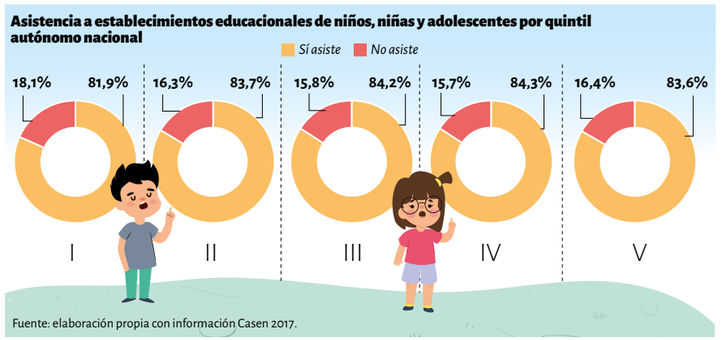
[72] Comité de los Derechos del Niño. 2015. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. párr. 69 y 70.

[73] Comité de los Derechos del Niño. 2001. Observación general N° 1. Propósitos de la Educación. párr. 10.

[74] Ibíd.

Seguidamente, de las Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Cuarto y Quinto combinados de Chile, el Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones de 30 de octubre de 2015, consignó y recomendó:

> El Comité toma nota de la Ley núm. 20.845 de Inclusión Escolar que Regula la Admisión de los y las Estudiantes, Elimina el Financiamiento Compartido y Prohíbe el Lucro en Establecimientos Educacionales que Reciben Aportes del Estado. Sin embargo, expresa preocupación por:
>
> a) El elevado grado de segregación en el sistema escolar; las diferencias en la calidad de la educación; la cobertura, aún limitada, en las zonas rurales; y el deterioro de las condiciones materiales en los centros de enseñanza pública;
>
> b) La discriminación en el acceso a la educación a que se enfrentan las niñas embarazadas y las madres adolescentes, y los niveles de abandono escolar;
>
> c) El hecho de que los niños recurran a la violencia para hacer frente a opiniones políticas divergentes;
>
> d) La inexistencia de un marco para regular y supervisar los centros de enseñanza privada.
>
> El Comité recomienda al Estado parte que:
>
> a) Se apresure a adoptar medidas para reducir la segregación y promover un sistema educativo igualitario e incluyente, y prohíba a todas las escuelas, independientemente de su fuente de financiación, ya sean públicas o privadas, seleccionar a sus alumnos mediante criterios arbitrarios o en función de su situación socioeconómica;
>
> b) Haga hincapié en la calidad de la educación y acelere la asignación de más recursos específicos a la educación, y en particular a las escuelas públicas gratuitas;
>
> c) Imparta formación de calidad a los maestros y dedique recursos a mejorar las infraestructuras para hacerlas adecuadas y accesibles;
>
> d) Intensifique los esfuerzos destinados a mejorar las condiciones en las escuelas de zonas remotas y rurales y elimine las diferencias en el acceso a una educación de calidad entre las zonas rurales y urbanas;
>
> e) Procure que las embarazadas adolescentes y los padres y las madres adolescentes reciban ayuda y asistencia para continuar sus estudios en el sistema escolar ordinario;
>
> f) Desarrolle y promueva una formación profesional de calidad para mejorar las capacidades de los niños y los jóvenes, sobre todo de los que abandonan la escuela;
>
> g) Promueva, para los niños en las escuelas, el desarrollo de competencias, ejemplos y procedimientos para resolver de manera pacífica los conflictos, en particular los de naturaleza política;
>
> h) Cree y aplique un marco para regular y supervisar los centros de enseñanza privada que garantice el respeto del principio de no discriminación y promueva la inclusión y el respeto de la diversidad;
>
> i) Solicite, para todo ello, la asistencia técnica del UNICEF y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.[75]



En Chile, existe una diferencia significativa en la asistencia a establecimientos educacionales, según el ingreso de las familias, en perjuicio del quintil más pobre.

Acciones de la Defensoría de la Niñez

Todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño en particular o un grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación.[76] Lo cual exige alcanzar un equilibrio en la valoración del interés superior de los niños en cada caso concreto y teniendo presente que las capacidades de los niños evolucionan.[77]

En ese sentido, es una preocupación de la Defensoría de la Niñez abordar la inaceptable cifra de niños, niñas y adolescentes excluidos del sistema escolar. De hecho, según la encuesta Casen 2017, 140.262 niños, niñas y jóvenes, de entre 12 y 21 años de edad, se encuentran excluidos del mismo, lo que implica un incumplimiento flagrante de parte del Estado de Chile a su obligación, adquirida al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, de garantizar el efectivo derecho a la educación, por lo que en abril del año 2019, la Defensoría de la Niñez realizó recomendaciones en esta temática al Ministerio de Educación mediante el Oficio Nº 105/2019.

Mediante dicha recomendación, se solicita derechamente al Poder Ejecutivo cumplir con la obligación de garantizar el acceso de todos los niños, niñas y adolescentes a la educación, a una educación de calidad que les permita potenciar el máximo de sus capacidades y un entorno de aprendizaje que les permita participar de manera plena y responsable en nuestra sociedad, sobre todo al ser considerada la educación como un derecho humano fundamental. Se recomienda, por supuesto, seguir las características definidas por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) para ello.

[75] Comité de los Derechos del Niño. 2015. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. párr. 67 y 68.

[76] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 79.

[77] Ibíd, párr. 80.

En dicha recomendación se hace hincapié en que Chile no cuenta con una oferta educativa que permita asegurar el reingreso de todos los niños, niñas y adolescentes que han sido excluidos del sistema escolar, a una modalidad educativa que se adapte a los distintos factores personales de cada niño, niña o adolescente, sino que se ha generado una política de retención como una de las formas de abordar la problemática desde la óptica de prevención, junto con la Educación de Personas Jóvenes y Adultos (EPJA), las que no resultan ser medidas suficientes ni eficaces para garantizar a niños, niñas y adolescentes su derecho a la educación. Es por lo anterior que se entregaron seis recomendaciones para que el Estado de Chile cumpla con dicha obligación, consistentes en:

1. **Tener triple perspectiva de la exclusión escolar**; esto es, analizar la política y modalidad a proponer considerando la exclusión escolar desde la política comparada con relación a las trayectorias educativas; un análisis cualitativo que permita obtener la experiencia de los actores involucrados; y un análisis cuantitativo que permita determinar dónde están los niños, niñas y adolescentes afectados por esta situación.

2. **Proponer una modalidad especial de reingreso**; se requiere que las escuelas de reingreso sean reconocidas por el Estado como instituciones especializadas.

3. **Establecer una política pública de reingreso**; para ello se requiere financiamiento, flexibilización de las bases curriculares, generar coherencia con un sistema de desarrollo profesional docente y reconocer el nivel de especialización de los profesores, generar mecanismos de aseguramiento de calidad y potenciar los vínculos con redes intersectoriales.

4. **Considerar los elementos claves para la correcta implementación de dicha modalidad**; esto es, acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes, que el aprendizaje sea flexible y personalizado; que exista un perfil docente desarrollado, con condiciones de trabajo en equipo, apoyo de profesionales externos y la generación de un acompañamiento de egreso de los niños, niñas y adolescentes, mantener una infraestructura escolar adecuada y que la escuela tenga interacciones con la comunidad.

5. **Describir y profundizar sobre los factores de riesgo y protección asociados a la exclusión**.

6. **Plantear la política pública desde el enfoque de derechos**. Esta última recomendación da cuenta del tratamiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos con el fin de promover, apoyar y proteger el valor supremo de la dignidad humana innata a todo niño, niña y adolescente atendiendo a su interés superior.

Finalmente, en la temática de la educación no puede dejar de mencionarse la discusión parlamentaria y finalmente la dictación de la ley denominada "Aula Segura" (Ley N° 21.128). El 20 de septiembre de 2018 ingresó al Congreso Nacional el Proyecto de Ley que Fortalece las facultades de los directores de establecimientos educacionales en materia de expulsión y cancelación de matrícula en los casos de violencia que indica, correspondiente al Boletín N° 12.107–04.

Según el mensaje del proyecto de ley, éste tiene por objeto principal, velar por el aseguramiento de la integridad física y psíquica de los miembros de la comunidad educativa y la continuidad del servicio frente a hechos que por su entidad requieran medidas expeditas de solución de conflictos, sin contravenir los derechos fundamentales ni afectar las garantías del debido proceso. El objetivo del proyecto finalmente fue solo fortalecer las facultades de los directores de los establecimientos educacionales, incorporando un procedimiento más expedito de expulsión o cancelación de matrículas en aquellos casos de violencia grave que afecten los derechos e integridad de los miembros de la comunidad educativa.

En la discusión parlamentaria, la Defensoría de la Niñez manifestó que el proyecto de ley presentado no iba a contribuir a terminar la violencia ya que los hechos de gravedad que constituyen delito son perseguidos y juzgados por los órganos competentes. Además recalcó que en la mayoría de los casos no se ha detenido a los hechores, por lo que difícilmente podría proceder a una expulsión. Asimismo, argumentó que esta iniciativa criminalizaba todos los procesos de violencia al interior de los establecimientos educacionales, sin abordar el fenómeno con la integralidad requerida para solucionar el problema.

La Defensoría de la Niñez fue enfática en recalcar que este proyecto era consecuencia de una incapacidad sostenida en el tiempo por parte del Estado, representado por el Ministerio de Educación y la Superintendencia de Educación para generar mecanismos efectivos de prevención de violencia, reglamentos internos, formación debida y con especialización para evitar la victimización de niños, niñas y adolescentes y conocimiento de las normas administrativas, además del diseño de una política pública que integre el trabajo del Ministerio de Educación con el Ministerio de Salud con participación activa de los niños, niñas y adolescentes.

Tras un intenso debate parlamentario, la Ley "Aula Segura" fue promulgada el 19 de diciembre de 2018.

3.4.3. Derecho a la salud

Atributos del derecho a la salud

El derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes no sólo es un derecho más, sino que su realización es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño.[78] Es por ello que atender al resguardo y efectivo goce del derecho a la salud tiene estricta vinculación con el atender al interés superior por parte de los privados y las autoridades.

Por tanto, para lograr que todas las decisiones que se tomen, en asuntos de salud, tengan como consideración el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, a continuación se describe qué significa el derecho a la salud según el derecho internacional de los derechos humanos; del cual Chile es parte luego de la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos.

> El derecho a la salud es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos de los niños, niñas y adolescentes.

[78] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 7.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes al disfrute del más alto nivel posible de salud está consagrado en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño[79], y comprende, además, el derecho a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, entre otros elementos. Por su parte, el artículo 25 de la mencionada Convención[80] consigna la situación de niños, niñas o adolescentes que han sido internados en un establecimiento para fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental.

El Comité de los Derechos del Niño estableció que la determinación del interés superior de los niños constituye una consideración de primer orden también en materias de salud, e incluye, previo a cualquier decisión, que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados, lo que tiene una íntima relación con otro principio de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es el derecho a ser oído, establecido en el artículo 12 de la misma:

> Este principio debe respetarse en toda decisión en materia de salud relativa a niños individuales o un grupo de niños. El interés superior de cada niño debe determinarse en función de sus necesidades físicas, emocionales y educativas, la edad, el sexo, la relación con sus padres y cuidadores y su extracción familiar y social y tras haberse escuchado su opinión, de conformidad con el artículo 12 de la Convención.[81]

[79] El artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

[80] El artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación".

[81] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 12.

La Observación General Nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), titulada *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, que se centra en el artículo 12 del Pacto DESC, estableció que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, en tanto permite vivir dignamente. Es por ello que el derecho a la salud está vinculado a otros derechos, en particular, el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.[82]

El derecho a la salud no es solo la ausencia de enfermedades, sino que un estado de completo bienestar físico, mental y social, por tanto, es más extenso que la mera atención de salud y "abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano."[83]

Sin embargo, el derecho a la salud no es el derecho a estar sano (un Estado no puede garantizar la buena salud, ha dicho el Comité DESC), sino que comprende libertades y derechos, tales como:

> (...) controlar su salud y su cuerpo con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.[84]

Por tanto, según el Comité DESC, el derecho a la salud es el disfrute de las personas, incluidos niños, niñas y adolescentes "de toda una gama de facilidades bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud"[85]. Además de abarcar atención de salud oportuna y apropiada incluye "también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva".[86]

[82] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2000.Observación Nº 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 1 y 3.

[83] Ibíd, párr.4.

[84] Ibíd, párr. 8.

[85] Ibíd, párr. 9.

[86] Ibíd, párr. 11.

En vista del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Chile el 10 de febrero de 1972, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 14, estableció que el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: a) disponibilidad, b) accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica –asequibilidad–, acceso a la información), c) aceptabilidad y d) calidad.[87]

La **disponibilidad** del derecho a la salud significa que Chile debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios públicos y centros de atención de la salud, así como de programas, incluido personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, y medicamentos esenciales establecidos por la Organización Mundial de Salud (OMS). En tanto, la **accesibilidad** refiere que los establecimientos, bienes y servicios sean accesibles en términos de no discriminación, accesibilidad física (distancia geográfica razonable y adecuados), asequibilidad (gastos basados en principio de equidad) para que los servicios estén al alcance de todos, y acceso a la información (solicitar, recibir y difundir información). Por último, la **aceptabilidad** del derecho a la salud significa que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados (lo incluye una sensibilidad a los requisitos del género y el ciclo de vida) y la **calidad** exige que los establecimientos, bienes y servicios sean apropiados en términos científicos, médicos y de buena calidad. [88]

Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño exhortó directamente a los Estados a considerar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en el centro de las decisiones que afecten su salud, en los siguientes términos:

> El Comité exhorta a los Estados a que sitúen el interés superior del niño en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y su desarrollo, incluidas las relativas a la asignación de recursos y al desarrollo y aplicación de políticas e intervenciones que afecten a los factores subyacentes que determinan la salud del niño. Por ejemplo, el interés superior del niño deberá:
>
> a) Orientar, cuando sea viable, las opciones de tratamiento, anteponiéndose a las consideraciones económicas;
>
> b) Contribuir a la solución de los conflictos de intereses entre padres y trabajadores sanitarios; y
>
> c) Determinar la elaboración de políticas orientadas a reglamentar las acciones que enrarecen los entornos físicos y sociales en los que los niños viven, crecen y se desarrollan.[89]

Por su parte, el Comité DESC destaca que del artículo 12 del Pacto DESC se desprende que el Estado debe:

> Adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información.[90]

Algunos temas especialmente relevados por el Comité DESC, en la Observación General N° 14, dicen relación con la no discriminación e igualdad de trato, la perspectiva de género, la mujer y el derecho a la salud, y los niños y adolescentes. Sobre la mujer y el derecho a la salud se destaca la necesidad de elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud a lo largo de toda su vida, lo que incluye a las niñas y adolescentes mujeres, en "políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva".[91]

Sobre los niños y adolescentes, el Comité DESC considera los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto exhorta a los Estados a garantizar el acceso a los servicios esenciales de salud para el niño y su familia y destaca el vínculo que hace la Convención entre esos objetivos y el acceso a la información respetuosa de los niños y niñas. Además, el Comité reitera que el principio de no discriminación requiere que los niños(as) tengan acceso a una alimentación adecuada, entorno seguro y servicios de salud física y mental, debiendo los Estados "adoptar medidas eficaces y apropiadas para dar al traste con las perniciosas prácticas tradicionales que afectan a la salud de los niños, en especial de las niñas"[92], todo lo cual incluye otorgar a los niños con discapacidades "la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de su comunidad". [93]

Sobre el derecho a la salud de las y los adolescentes, el Comité DESC estableció que:

> Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva. [94]

En conclusión, en todas las materias relativas a la salud el interés superior de los niños y adolescentes debe ser la consideración primordial para garantizar su ejercicio, [95] **lo que exige que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta.** [96]

[87] Ibíd, párr. 12.

[88] Ibíd.

[89] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 13.

[90] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2000. Observación Nº 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 14.

[91] Ibíd, párr. 21.

[92] Ibíd, párr. 22.

[93] Ibíd.

[94] Ibíd, párr. 23.

[95] Ibíd, párr. 24.

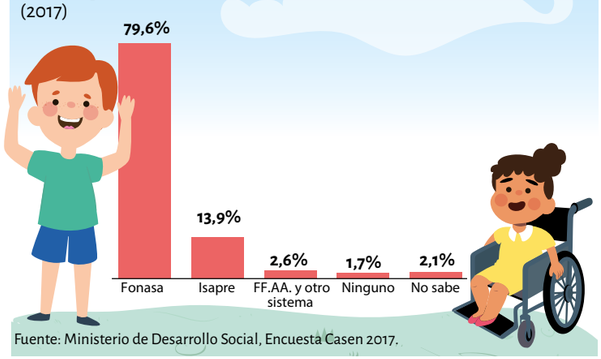
[96] Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación general Nº 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), párr. 19.

Obligaciones del Estado de Chile en materia de salud

Los Estados tienen obligaciones de aplicación progresiva del derecho a la salud, de acuerdo al Pacto DESC, lo que significa que Chile tiene "la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12". [97] Además, existen obligaciones de efecto inmediato a las que Chile debe dar cumplimiento; como garantizar el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación y adoptar medidas para la plena realización del derecho. A su turno, el principio de progresividad y no regresividad implica que no se pueden adoptar medidas regresivas sobre el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, debiendo utilizarse los recursos máximos disponibles. [98]

Las obligaciones del Estado de Chile frente al derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes son, al igual que todos los derechos humanos, la obligación de respetar, proteger y cumplir. Respetar el derecho a la salud exige que el Estado se abstenga de denegar o limitar el acceso a los servicios de salud; se abstenga de imponer prácticas discriminatorias contra las niñas y mujeres adolescentes; se abstenga de limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica; censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto; y se abstenga de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, entre otros. [99]

Distribución de niños, niñas y adolescentes según afiliación a sistema previsional de salud
(2017)



Fuente: Ministerio de Desarrollo Social, Encuesta Casen 2017.

La mayoría de los niños, niñas y adolescentes en Chile se atiende en el sistema público de salud; y un 3,8% no está incorporado a un sistema de salud o no se sabe de su afiliación.

Proteger el derecho a la salud exige que el Estado adopte medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados; velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza de los servicios de salud; asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología; adoptar medidas para proteger particularmente a los niños, niñas y adolescentes; y velar porque terceros no limiten el acceso de los niños, niñas y adolescentes a la información y los servicios relacionados con la salud. [100]

Cumplir con el derecho a la salud exige que el Estado reconozca en su ordenamiento jurídico y garantice su ejercicio en todas sus dimensiones en términos de atención; acceso a alimentos nutritivos y agua potable; servicios básicos y condiciones de vida adecuadas; infraestructura de sanidad pública; formación de profesionales de la salud; cantidad suficiente de hospitales y centros de salud; sistema de seguro de salud público, privado o mixto asequible; y la adopción de medidas contra los peligros a la salud producto de la contaminación del medio ambiente, etc. [101]

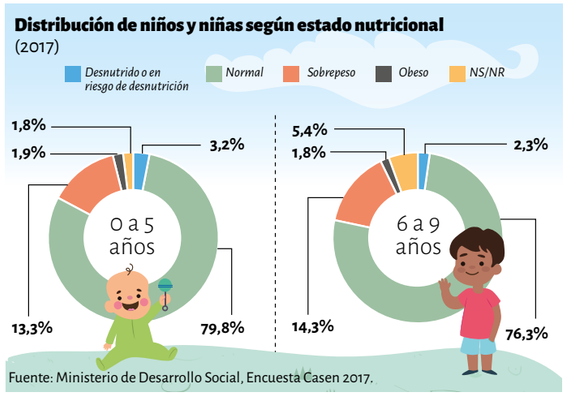
El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Informe Periódico de Chile, de 7 de julio del año 2015 –el último hasta el cierre de este informe–, en su apartado de sistema de salud, manifestó su preocupación porque la accesibilidad a servicios básicos de salud aún es limitada particularmente para los grupos marginados y desfavorecidos con bajos ingresos económicos, por lo que recomendó que el Estado chileno "asigne recursos suficientes al sector de salud y continúe sus esfuerzos para asegurar la accesibilidad, disponibilidad, asequibilidad y calidad de la atención de salud, prestando especial atención a las necesidades de los grupos marginados y desfavorecidos, especialmente de aquellos con bajos ingresos económicos, así como de los pueblos indígenas, migrantes, solicitantes de asilo y refugiados". [102]

El Comité DESC también manifestó preocupación respecto a Chile, en su apartado "derecho a la alimentación", por el creciente índice de obesidad en el país y la falta de medidas integrales que aborden este problema, [103] por lo que recomendó a Chile "que redoble sus esfuerzos para diseñar una estrategia nacional integral para la protección y promoción del derecho a una alimentación adecuada que promueva dietas más saludables e incorpore aspectos relacionados al comercio, la planificación territorial, la educación y de política fiscal, y sea desarrollada con la participación de todos los actores". [104]

Además, el Comité DESC recomendó al Estado de Chile, en su apartado "salud sexual y reproductiva", que agilizara la adopción de la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo; que se asegurara la accesibilidad, disponibilidad y asequibilidad de los servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo la entrega de contraceptivos de emergencia; y que se ampliara y reforzara la educación, integral y apropiada a cada edad, sobre salud sexual y reproductiva en los programas escolares de la enseñanza primaria y secundaria para ambos sexos. [105]

[97] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2000. Observación Nº 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 31, citando observación general Nº 3 (párr. 9), y la observación general Nº 13 (párr. 44).
[98] Ibíd, párr. 32.
[99] Ibíd, párr. 34,
[100] Ibíd, párr. 35.
[101] Ibíd, párr. 36.
[102] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2015. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico a Chile. párr. 28.
[103] Ibíd,párr. 25
[104] Ibíd.
[105] Ibíd, párr. 29.

Distribución de niños y niñas según estado nutricional
(2017)



Fuente: Ministerio de Desarrollo Social, Encuesta Casen 2017.

Si bien la mayoría de los niños y niñas en Chile entre 0 y 5 años (79,8%) presenta un estado nutricional normal, un 18,4% presentan problemas nutricionales, tales como desnutrición, sobrepeso y obesidad.

El año 2016 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Informe Periódico sobre Chile –el último hasta el cierre de este informe–, en su apartado salud, manifestó su preocupación por la escasez de información relativa a la salud sexual y reproductiva accesible para personas con discapacidad, particularmente para mujeres y niñas y personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, y recomendó al Estado de Chile que haga accesibles la información y servicios integrales de salud sexual y reproductiva en todo el territorio chileno, incluyendo la lengua de señas y formatos accesibles, el equipo y mobiliario.[106] En igual sentido, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad manifestó su preocupación porque la política de salud mental refleje el modelo médico de la discapacidad y que el personal médico en este campo no esté capacitado acerca de los derechos de las personas con discapacidad, por lo que recomendó al Estado de Chile una política de salud mental. Lo anterior implica un desafío actual e inminente para el Estado de Chile.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ("CEDAW" por sus siglas en inglés) en su más reciente informe periódico de Chile, del 14 de marzo del año 2018, en su apartado salud, se refirió al derecho a la salud de las mujeres, incluidas niñas y adolescentes mujeres. Si bien en el documento se acoge la aprobación de la Ley N° 21.030, de 2017, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, manifestó su preocupación, entre otros asuntos, por la persistencia del riesgo potencial que supone para las mujeres los abortos ilegales y en condiciones de riesgo; la objeción de conciencia por parte de personas o instituciones, que podría dificultar, de forma no intencionada, el acceso de las mujeres al aborto sin riesgo, especialmente en las zonas rurales y remotas; la elevada tasa de embarazos de adolescentes y la prevalencia de abusos sexuales entre las adolescentes y las niñas a edades muy tempranas; las persistentes lagunas en la aplicación de la Ley N° 20.418, de 2010, por la que se permite el uso, la venta y la distribución de anticonceptivos de emergencia; las dificultades a que se enfrentan las mujeres para acceder a métodos anticonceptivos modernos y a servicios de planificación familiar y las denuncias de esterilización forzada de mujeres y niñas, en particular las que tienen discapacidad mental o de otra índole.

Según ello, algunas de las recomendaciones del Comité CEDAW a Chile fueron que amplíe el ámbito de aplicación de la Ley N° 21.030, para despenalizar el aborto en todos los casos; aplique requisitos estrictos de justificación para impedir el uso general de la objeción de conciencia por los médicos que se niegan a practicar abortos, en particular en los casos de embarazos de adolescentes, y vele por que esas medidas se apliquen también al personal médico de las clínicas privadas; vele porque las mujeres, incluidas las niñas y las adolescentes menores de 18 años, tengan acceso al aborto en condiciones seguras y a servicios de atención posterior al aborto y porque los servicios sanitarios presten apoyo psicológico a las niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de violencia sexual; procure que los métodos anticonceptivos modernos sean asequibles y estén a disposición de todas las mujeres y las niñas, en particular en las zonas rurales o remotas.[107]

Distribución de niños, niñas y adolescentes con condición de discapacidad por tipo de discapacidad
(2017)

	0 a 5 años	6 a 13 años	14 a 17 años
Dificultad física y/o de movilidad	26,6%	21,1%	24,3%
Mudez o dificultad en el habla	38,4%	35,2%	29,9%
Dificultad psiquiátrica	5,6%	7,1%	11,0%
Dificultad mental o intelectual	16,4%	23,0%	22,7%
Sordera o dificultad para oír aún usando audífonos	4,7%	4,3%	7,1%
Ceguera o dificultad para ver aún usando lentes	4,4%	9,6%	11,8%
NS/NR	12,4%	11,3%	6,9%

Fuente: Ministerio de Desarrollo Social, Encuesta Casen 2017.

Las principales condiciones de discapacidad para la población de niños, niñas y adolescentes entre 14 y 17 años es en primer lugar la mudez o dificultad del habla (29,9%), seguida por la dificultad física y/o de movilidad (24,3%) y en tercer lugar la dificultad mental o intelectual (22,7%).

[106] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2016. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. párr. 51 y 52.

[107] Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer. 2018. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile, párr. 38.

Caso de adolescente bajo el cuidado del Estado

Ahora bien, intentar analizar el sistema de salud chileno frente a los niños, niñas y adolescentes en su completitud, es un tema que excede los límites de este informe, básicamente por la inexistencia de información trazable que haya sido disponibilizada para la Defensoría de la Niñez por los órganos competentes, por lo que, respecto a un grupo de niños, niñas y adolescentes, y a través del análisis de casos de aquellos más vulnerables resulta pertinente plantear: el viernes 11 de enero de 2019, a las 21.45 horas ingresó una denuncia de adolescente en situación de calle en la comuna de Santiago, habría sido víctima de una grave vulneración de sus derechos. La adolescente se encontraba bajo el cuidado del Estado habiendo hecho abandono de la residencia en la cual vivía. El hecho de que haya sido un dirigente vecinal la persona que haya realizado la denuncia y expresado preocupación por la adolescente llevó a la Defensoría de la Niñez a determinar la historia vital de la adolescente. De manera suscinta se presenta una gráfica que resume su trayectoría vital de las intervenciones del Estado:

HISTORIAL DE INTERVENCIONES ESTATALES A LA ADOLESCENTE

3 años
INGRESA A PROGRAMA DE INTERVENCIÓN BREVE
18 meses de intervención.

9 años
VÍCTIMA DE NEGLIGENCIA
Tribunal de Familia la deriva a residencia de protección para mayores (REM).
7 meses de intervención.

10 años
VÍCTIMA DE NEGLIGENCIA GRAVE
Tribunal de Familia la deriva a Centro de Tránsito y Distribución (CTD).
10 meses de intervención.

11 años
VÍCTIMA DE MALTRATO GRAVE
Tribunal de familia la deriva a Programa Especializado de Maltrato (PRM).

12 años
VÍCTIMA DE NEGLIGENCIA GRAVE
Tribunal de Familia la deriva a CTD.
5 meses de intervención

13 años
TRIBUNAL DE FAMILIA DECRETA TRASLADO, FUE DENEGADO
Sename indica que REM reúne todas las condiciones para recibirla y REM indica lo contrario.
Se decreta desacato.

13 años
SITUACIÓN DE CALLE
TRIBUNALES DE FAMILIA, DECRETA INTERNACIÓN
Programa de corta estadía del Hospital San Borja, ante denuncia de abandono de proyecto por parte de REM.
Tribunal decreta orden de búsqueda

ES ENCONTRADA POR DIRIGENTE, LLEGA EL CASO A LA DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ

El caso individual refleja el hecho de una adolescente bajo el cuidado del Estado que desde los tres años de edad y hasta el momento de conocer su historia por la Defensoría de la Niñez aún no se había realizado un diagnóstico y tratamiento adecuado sobre su salud mental y consumo problemático de drogas. De hecho, desde el 11 de enero y en los siguientes días, participaron 15 instituciones y más de 45 funcionarios en este caso, lo que refleja la ineficiencia y poca efectividad de las acciones conjuntas que se realizaron para el tratamiento de la adolescente.

ACCIONES DE LA DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ ANTE DENUNCIA DE VULNERACIONES RECIBIDA PARA LA ATENCIÓN DE LA ADOLESCENTE

11 DE ENERO
AVISO DE HALLAZGO DE ADOLESCENTE EN SITUACIÓN DE CALLE CON INDICIOS DE GRAVE VULNERACIÓN DE SUS DERECHOS

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ CONTACTA A
- → PROGRAMA CALLE → SIN RESPUESTA
- → 48º COMISARIA DE CARABINEROS DE CHILE → ACTIVAN PROCEDIMIENTO
- → RESIDENCIA → NO DESEA RECIBIR A LA ADOLESCENTE

ADOLESCENTE ES TRASLADA A RESIDENCIA

12 DE ENERO
SE INTENTA TRASLADAR A ADOLESCENTE A HOSPITAL

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ CONTACTA A → CARABINEROS DE CHILE → SOLICITAN TRASLADO DE ADOLESCENTE A CENTRO DE ATENCIÓN DE SALUD

ES TRASLADA A URGENCIA HOSPITALARIA

13 AL 14 DE ENERO
PESE A QUE LA ADOLESCENTE PRESENTA DESCOMPENSACIÓN, DE TODOS MODOS SE LE QUIERE DAR DE ALTA

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ CONTACTA A
- → MINISTERIO DE SALUD → ENTREGA INFORMACIÓN DEL CASO
- → JEFE DE URGENCIA HOSPITAL → ADOLESCENTE NO SERÁ DADA DE ALTA

CONTINUA EN URGENCIA HOSPITALARIA

15 DE ENERO
CONTINÚAN GESTIONES PARA CONSEGUIR UN LUGAR APTO PARA LA ADOLESCENTE

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ CONTACTA A
- → DIRIGENTE QUE DENUNCIA HALLAZGO DE ADOLESCENTE → MÁS ANTECEDENTES DEL CASO
- → MINISTERIO DE SALUD → AÚN NO SE ABRE CUPO EN RESIDENCIA

ADOLESCENTE CONTINUA HOSPITALIZADA

16 DE ENERO
ADOLESCENTE ES DADA DE ALTA POR PARTE DEL HOSPITAL, EN EL TRAYECTO A RESIDENCIA –QUE NO LA QUERÍA RECIBIR–, SE ESCAPA

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ CONTACTA A → CARABINEROS DE CHILE PARA ACTIVAR PLAN DE BÚSQUEDA → ES ENCONTRADA DOS HORAS DESPUÉS

ES TRASLADADA A URGENCIA HOSPITALARIA

17 DE ENERO
ADOLESCENTE PERMANECE HOSPITALIZADA

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ CONTACTA A → HOSPITAL GESTIONA CONVENIO PARA DERIVACIÓN → ES TRASLADADA A CLÍNICA PRIVADA

ADOLESCENTE PERMANECE OCHO MESES EN CLÍNICA

En particular esta historia refleja el estado de la atención de salud mental de niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado. Por salud mental nos referimos a una salud completa que abarque, como en el caso de esta adolescente, un tratamiento global de salud que pudiese incluir un posible tema de adicción a las drogas o sustancias estupefacientes, como así también la atención psicológica y médica que requiriese. Ello implicó un hallazgo importante para la Defensoría de la Niñez en el sentido de que no pudo obtener cuántos niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado mantuviesen problemas con drogas, ni su evaluación de salud actual ni del tratamiento indicado para cada niño, niña o adolescente.

En una población de aproximadamente 6.500 niños no se tenía un diagnóstico actualizado de cada uno, y tampoco se tenía conocimiento de si estaban recibiendo el tratamiento adecuado y el seguimiento que se merece cada niño(a) en atención a su interés superior.

Por ello, el 28 de febrero de 2019 la Defensoría de la Niñez convocó a una reunión a la que asistió la Subsecretaria de Prevención del Delito, el Subsecretario de Redes Asistenciales, el Director de Senda, representantes del Ministerio de Salud, representantes de la Subsecretaría de la Niñez, además de la Directora de Sename. La Defensoría de la Niñez presentó el caso de la niña referida, mostrando el hallazgo sobre falta de atención, coordinación y pérdida de recursos fiscales, y dada la gravedad del caso todos se comprometieron a formar una “fuerza de tarea” con el fin de que esta situación fuera corregida a la brevedad posible.

Se hizo hincapié en que el Sename, a pesar de tener a los niños(as) bajo el alero de su Servicio, no podía por sí solo abarcar las necesidades en salud mental de los mismos, sino que era necesario que se comprometieran las entidades de salud, Senda y todos los demás actores clave en niñez y adolescencia para ello.

Lo que en concreto solicitó la Defensoría de la Niñez fue realizar un operativo de evaluación de todos los niños bajo el cuidado del Estado (fueran éstos infractores de ley o no), informando algunas de esas autoridades que ello se estaba realizando, pero que era un plan a largo plazo.

Es de opinión de la Defensoría de la Niñez que esta evaluación es necesaria ahora, porque en un par de años, por el crecimiento y la movilidad de los niños(as), será imposible tenerlos evaluados y con un tratamiento acorde a sus necesidades. Lo que se solicitó fue la evaluación inmediata de una cantidad equivalente a los estudiantes de dos liceos, y posteriormente determinar si el tratamiento que requieren depende de Senda o del Ministerio de Salud.

Existió una segunda reunión, donde se informó nuevamente este plan de larga duración, y Sename informó que se había realizado la evaluación (tamizaje) a todos los niños(as) bajo el cuidado del Estado por causas proteccionales que estuvieran en residencias de administración directa ya que Senda capacitó a sus funcionarios para la evaluación. Ello solo abarca a poco más de mil niños, niñas y adolescentes quedando más de 5 mil en la duda de sus evaluaciones. Ello implica que esos mil niños, niñas y adolescentes evaluados, pueden o no tener requerimientos de atención, y pueden o no estar siendo atendidos de manera cualificada y correcta, información que hasta el cierre del Informe no se tuvo.

> Por ende, es de opinión de la Defensoría de la Niñez que el Estado falla y sigue fallando –a pesar de las peticiones expresas de este órgano autónomo– de manera rotunda en la atención de salud de niños, niñas y adolescentes sin cumplir con los estándares mínimos establecidos por instrumentos internacionales que Chile ha ratificado.

Caso de niños, niñas y adolescentes que residen en Quintero y Puchuncaví

Ello por ejemplo sumado a la mínima preocupación que se ha prestado a los niños, niñas y adolescentes de las comunas de Quintero y Puchuncaví, que viven en zona de sacrificio, que han nacido y crecido en la misma, con diversos *peaks* de salud. La Defensoría de la Niñez tomó conocimiento de estos hechos, precisamente a raíz de los *peaks* de contaminación en Quintero, Puchuncaví y Ventanas, donde la denuncia mayor era, además de la necesidad de saber cuál era el agente contaminante y por qué vía, la falta de atención de salud de niños, niñas y adolescentes que no eran atendidos, o eran atendidos de manera deficiente, sin realizar mayormente exámenes para ver las causas de sus malestares u hospitalizaciones y, por ende, sin recibir un tratamiento adecuado de los mismos.

A pesar de haberse obtenido un fallo favorable por parte de la Corte Suprema respecto de la situación de Quintero y Puchuncaví, la desatención de salud de los niños, niñas y adolescentes sigue ocurriendo, situación que preocupa a la Defensoría de la Niñez, al seguimiento de estos hechos, habiendo desde ya solicitado pronunciamiento tanto al Ministerio de Salud (mediante Oficio N° 309/20149 de 4 de septiembre de 2019) y mediante Oficio N° 239 de 19 de julio de 2019 al Ministerio del Medioambiente y también a Onemi. Independiente de la existencia de *peaks* de contaminación, la Defensoría de la Niñez condenó el hecho de la falta de proactividad en la atención de niños, niñas y adolescentes, quienes se ven vulnerados en uno de los derechos más importantes que tienen, no resguardando en absoluto su interés superior.

4. Avanzando hacia el posicionamiento del interés superior del niño al centro de un sistema de protección integral

Luego del análisis de la situación actual no es posible ignorar las brechas que tiene el sistema chileno en temas tan básicos y fundamentales como lo son, por ejemplo, la salud y la educación. Ello refleja el atraso que se tiene en la protección de la niñez y la adolescencia.

Para ello debemos recordar que respecto de los niños, niñas y adolescentes se debe atender a su interés superior. Ello no solo por parte del Estado, sino que de parte de su familia –con los conceptos que trabajamos a lo largo de este capítulo–, pero también de la sociedad toda. Todos somos cogarantes de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por ende todos debemos atender a su interés superior, seamos familiares, no familiares, empleados públicos o privados, estemos en contacto directo con niños(as) o cuando nuestro actuar pueda afectarles incluso indirectamente.

Para ello, debe existir un sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes que esté acompañado con leyes acordes para robustecerlo, recordando además que este sistema no es sólo para niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado, sino que abarca a todos los niños, y que a través de la atención al interés superior se pueden efectivizar sus derechos, partiendo por los otros principios de la Convención sobre los Derechos del Niño como el derecho a ser oído, pero también con cada uno de los derechos establecidos en ella.

No está demás recordar que la Convención aludida solo entrega un piso mínimo de derechos, por lo que el Chile que se quiere es un país que efectivamente cambie el paradigma de mirada de los niños, niñas y adolescentes, establezca derechos constitucionales especiales y métodos de exigibilidad de esos derechos. Además, lo anterior debe hacerse no solo del punto de vista de lo adultos, sino que debe necesariamente tener a los niños, niñas y adolescentes como destinatarios de lo anterior, y también como cocreadores.