

3



CAPÍTULO 3

Igualdad y no discriminación

PRESENTACIÓN

El principio de igualdad y no discriminación se funda en la dignidad de cada niño, niña y adolescente y se cristaliza en la obligación estatal de garantizar su ejercicio en condiciones de igualdad. De allí surge la obligación del Estado de no anular su legítimo ejercicio, sin excepciones, y la obligación de adoptar medidas especiales para su protección. El capítulo describe también algunas de las circunstancias normativas y fácticas que llevan a afirmar que no todos los niños, niñas y adolescentes son iguales, y que algunos de sus derechos son ejercidos dependiendo de la ubicación geográfica, el origen familiar o la nacionalidad que tengan. También se describen algunas condiciones de discriminación: niños, niñas y adolescentes migrantes; el derecho a la identidad de género de niños y adolescentes trans; las familias de niños y niñas nacidos por reproducción médicamente asistida; y aquellos pertenecientes a pueblos indígenas.

1. Introducción

El principio de igualdad y no discriminación, de conformidad a lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 21.067, que Crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, constituye uno de los principios rectores que rige el actuar institucional, en tanto principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En atención a su relevancia, el derecho a la igualdad y no discriminación ha sido largamente desarrollado desde hace décadas en el sistema regional de protección, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en el Sistema Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en otros sistemas regionales de protección, como el liderado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de cuya principal jurisprudencia, recomendaciones, informes y observaciones, se dará cuenta a continuación.

Este principio tiene consideraciones específicas respecto a los niños, niñas y adolescentes que el Estado, en virtud de las obligaciones internacionales adquiridas luego de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra mandatado a cumplir a través de sus distintos órganos.

En este sentido, el presente capítulo tiene por objeto principal dar cuenta de los estándares internacionales aplicables en cumplimiento de este principio, de conformidad a lo señalado en el párrafo precedente, así como también el estado de situación de los derechos de algunos de los grupos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran más propensos a ser afectados por políticas, leyes, actuaciones o actos en afectación de sus derechos, dada su condición. Todo ello en base al trabajo que la Defensoría de la Niñez ha realizado durante su primer año de implementación. El escaso tiempo transcurrido desde el inicio de funciones de la Defensoría de la Niñez, que ha involucrado concretar una eficiente instalación e implementación de la institucionalidad, sin apoyo sustantivo del Gobierno central, sumado a la gran diversidad de ámbitos en que los niños, niñas y adolescentes que viven en Chile se enfrentan a vulneraciones a sus derechos, particularmente aquellos que se encuentran sujetos al cuidado del Estado y siguen sin encontrar efectiva respuesta de éste, no hacen posible que en este primer Informe Anual se constaten en términos expresos y específicos las situaciones de infracción a la igualdad y no discriminación de todos los grupos de niños, niñas y adolescentes más vulnerables de nuestro país, razón por la que se abordará la situación que enfrentan solo algunos de ellos(as). Lo anterior no constituye, en caso alguno, sinónimo de no desarrollar acciones permanentes en su favor, y de no estar trabajando para instar a que este principio sea efectivamente resguardado, todo lo que será informado, con profundidad y rigor, en el Informe Anual próximo.

2. Conceptos generales respecto de la igualdad y no discriminación

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, del año 2013, pendiente de ratificación por el Estado de Chile, se entiende por discriminación, lo siguiente:

Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.¹

En similar sentido, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General n° 18, del año 2013, estableció que el término discriminación debe entenderse referido a:

(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.²

Ambas definiciones envuelven los elementos de la discriminación desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos, los cuales son:

- i) que exista una distinción, exclusión, restricción o preferencia;
- ii) basada en determinados motivos o categorías prohibidas de discriminación, y
- iii) que tenga por objeto o por efecto (resultado) anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos.

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituyen un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos,³ reconocido normativamente en la mayoría de las constituciones de los Estados y en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño,

¹ Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia, artículo 1.

² Comité de Derechos Humanos. 1989. Observación General n° 18. No discriminación, párr. 7.


³ *Ibíd.*

en su artículo 2, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación, señalando:

Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.⁴

Por su parte, la igualdad es inseparable de la dignidad esencial de la persona y es incompatible con tratos discriminatorios de privilegio o inferioridad, estando intrínsecamente unido a la no discriminación, dada su consideración en la norma internacional la igualdad debe garantizarse sin discriminación alguna.⁵ Estos principios son trascendentales y básicos en lo que respecta al respeto y garantía de los derechos humanos y constituyen un imperativo del derecho internacional general. Dicho en otros términos, estos principios son de aplicación y consideración obligatoria que todo Estado debe tener en cuenta en relación a sus actuaciones, independiente de que sea parte o no de determinado tratado internacional,⁶ por lo que no son admisibles tratos discriminatorios en perjuicio de las personas por motivos de nacionalidad, edad, sexo, género, orientación sexual, estado civil, situación económica, entre otras categorías sospechosas de discriminación.

 El principio y derecho de igualdad y no discriminación significa que están prohibidas las discriminaciones de hecho y las de derecho, por lo que no son admisibles tratos discriminatorios por motivos de nacionalidad, edad, sexo, entre otras categorías sospechosas de discriminación.

El principio y derecho a la igualdad y no discriminación también incluyen la protección del derecho a la igual protección de la ley. Así, se prohíbe la discriminación en cuanto al ejercicio de los derechos de las personas y las acciones para su protección también deben ser iguales para todas, incluidos niños, niñas y adolescentes. De este modo, toda protección que establezcan las leyes internas deberá ser analizada bajo los estándares internacionales, según los cuales, si existen situaciones discriminatorias en perjuicio de determinado grupo de personas, el Estado se encuentra en la obligación de adoptar medidas positivas para revertirlas o cambiarlas.

Hay casos en que, aun cuando no se haya tenido la intención directa de discriminar, se genera un impacto discriminatorio, contra ciertos grupos de personas, lo cual se conoce como discriminación

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003.

⁶ *Ibíd.*

indirecta.⁷ Reconocer la discriminación directa o indirecta es relevante porque internacionalmente se reconoce el derecho a la igualdad y de ello surge la obligación de los Estados de no discriminar ni realizar diferencias carentes de objetividad, proporcionalidad ni racionalidad, lo que comprende, también, la prohibición de los Estados de realizar discriminaciones indirectas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre qué es una discriminación indirecta, sosteniendo:

(...) la CIDH ha señalado que pueden darse afectaciones a la igualdad de modo indirecto, consistente en que se realicen distinciones arbitrarias o desproporcionadas en la aplicación de normas, acciones, prácticas o políticas que a primera vista parecen neutrales pero que, sin embargo, ocultan el impacto perjudicial que éstas tienen sobre grupos en situación de vulnerabilidad

En relación con lo anterior, el examen de las normas y políticas sobre la base del principio de igualdad efectiva y no discriminación abarca también el posible impacto discriminatorio de estas medidas, aun cuando parezcan neutrales en su formulación o se trate de medidas de alcance general y no diferenciado.⁸

De otro lado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara a este respecto y ha establecido la existencia de discriminación indirecta en los siguientes términos:

La Corte estima que una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aun cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables. Tal concepto de discriminación indirecta también ha sido reconocido, entre otros órganos, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha establecido que cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionado perjudicial en un grupo particular puede ser considerada discriminatoria aún si no fue dirigida específicamente a ese grupo.⁹

Además de discriminaciones directas e indirectas, pueden existir discriminaciones múltiples, estructurales e interseccionales, lo que comprende aquellos casos en que una persona, o grupo de personas, ha(n) sido discriminada(s) por varios y diversos motivos, o con ocasión de prácticas sociales que el Estado ha tolerado o respecto de las cuales ha favorecido su mantención. En cualquier caso, la obligación del Estado no solo involucra su deber de abstenerse de discriminar, directa o indirectamente, en los hechos o en el derecho, sino que además le obliga a adoptar medidas para cambiar situaciones discriminatorias. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que :

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 234.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 300 y 301.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 235.

Además, los estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.¹⁰

Y no solo eso, en casos de discriminación estructural, el Estado podría incurrir en responsabilidad internacional si es que no adopta medidas específicas, de acuerdo lo establecido por la Corte Interamericana, que en lo pertinente ha resuelto:

La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas.¹¹

Por último, en relación al principio de igualdad y no discriminación, existe un catálogo de criterios o categorías específicas respecto de las cuales está prohibido discriminar, que se replica en distintos tratados internacionales sobre derechos humanos. Estos se encuentran en el artículo 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y son la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición social del niño o de sus padres o representantes legales.

“Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares”,¹² hecho particularmente necesario de atender, dado que los niños, niñas y adolescentes pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son víctimas sus padres, por ejemplo, por el hecho de haber nacido fuera del matrimonio, de padres del mismo sexo, de padres migrantes, o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003., párr. 104.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2016. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 338.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 151.

3. Igualdad y no discriminación desde la mirada institucional

Los niños, niñas y adolescentes son un grupo especialmente vulnerable de la población que requiere de protección especial.¹³ En este sentido, gozan de los derechos que les corresponden a todas las personas pero, además, tienen derechos específicos y especiales derivados de su condición y que se traducen en deberes específicos para la familia, la sociedad y el Estado.¹⁴

(...) 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.¹⁵

De ahí entonces que se requieran medidas adicionales de protección respecto a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado, lo que se extiende, incluso, respecto de aquellos que intenten ingresar al territorio, sin distinción alguna.¹⁶ Lo anterior, teniendo en consideración que la edad es una categoría sospechosa de discriminación, y es en ese sentido que el Estado debe adoptar medidas reforzadas, para evitar todas aquellas situaciones que sean discriminatorias, directa o indirectamente.

El Estado de Chile se encuentra obligado a promover el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes provenientes de grupos más excluidos y desfavorecidos, y aquellos en situación de vulnerabilidad o en desventaja en el ejercicio de sus derechos, tanto civiles, políticos como los económicos, sociales y culturales.¹⁷ Esto se relaciona con la obligación de los Estados, relativa no solo a su deber de abstención de violar derechos humanos, sino que, de adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección de los sujetos de derecho a los que va dirigida la medida, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentren.¹⁸

¹³ Ver en este Informe Anual en el capítulo Interés superior del niño. Además consultar CIDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia; Sentencia de 1 de julio de 2006, párr. 244; CIDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 147; CIDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 113; Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 408.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 54.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 44.

¹⁶ "Las obligaciones de los Estados partes en virtud de las Convenciones se aplican a todos los niños sujetos a su jurisdicción, incluida la jurisdicción derivada de que el Estado ejerza un control efectivo fuera de sus fronteras. Las obligaciones se aplican dentro de las fronteras del Estado, también con respecto a los niños que queden sometidos a su jurisdicción al tratar de penetrar en su territorio", Observación General conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

¹⁷ Organización de los Estados Americanos. 2011. Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, párr. 44. Véase también párr. 63.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia del 4 de julio de 2006, párr. 104.

Así lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, al disponer que:

Será necesario concentrarse especialmente en determinar los grupos de niños marginados y desfavorecidos y darles prioridad. El principio de no discriminación enunciado en la Convención exige que todos los derechos garantizados por la Convención se reconozcan para todos los niños dentro de la jurisdicción de los Estados, [...] el principio de no discriminación no impide que se adopten medidas especiales para disminuir la discriminación.¹⁹

Teniendo en consideración aquellas categorías respecto de las cuales el Estado de Chile debe, necesariamente, adoptar medidas reforzadas para lograr una igualdad efectiva en los términos previamente expuestos es que, a continuación, y luego de haber analizado el estado de situación actual en Chile respecto del cumplimiento de este principio, se expondrán aquellas acciones que la Defensoría de la Niñez ha realizado, respecto de ciertos grupos de niños, niñas y adolescentes que merecen especial protección por parte del Estado,²⁰ en cumplimiento de este principio.

3.1. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES

Chile, durante los últimos años, ha experimentado un aumento de la población migrante, la cual, al 31 de diciembre de 2018, asciende a 1.251.225 personas, representando un 6,6% de la población actual.²¹

Si bien no se sabe con certeza cuál es el número de niños, niñas y adolescentes migrantes, por los rangos etarios utilizados por el Instituto Nacional de Estadísticas, se aproxima al 14% de la población.

Al respecto, mediante Oficio N° 226/2019, de fecha 15 de julio de 2019, la Defensoría de la Niñez solicitó al Instituto Nacional de Estadísticas el envío de la información relativa a la cantidad de niños, niñas y adolescentes en contexto de migración internacional, de conformidad a las cifras del estudio previamente señalado, lo que es considerado un imperativo para la generación de políticas públicas en esta materia.²²

Se puede afirmar que el aumento en la población migrante en el país ha implicado un aumento de los niños, niñas y adolescentes migrantes que se encuentran en territorio nacional, tanto en situación migratoria regular, como irregular, por lo que el Estado debe redoblar los esfuerzos para lalo que el Estado debe redoblar los esfuerzos para la generación de medidas que tengan por objeto garantizar el acceso a derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes, en igualdad de condiciones que los nacionales, sin discriminación por motivo de su nacionalidad.

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño. 2003. Observación General N° 5 Medidas Generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 30.

²⁰ Se excluyen los niños, niñas y adolescentes bajo el cuidado del Estado, los que se encuentran en el capítulo 5 de este Informe Anual.

²¹ Instituto Nacional de Estadísticas y Departamento de Extranjería y Migración. 2019. Estimación de personas extranjeras residentes en Chile al 31 de diciembre de 2018. Disponible en la página 31 de: <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/07/Estimaci%C3%B3n-Poblaci%C3%B3n-Extranjera-en-Chile.pdf>.

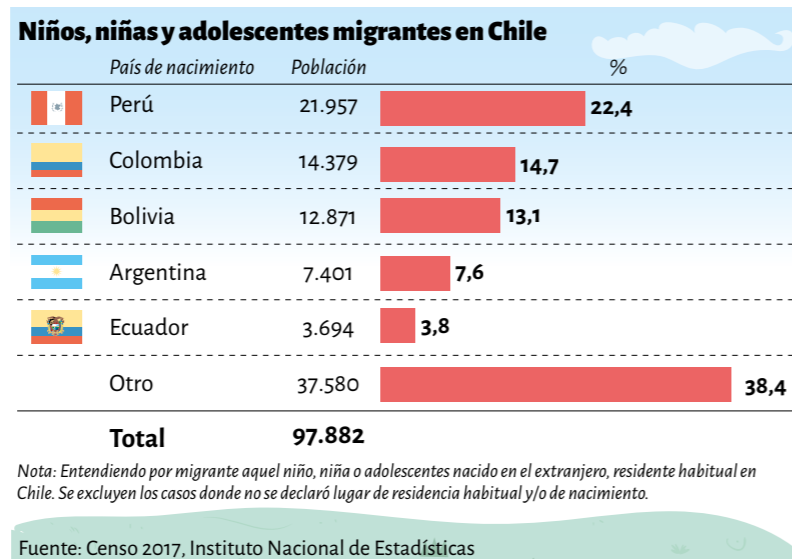
²² Este oficio fue respondido el 20 de agosto de 2019.



"Los niños, niñas y adolescentes migrantes se encuentran en una situación de doble vulnerabilidad "como niños y como niños afectados por la migración".²³

En este sentido, un niño(a) puede encontrarse en diversas situaciones en el contexto de su migración, ya sea que: a) hayan migrado con sus padres o cuidadores habituales; b) no vayan acompañados o estén separados;²⁴ c) hayan regresado a su país de origen; d) hayan nacido de padres migrantes en los países de tránsito o de destino, o e) permanezcan en su país de origen mientras que uno o ambos progenitores han migrado a otro país.

Es sumamente relevante visibilizar lo anterior, toda vez que "los diversos escenarios, las circunstancias específicas que se conforman y los impactos que encierra la migración para los niños, los convierte en un grupo social especialmente vulnerable".²⁵



El 2,4% de la población de niños, niñas y adolescentes en Chile es migrante. El mayor porcentaje de ellas proviene de Perú y Colombia.

Su doble condición, de niño y migrante o afectado por la migración internacional, revela no solo las necesidades especiales de protección a su respecto, sino también de las obligaciones internacionales del Estado de Chile y de los Estados de su nacionalidad en esta materia, que se traducen en el mandato de hacerse cargo de sus necesidades para proteger y garantizar los derechos humanos de que son titulares.

Además de estas vulnerabilidades, propias de ser niño y migrante (o afectado por la migración internacional), pueden estar afectos a otras que se relacionan con su origen nacional, étnico o

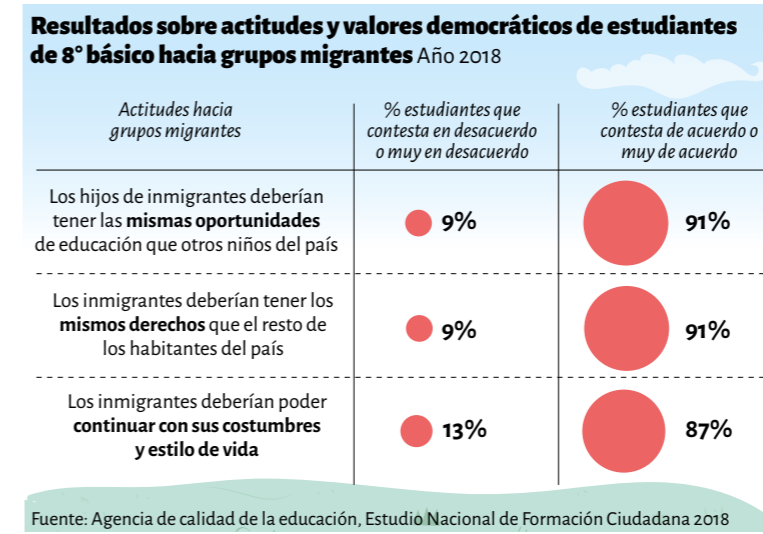
²³ Observación General Conjunta n° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, párr. 3.

²⁴ Al tratarse de niños no acompañados o separados, que constituyen dos categorías distintas, existen obligaciones específicas para el Estado en estas materias, de conformidad con lo que señala la Observación General n° 6 (2005) del Comité de los Derechos del Niño, sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen.

²⁵ Consejo Nacional de la Infancia. 2016. "Niños, niñas y adolescentes migrantes". Propuestas Mesa Técnica Cuarto Documento de Trabajo, pág. 5.

social; su género; orientación sexual o identidad de género; religión; discapacidad; situación en materia de migración o residencia; situación en materia de ciudadanía; edad; situación económica; opinión política o de otra índole; u otra condición, lo que los hace ser sujetos potenciales de discriminación interseccional.

En relación con esta temática, la Defensoría de la Niñez, en ejercicio de sus facultades legales, ha emitido observaciones respecto al proyecto de ley de migración y extranjería; ha presentado *amicus curiae* ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y realizó, en enero de 2019, una visita de observación al Complejo Fronterizo de Chacalluta, en Arica, acciones que se detallan a continuación.



La gran mayoría de los estudiantes de octavo básico declaran actitudes a favor de la igualdad de derechos de grupos migrantes.

3.1.1. Observaciones al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería

El Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, correspondiente al Boletín n° 8.970-06, se presentó el 4 de junio de 2013, sin tener mayor tramitación parlamentaria hasta que su discusión se reactivó, a través de diversas indicaciones presentadas, el 10 de abril de 2018.

Las observaciones a dicho proyecto, por parte de la Defensoría de la Niñez,²⁶ hacen referencia a diversos temas, entre los cuales se cuenta la prohibición de discriminación interseccional, definida como aquella que evoca una situación en la que diversos factores de discriminación interactúan simultáneamente, produciendo una forma específica y única de discriminación, por la confluencia en forma interseccional de múltiples factores de vulnerabilidad, lo que trae aparejado consecuencias muy dañinas.²⁷

²⁶ La Defensoría de la Niñez hizo presentes sus observaciones en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, mediante Oficio n° 127 de 18 de abril de 2019, así como también en sesión de fecha 22 de abril de la Comisión. Oficio disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/home-adulto/biblioteca-digital-adulto/>.

²⁷ "La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente". Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 290.

La Defensoría de la Niñez considera que este es un fenómeno que debe ser abordado por el Estado de Chile, en la elaboración de una política pública sistémica que incorpore datos desglosados que permitan impedir la ocurrencia de esta discriminación y hacerse cargo de aquellos casos en que se pueda presentar con una acción oportuna y eficaz de parte de los organismos responsables del intersector.

Lo anterior es solo uno de los ámbitos que, como institución, se relevan, particularmente teniendo en cuenta que en las políticas públicas de nuestro país la niñez y adolescencia migrante se encuentra absolutamente invisibilizada ante la inexistencia de garantías específicas a su favor. Por lo anterior, se debe avanzar hacia un marco jurídico de garantías con miras a la protección universal de los niños, niñas y adolescentes en territorio nacional, en reconocimiento de que son sujetos de derechos.²⁸

Lo anterior queda de manifiesto, también, ante la invisibilización de la niñez migrante en el *Acuerdo Nacional por la Infancia*, que en ninguna de sus 94 medidas integra alguna consideración o acción específica a favor de los derechos de la niñez y adolescencia migrante, sin promover acciones intersectoriales unificadas que tengan por objeto un ejercicio efectivo y eficaz de sus derechos, a través de su garantía y protección.

En atención a esta realidad nacional, la Defensoría de la Niñez considera que el proyecto de ley que pretende regular y establecer una política migratoria en Chile, debe integrar definiciones, acciones y mecanismos concretos que efectivicen los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes, dando cumplimiento a los estándares internacionales de derechos humanos, tanto a los mandatados por la Convención sobre los Derechos del Niño, como por los otros tratados internacionales aplicables, previniendo el actuar institucional estatal, particularmente el administrativo, con infracción de los derechos y garantías fundamentales de la niñez migrante.²⁹

Lo anterior será posible de concretar a través del establecimiento legislativo de garantías específicas de protección a niños, niñas y adolescentes migrantes, que consideren, además, la obligación de trabajo coordinado entre las distintas instituciones encargadas actualmente y en el futuro próximo de la migración.

Lo anterior, en el entendido y reconocimiento que:

Las regulaciones legales y reglamentarias en materia de migración presentan uno de los mayores desafíos para el respeto adecuado de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Esto, porque bajo la pretendida aplicación igualitaria de las reglas, se termina

²⁸ Con esta alusión, se hace referencia al Proyecto de Ley que Establece un Sistema de Garantías de la Niñez (Boletín 10.315-18), y al Proyecto de Ley que Crea el Servicio de Protección Especializado de la Niñez (Boletín 12.027-07). En este último caso, solo se hace mención en el artículo 31° que en el Sistema integrado de información, seguimiento y monitoreo, debe señalarse si el niño, niña o adolescente, sujeto de protección, pertenece a un grupo de especial atención, pero no contempla la adopción de medidas especiales en virtud de dicha situación.

²⁹ Si bien, de conformidad a los resultados del Censo 2017, son 100.982 los niños, niñas y adolescentes migrantes en nuestro país, dicho dato lamentablemente no incorpora a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en contexto migratorio, esto es, niños, niñas y adolescentes que, habiendo nacido en Chile, o bien se encuentran inscritos como hijos de extranjeros transeúntes o que, teniendo nacionalidad chilena, son hijos de padres migrantes.

obviando la situación específica de niños, niñas y adolescentes migrantes que, por sus especiales condiciones, merecen una consideración específica.³⁰

La Defensoría de la Niñez valora, que esta iniciativa legislativa, que tiene por objeto principal que el Estado de Chile cuente con una regulación migratoria acorde a los tiempos actuales, incorpore en su contenido las distintas obligaciones internacionales adquiridas. En razón de lo expresado, particularmente en lo relativo a la necesidad de que esta regulación considere la adopción de medidas concretas para favorecer la inclusión y el ejercicio de derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes, es que, a continuación, se describen algunas de las observaciones efectuadas por la Defensoría de la Niñez al citado proyecto de ley.³¹

a. No existe una mención específica a la titularidad de derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes

Preocupa a la Defensoría de la Niñez que no exista un reconocimiento expreso a los niños, niñas y adolescentes migrantes como titulares de derechos.

Como medida concreta para asegurar el principio de igualdad y no discriminación, se considera necesario el establecimiento de una norma expresa en la que se señale que el ejercicio de los derechos humanos de este grupo especialmente vulnerable de la población no estarán condicionados ni supeditados a su condición migratoria.³²

Lo anterior, toda vez que el principio de no discriminación de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados partes a respetar y garantizar los derechos contenidos en ella a todos los niños, niñas y adolescentes, ya sean migrantes en situación regular o irregular, solicitantes de asilo, refugiados, apátridas o víctimas de trata, en situaciones de devolución o expulsión del país, con independencia de la nacionalidad, situación de residencia o la apatridia del niño o de sus padres o tutores,³³ particularmente haciendo mención a que, para el ejercicio de los derechos de que son titulares, no se tomará en consideración la situación migratoria de sus padres, en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁴

Una segunda consideración se relaciona con la necesidad de establecer en esta ley garantías reforzadas de protección, a lo largo del articulado, especialmente en el catálogo de derechos. Ello es señalado en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, que sostiene que existen grupos que están en condiciones más apremiantes de vulnerabilidad, surgiendo en relación

³⁰ Unicef. 2015. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un Sistema de Garantías Reforzadas, pág. 33.

³¹ El detalle de todas las observaciones efectuadas por la Defensoría de los Derechos de la Niñez al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería están disponibles en el Oficio N° 127/2019, del 18 de abril de 2019.

³² Consejo de Derechos Humanos. 2018. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, párr. 86.

³³ Observación General Conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005. Caso Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

con ellos un deber especial de protección, por las condiciones específicas en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes migrantes, particularmente grave cuando están en situación migratoria irregular.³⁵

Así, el principio de no discriminación debe ser el foco central de las políticas públicas del Estado de Chile respecto a los niños, niñas y adolescentes migrantes, concretando procedimientos de migración respetuosos de los derechos humanos de estos niños, niñas y adolescentes, que les permita hacer ejercicio efectivo de éstos y que redoble los esfuerzos para evitar la xenofobia, el racismo y la discriminación, adoptando las medidas efectivas para prevenir y combatir esas actitudes y prácticas,³⁶ esfuerzos que no solo se deben enfocar en combatir la discriminación *de iure* (por derecho), sino que también la *de facto* (por hechos).³⁷

b. No existe garantía asociada para hacer efectivo el cumplimiento de derechos

El proyecto de ley no contiene una garantía expresa y específica de exigibilidad para el caso de infracción, por parte de los órganos del Estado, del principio de igualdad y no discriminación, que les permita a los niños, niñas y adolescentes y/o sus familias lograr la restitución de los derechos que le han sido vulnerados, ya sea a través de los procedimientos judiciales o administrativos. Esta inclusión resulta imprescindible para que estos niños, niñas y adolescentes puedan exigir y reclamar el reconocimiento y protección de los derechos que consagra a su respecto la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación nacional, lo que permitiera expresar, de manera concreta las obligaciones y deberes de los órganos estatales responsables de garantizar esos derechos.

De mantenerse esta regulación de los derechos, de manera insuficiente “puesto que no está acompañada de acciones o medidas administrativas que permitan solucionar en la práctica los problemas de acceso a los servicios de salud que tienen las personas extranjeras que residen en Chile”,³⁸ finalmente el contenido de la ley solo implicará la descripción declarativa de derechos que, luego, no tienen posibilidad de hacerse efectivos en la realidad.

³⁵ Unicef. 2015. Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes: necesidad de un Sistema de Garantías Reforzadas.

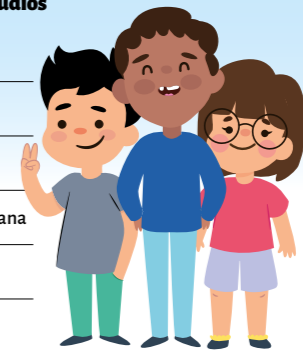
³⁶ Observación General Conjunta n° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2010. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. En el mismo sentido: Caso Atala Riffo vs. Chile. 2012. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 80; Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. 2014. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 220; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. 2014. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 201.

³⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2018. Informe Anual 2018. Situación de los Derechos Humanos en Chile 2018, capítulo 2 “Derechos de las personas migrantes y nueva política migratoria”, pág. 76.

Países con convenios vigentes* con Chile para el reconocimiento de estudios

	Alemania		Ecuador		Panamá
	Argentina		España		Paraguay
	Bolivia		Francia		Perú
	Brasil		Guatemala		República Dominicana
	Colombia		Israel		Uruguay
	Cuba		México		Venezuela



* En caso de no existir convenio, se debe realizar un proceso de validación de estudios en el establecimiento educacional. Fuente: Información Pública, Ministerio de Educación

Niños, niñas y adolescentes entre 4 y 17 años migrantes por asistencia a la educación formal

País o Continente* de procedencia	Sí		No asiste actualmente o nunca asistió		Total Población
	Población	%	Población	%	
País no declarado	351	91,20%	34	8,83%	385
	2.515	91,40%	238	8,65%	2.753
	12.004	91,80%	1079	8,25%	13.083
	3.145	92,70%	248	7,31%	3.393
	10.492	92,80%	810	7,17%	11.302
	18.394	92,90%	1397	7,06%	19.791
África	137	93,20%	10	6,80%	147
Caribe	2.288	93,60%	157	6,42%	2.445
Asia	1.291	93,70%	87	6,31%	1.378
	8.216	94,00%	529	6,05%	8.745
Sudamérica	2.643	96,40%	100	3,65%	2.743
Oceanía	481	96,40%	18	3,61%	499
	6.737	96,50%	246	3,52%	6.983
Centroamérica	1.553	96,60%	55	3,42%	1.608
Norteamérica	3.882	96,70%	133	3,31%	4.015
Europa	7.262	96,80%	243	3,24%	7.505
Total	81.391	93,80%	5384	6,20%	86.775

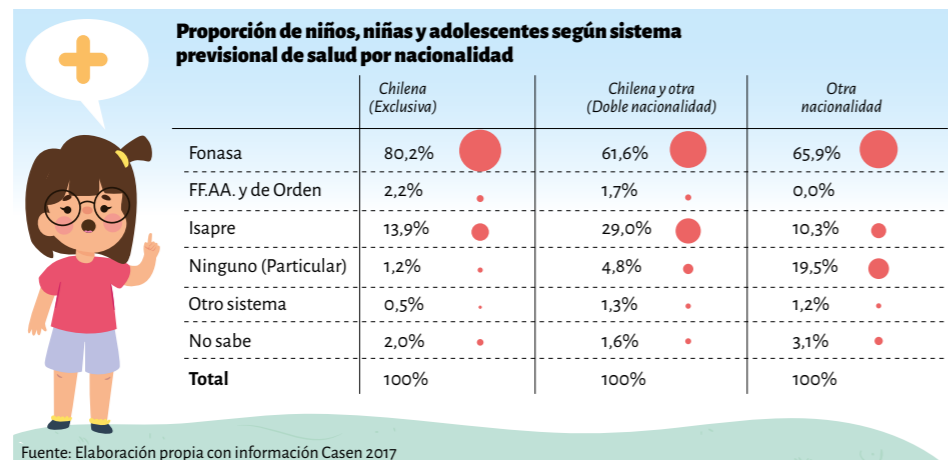
Nota: Entendiendo por migrante aquel niño, niña o adolescentes nacido en el extranjero, residente habitual en Chile. * Se agrupan en continentes aquellos países con un número menor de niños, niñas y adolescentes migrantes

Fuente: Elaboración propia con información Casen 2017

Todos los niños, niñas y adolescentes migrantes tienen derecho a incorporarse al sistema escolar a través de una matrícula provisoria (aunque no cuenten con RUN), mientras realizan el proceso de reconocimiento de estudios o proceso de validación.

Más del 90% de los niños, niñas y adolescentes entre 4 y 17 años migrantes en el país asisten a educación formal. Sin embargo, los niños, niñas y adolescentes migrantes de Haití son los quienes menos asisten.

Si bien la mayoría de los niños, niñas y adolescentes migrantes se encuentra afiliado al sistema público de salud, sin embargo aproximadamente un 20% de ellos(as) no está afiliado(a) a ningún sistema, diferencia significativa con la proporción del 1% de quienes tienen nacionalidad chilena.



c. No hay reconocimiento y regulación expresa de otros derechos humanos esenciales de los niños, niñas y adolescentes en contexto migratorio

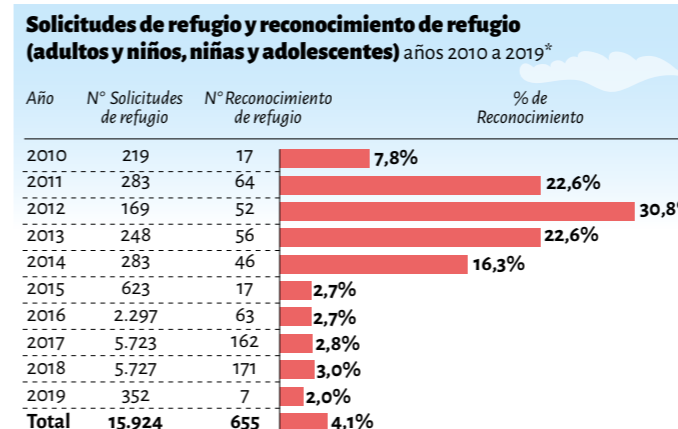
La Defensoría de la Niñez considera lamentable que el proyecto no regule algunos derechos cuya garantía resulta esencial para asegurar de manera efectiva su acceso y ejercicio por parte de los niños, niñas y adolescentes migrantes, de modo tal de hacerse cargo de los obstáculos que enfrenta este grupo de la población para ejercerlos, por la burocracia y la falta de claridad de los funcionarios públicos en torno a ellos; por ejemplo, la ausencia de reconocimiento del derecho al registro, nombre y nacionalidad; el derecho a la identidad y de la explicitación del principio de no devolución.

En atención a la contingencia actual, es que se hace relevante hacer una mención especial al principio de no devolución. Este principio ha sido interpretado por numerosos órganos internacionales, los cuales han señalado que involucra “una garantía implícita derivada de las obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos”,³⁹ encontrándose consagrado tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 22°), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 6, 22 y 37) y la Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios (artículos 9, 10 y 22).

Si bien este principio se encuentra expresamente reconocido en nuestra legislación, a propósito de la normativa de protección de refugiados (artículo 4° de la Ley N° 20.430), la Convención Americana de Derechos Humanos lo extiende a cualquier extranjero respecto del cual su vida o libertad personal se encuentre en riesgo de ser vulnerado a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, no restringiéndolo a los asilados o refugiados, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.⁴⁰

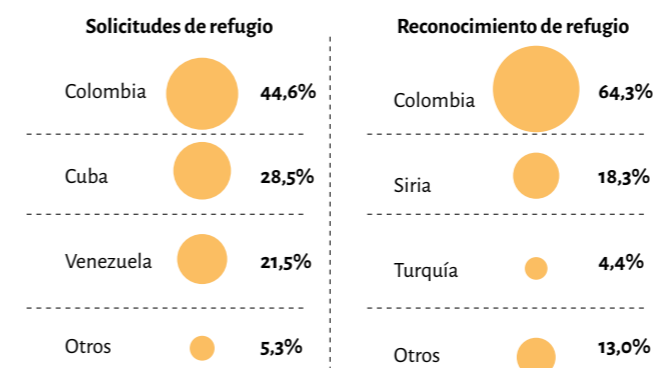
³⁹ Observación General Conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, párr. 45.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 135.



Durante los años 2015 a 2018 se produce un aumento de las solicitudes y reconocimiento de refugio. Sin embargo, en estos mismos años la proporción de reconocimiento por parte del Departamento de Extranjería y Migración ha disminuido. Por ejemplo, el 2018 ingresaron 5.727 solicitudes de refugio, de las cuales se otorgaron un 3% de ellas.

Distribución de las solicitudes y reconocimiento de refugio (adultos y niños, niñas y adolescentes) por países de origen años 2010 a 2019*



*Para el año 2019 se considera solo el primer semestre.
Nota: La información pública de solicitudes de refugio no hace la distinción entre adultos y niños, niñas y adolescentes.

Fuente: Información Pública, Departamento de Extranjería y Migración

La mayoría de las solicitudes de refugio provienen de países de Latinoamérica y el Caribe. Liderando Colombia con casi la mitad de las solicitudes de este tipo.

Existe prohibición internacional a los Estados de expulsar de su jurisdicción a las personas, con independencia de su situación de residencia, en materia de nacionalidad, asilo u otra condición, cuando corran riesgo de sufrir un daño irreparable al regresar, como persecución, tortura, violaciones graves de los derechos humanos u otro daño irreparable.⁴¹

Tan relevante es este principio que no solo constituye un mecanismo esencial para la protección de los refugiados, sino también una norma que se considera “la ‘piedra angular de protección’ [y] también una norma consuetudinaria de Derecho Internacional”,⁴² existiendo preocupación por el hecho de que algunos Estados decidan reconocer una definición restrictiva del principio de no devolución.

⁴¹ Observación General Conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional.

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de tratos de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr.438.

Tanto el Comité de los Derechos del Niño, como el de Trabajadores Migratorios, ha señalado que “Los Estados no trasladarán al menor a un país en el que haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable para el menor, por ejemplo, pero no solo, del tipo de los contemplados en los artículos 6 y 37 de la Convención”,⁴³ ampliando su órbita de aplicación, estableciendo que la obligación de no devolución también aplica a otras violaciones de los derechos consagrados por dicho instrumento consideradas graves. Por ello, es que, solo en aplicación del interés superior, es que podría proceder la devolución al país de origen de un niño, niña o adolescente.⁴⁴

En este sentido, la Defensoría de la Niñez observó negativamente la eliminación que en este proyecto de ley se hizo del artículo 10, sobre el principio de no devolución, que había sido incorporado al proyecto, a través de una indicación parlamentaria en el primer trámite constitucional, y aprobado por simple mayoría, la institución insiste que se debe reincorporar este principio ya que, para el caso de niños, niñas y adolescentes migrantes, su aplicación constituye una regla general y jamás una excepción, por aplicación directa del principio de su interés superior.⁴⁵

Es importante aclarar que si bien lo planteado precedentemente se ha formulado en relación directa al trato de los niños, niñas y adolescentes migrantes, dichas consideraciones tienen aplicación también respecto de sus adultos responsables, toda vez que cualquier restricción que se imponga a éstos también afectará el acceso a los derechos de los niños, niñas y adolescentes que están a su cargo.⁴⁶ Así, de conformidad al artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es obligación del Estado asegurarse de que el desarrollo del niño se tome en consideración en las políticas y decisiones dirigidas a regular el acceso de sus padres a los derechos sociales, con independencia de su situación migratoria, al igual que las políticas destinadas a la regularización de aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular.

d. Expulsión del territorio nacional

Este proyecto de ley establece, en su 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 solo establece que debe tomarse en consideración el hecho de que el migrante afectado tenga hijos extranjeros con residencia definitiva y, como contraposición, 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.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño. 2005. Observación General n° 6. Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, párr. 27.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 84.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2014. Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva oc-21/14, párr. 207 y siguientes.

⁴⁶ Observación General Conjunta n° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n° 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, párr. 44.



Todo niño(a), independiente de su situación migratoria, tiene derecho a que su interés superior sea tenido como consideración primordial por parte de cualquier agente del Estado, asegurándole que su derecho a ser oído en todo procedimiento que le afecte tenga plena aplicación, lo que incluye, por cierto, el procedimiento de expulsión del territorio nacional de un miembro de su familia, instancia directamente vinculada al derecho del niño, niña y adolescente a vivir en familia, con independencia de su situación migratoria.

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, resulta absolutamente contrario y vulneratorio de los principios y derechos humanos asegurados para los niños, niñas y adolescentes migrantes en la normativa internacional, misma que es vinculante para el Estado de Chile.

En este contexto, como Defensoría de la Niñez hemos sostenido que si el proyecto de ley se aprueba en los términos descritos, se afectaría, en forma directa por parte del Estado de Chile, el principio de igualdad y no discriminación.

El derecho a vivir en familia del niño, niña o adolescente implica:

No solo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida en familia.⁴⁷

Los niños, niñas y adolescentes en contexto de migración internacional y sus familias no deberían ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegítimas en su vida privada y familiar. 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.⁴⁸

Por ello es importante determinar, en cada caso, quiénes forman parte de la familia de un niño, niña o adolescente en contexto migratorio, para que la adopción de una medida tan grave como la expulsión, efectivamente se está atendiendo su interés superior, y a sus demás derechos humanos, dado que “las previsiones del artículo 9 [de la Convención sobre los Derechos del Niño] relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable ‘a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha’.”⁴⁹

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, párr. 264. Ver también Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2013. Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, párr. 226; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Fornerón e hija vs Argentina, párr. 47.

⁴⁸ Observación General Conjunta n° 4, (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y n° 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno; y Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2014. Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva oc-21/14.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2014. Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva oc-21/14, párr. 272. Además ver: 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. 60.

Vale la pena aclarar que los Estados tienen la facultad de elaborar y ejecutar sus propias políticas migratorias, incluyendo el control del ingreso, residencia y expulsión de extranjeros, y que la expulsión de territorio nacional puede realizarse en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.⁵⁰ Sin perjuicio de dicha expresa atribución estatal, no toda causal habilita al Estado para la adopción de esta medida migratoria, como lo es el caso de expulsión a causa de la situación migratoria.

Este proyecto de ley, en este punto, contempla causales de expulsión por irregularidad migratoria del migrante (artículos 123 y 124) lo que es, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, algo excesivo y así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La Corte encuentra, en aplicación de los criterios sentados, que la ruptura de la unidad familiar a través de la expulsión de uno o ambos progenitores por infracciones migratorias relacionadas con el ingreso o permanencia, resulta desproporcionada en estos supuestos, pues el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la vida familiar que puede traer aparejado repercusiones en la vida y el desarrollo de la niña o del niño aparece como irrazonable o desmedido frente a las ventajas que se obtienen al forzar al progenitor a abandonar el territorio por causa de una infracción de carácter administrativo.⁵¹

3.1.2. Presentación de *amicus curiae*

En otro orden de cosas, el 28 de marzo de 2019, el Instituto Nacional de Derechos Humanos interpuso, ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, una acción constitucional de amparo, prevista en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, a favor de veinticinco ciudadanos de nacionalidad colombiana, quienes son padres y abuelos de catorce niños y niñas, de distintas nacionalidades.

Justificaba su acción la institución recurrente en que los procedimientos administrativos desarrollados por la Policía de Investigaciones de Chile en contra de los amparados, infringió, entre otros, el derecho de reunificación familiar y de resocialización, tanto de los amparados como de los niños y niñas afectados toda vez que todos ellos tienen a sus familias en Chile, principalmente a sus padres, y que la separación de dichos niños y niñas de sus familiares infringiría el derecho de reunificación.

En virtud de estos antecedentes, la Defensoría de la Niñez, en coordinación con el INDH, presentó, el 5 de abril de 2019, un *amicus curiae* en la causa, en cumplimiento de lo señalado en la letra j) del artículo 4 de la Ley N° 21.067, que tuvo por objeto hacer presente al tribunal superior, los estándares internacionales que, en materia de derechos humanos, el Estado de Chile debe cumplir previamente a disponer una medida de expulsión del territorio nacional.

El 6 de mayo de 2019, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en lo pertinente resolvió que:

En todos los casos existía un decreto de expulsión previo, dictado por la autoridad administrativa competente, que –por cierto– cuenta con las facultades legales para así

⁵⁰ Artículo 22 numeral 2 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2014. Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14, párr. 280.

disponerlo... (y que) ...en cada uno de los actos administrativos se indicaron los motivos y razones que la autoridad tuvo presente para disponer esa medida, ajustándose a la normativa legal y reglamentaria, razón por la cual no es posible colegir que las expulsiones hayan sido decretadas en contravención a la ley o sean arbitrarias.⁵²

Ahora bien, con respecto al *amicus* presentado por la Defensoría de la Niñez, el cual solicitaba se tuviera a la vista la Convención sobre los Derechos del Niño al momento de decretar la expulsión del país y las posibles infracciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes involucrados, en particular en lo relativo al disfrute de la vida de familia, se expresa en el fallo:

Que, en lo atinente a separar a los expulsados de sus familias y en particular de sus hijos, lo que en concepto de los recurrentes y también de la Defensoría de la Niñez, quien comparece como *amicus curiae*, atenta contra los derechos del niño [...] esta Corte disiente de ese parecer, por cuanto al decretarse la expulsión del extranjero la autoridad administrativa se ha limitado a aplicar la normativa vigente en esta materia, sobre todo si la causa obedece a que el foráneo ha perpetrado ilícitos durante su residencia en nuestro país, conociendo de antemano sus consecuencias.⁵³

El fallo continúa señalando que:

De lo anterior se deriva que la sanción aplicable –porque la ley nacional así lo establece– es que debe ser expulsado del territorio nacional, pues ha infringido la normativa interna migratoria, de modo tal que la separación del afectado con esa medida de su grupo familiar es una de las consecuencias que trae aparejada la decisión adoptada, existiendo causa legal que así lo permite y por la autoridad competente para decretarla.⁵⁴

Finalmente, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, el 3 de junio de 2019, confirma la sentencia apelada, en base a las mismas consideraciones.

Ahora bien, para la Defensoría de la Niñez, si bien es comprensible que en este caso concreto existía la comisión de delitos por parte de los adultos, ello no obsta a que en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación se realice un análisis de la medida de expulsión a la luz de los principios y derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, a efectos de determinar si se ha cumplido con el estándar internacional. No es concebible que un fallo del tribunal superior de justicia se base para su resolución en el argumento formal de la existencia de esa facultad por parte de la autoridad migratoria, que se contiene en la ley, por diversas consideraciones. La primera de ellas dice relación con que la Ley de Extranjería, Decreto Ley N° 1.094, es del año 1975, esto es, previo a la ratificación del Estado de Chile de múltiples tratados internacionales sobre derechos humanos, que naturalmente esa ley no contempla, y que por tanto, en virtud del control de convencionalidad, son los tribunales los que deben verificar el

⁵² Considerando decimoquinto, fallo en causa rol 476-2019, de fecha 6 de mayo de 2019, de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

⁵³ *Ibíd.*, considerando decimosexto.

⁵⁴ Considerando decimo sexto, fallo en causa rol 476-2019, op. cit.

cumplimiento de los tratados internacionales sobre la materia.⁵⁵ En ese sentido es que preocupa que el argumento relativo a que “la ley nacional así lo establece” sea el que prime, desatendiendo el interés superior del niño, así como también su derecho a la igualdad y no discriminación.

En este sentido, no resulta suficiente que la autoridad migratoria señale que ha tomado en consideración los derechos de los niños, niñas y adolescentes involucrados, sea su interés superior o el principio en este capítulo analizado, sino que debe comprobar que ha realizado ese análisis, a la luz de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, no bastando que mencione que así lo ha hecho, sino que demuestre cómo lo ha hecho y en base a qué procedimiento.⁵⁶ En ese punto, es que el rol de los tribunales superiores de justicia resulta fundamental, en el contraste y aseguramiento del cumplimiento de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes del país.

3.1.3. Visita de observación al Complejo Fronterizo Chacalluta

El 30 de enero de 2019, un equipo de la Defensoría de la Niñez se trasladó a Arica, en atención a las denuncias recibidas relativas a la situación de un grupo de niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana a quienes no se les habría permitido el ingreso a territorio nacional, junto a sus familiares, por no cumplir los requisitos de ingreso, sin atender a la especial situación humanitaria que les afectaba.

En la visita efectuada al Complejo Fronterizo Chacalluta Arica-Tacna, el Comisario de la Policía de Investigaciones de Chile responsable del mismo, señaló que no existían protocolos fronterizos de asistencia a niños, niñas y adolescentes, sea que éstos se encuentren acompañados o no. Asimismo, sostuvo que, si bien son pocos los casos de niños, niñas y adolescentes migrantes, cuando se presentan en la frontera se derivan a los Tribunales de Familia, activando así la red de protección correspondiente.

Durante la visita, la Defensoría de la Niñez constató, en su observación presencial, la deficiencia manifiesta en la infraestructura del Complejo, sin consideración alguna por las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y una evidente carencia de formación especializada para el trato debido de niños, niñas y adolescentes por parte del personal policial, todo lo que se advierte en relación con los siguientes aspectos:

- Inexistencia de espacio adecuado para atención de personas acompañadas de niños, niñas o adolescentes.
- Inexistencia de espacio adecuado para la espera de niños, niñas o adolescentes de la respuesta por personal policial, con relación a su ingreso al territorio.
- Ausencia de alimentación adecuada para los niños, niñas o adolescentes durante el transcurso de las horas de espera en el Complejo.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

⁵⁶ 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).

- Según relatos recogidos, no existe atención médica específica hacia los niños, niñas o adolescentes, en caso de sufrir alguna enfermedad crónica o descompensación.
- Inexistencia de espacio para niños o niñas lactantes, o de primera infancia, en etapa de amamantamiento o cambio de pañales, salvo la dependencia del baño general.
- Existencia de frecuentes cortes de electricidad en el Complejo.
- Observación presencial de que cuando se atiende al adulto responsable para realizar trámites migratorios, éstos no son acompañados por sus hijos, quedando los niños, niñas y adolescentes al cuidado de personas distintas que se encuentran en el espacio de tránsito, con quienes pueden o no tener parentesco, con los consecuentes riesgos que aquello involucra.

En este sentido, la Defensoría de la Niñez considera que resulta imperativo que el Estado de Chile imponga, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, específicas obligaciones para los órganos estatales responsables de la administración, control y gestión de los complejos fronterizos, para brindar una atención debida a los niños, niñas y adolescentes que allí se presentan, solos o acompañados, logrando asegurarles el resguardo efectivo de sus derechos, conforme las exigencias de la Convención sobre los Derechos del Niño y la demás normativa internacional, misma que se espera quede contenida de manera integral en la nueva legislación que establezca una política pública migratoria respetuosa de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes y sus familias.

3.2. NIÑEZ Y ADOLESCENCIA TRANS

La identidad de género constituye una de las categorías respecto de las cuales está prohibido efectuar discriminaciones de cualquier tipo,⁵⁷ debiendo el Estado adoptar medidas reforzadas para evitar que los niños, niñas y adolescentes sufran discriminaciones por esto, tanto de derecho como de hecho.⁵⁸

En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona en razón de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.

Se debe tener presente que las niñas, niños y adolescentes LGBTIQ+⁵⁹ suelen enfrentar el cuestionamiento de sus familias y su comunidad, quienes desapruaban su orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal lo que:

(...) tiende a conducir a situaciones generalizadas de discriminación, estigmatización, intimidación, acoso, abuso, maltrato y violencia física, psicológica, sexual, y en casos extremos

⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño. 2013. Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Identidad de Género, e Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017.

⁵⁹ El término LGBTIQ+ está formado por las siglas de las palabras lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual y queer. Al final se añade el símbolo + para incluir todos los colectivos que no están representados en las siglas anteriores. Estas siglas han evolucionado a lo largo de los años. Si bien al principio eran solo LGB, en los últimos años se han incorporado nuevos conceptos para hacer referencia a otras identidades de género y orientación sexual.

incluso la muerte... [que] los relega a círculos de exclusión y pobreza que los hace aún más vulnerables a la violencia y la explotación.⁶⁰

Un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la autodeterminación y la posibilidad de todo ser humano de escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.⁶¹ De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses.

Respecto al derecho a la identidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que puede ser conceptualizado como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.⁶² El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la edad adulta.

En este sentido, la sensibilización y la educación de los niños, niñas y adolescentes juega un papel fundamental en la promoción de un cambio cultural que acepte plenamente la diversidad sexual y corporal y promueva la aceptación de las orientaciones sexuales e identidad de género diversas.⁶³

En Chile, el 10 de noviembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, con el objeto de regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona, en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género.

La ley define el derecho a la identidad de género como aquella facultad de toda persona, mayor de 14 años, cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar su rectificación, entendiéndose por identidad de género la convicción personal e interna de que ser hombre o mujer depende de cómo la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento.

Lo dispuesto anteriormente podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos.

Asimismo, la ley señala que toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación, en los instrumentos públicos y privados

⁶⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 299.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *i.v. vs. Bolivia*, párr. 150; Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 136 y Caso *Flor Freire vs. Ecuador*, párr. 103.

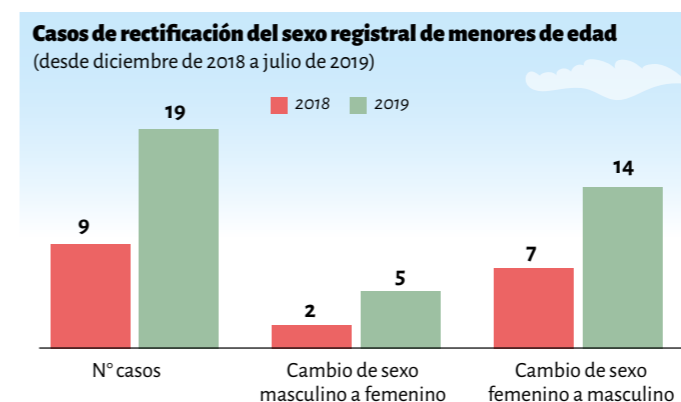
⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Gelman vs. Uruguay*, párr. 122; Caso *Fornerón e Hija vs. Argentina*, párr. 123 y Caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, párr. 116.

⁶³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2018. Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas.

que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo y que las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad.

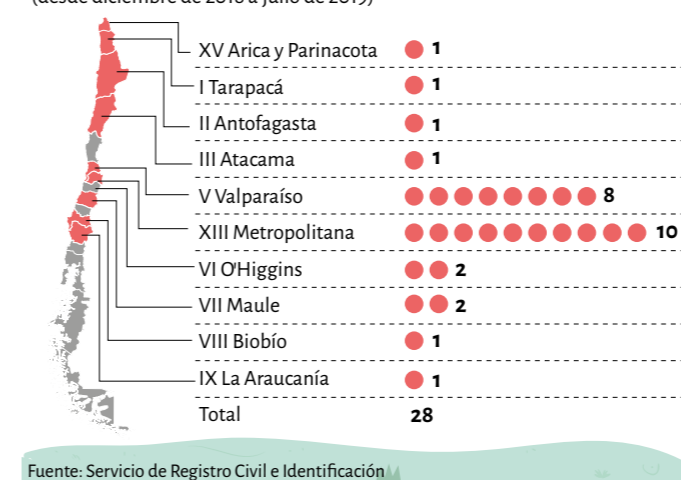
De igual manera, se definen las garantías y principios asociados al goce y ejercicio del derecho a la identidad de género, entre ellos los principios de la no patologización, no discriminación arbitraria, confidencialidad, dignidad en el trato, interés superior del niño y autonomía progresiva.

Esta ley reconoce a las y los adolescentes (personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad) el derecho a solicitar la rectificación del sexo y nombre con que aparecen individualizadas en su partida de nacimiento para que sea coincidente con su identidad de género, cuyo procedimiento se deberá realizar ante los Tribunales de Familia correspondientes a su domicilio, permitiendo, además, que, una vez alcanzada la mayoría de edad, puedan solicitar una nueva rectificación.



* En cumplimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia, de conformidad al artículo 76 inciso final de la Constitución Política de la República

Casos de rectificación del sexo registral de menores de edad, según región
(desde diciembre de 2018 a julio de 2019)



Fuente: Servicio de Registro Civil e Identificación

En Chile, el Servicio de Registro Civil e Identificación ha efectuado 28 rectificaciones del sexo registral en las partidas de nacimiento de niños, niñas y adolescentes. La mayoría de las rectificaciones se han realizado en la Región Metropolitana y de Valparaíso.

Todos los casos de rectificación de sexo registral de menores de edad se realizaron en cumplimiento de las sentencias dictadas por los tribunales de justicia en virtud del artículo 76 de la Constitución Política de la República con anterioridad a la aprobación de la Ley 21.120 que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

Finalmente, la ley dispuso que un reglamento dictado por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y, deberá contemplar los programas de acompañamiento a niños, niñas o adolescentes y sus familias, cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral

Al respecto, el 1 de marzo de 2019 se convocó a la Defensoría de la Niñez, junto a otras organizaciones, a dar su opinión técnica sobre el contenido del Reglamento de la Ley N° 21.120, observaciones institucionales presentadas en el contexto de dicha instancia, el 7 de marzo de 2019.

Previamente, la Defensoría de la Niñez se reunió con agentes de la sociedad civil que trabajan en esta materia, con el objeto de recoger sus observaciones, entre ellas la Fundación Juntos Contigo, Asociación OTD Chile y la Fundación Selenna.

Las observaciones institucionales se centraron en la necesidad de que el reglamento le diera el carácter de facultativo al programa de acompañamiento, es decir, que éste operara solo a solicitud del niño, niña o adolescente o su familia; y que incluyera un procedimiento de coordinación intersectorial para la atención integral del niño, niña o adolescente, sea que solicite acompañamiento profesional o no. Adicionalmente, se solicitó que se debía contemplar la regulación administrativa, en aquellos casos en que el representante legal se negara a efectuar la solicitud, no permitiendo al niño, niña o adolescente solicitar la rectificación.

Esto último cobra especial relevancia, considerando que la falta de vigencia efectiva de los principios de igualdad y no discriminación afecta a distintos grupos en mayor situación de vulnerabilidad, como es el caso de niños, niñas y adolescentes LGTBIQ+.

Desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha destacado esta preocupación, señalando que:

(...) las condiciones generalizadas de discriminación y exclusión social que enfrentan los NNA gays, lesbianas, bisexuales, transgénero e intersexuales, (LGTBI), exacerbadas por prejuicios, estereotipos y patrones cisnormativos arraigados en las sociedades de la región, lo cual tiende a conducir a situaciones generalizadas de discriminación, estigmatización, intimidación, acoso, abuso, maltrato y violencia física, psicológica, sexual y en casos extremos incluso la muerte.⁶⁴

Es importante señalar que los niños, niñas y adolescentes LGTBIQ+ suelen enfrentar el “rechazo de sus familias y su comunidad, quienes desapruueban su orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal”⁶⁵ relegándolos a “círculos de exclusión y pobreza que los hace aún más vulnerables a la violencia y explotación.”⁶⁶

De ahí que preocupa a la Defensoría de la Niñez, el hecho de que sea el representante legal quien deba presentar la solicitud de rectificación del o la adolescente, no solo porque este proceso pueda diferir de la manifestación y expresión de la orientación sexual o identidad de género dentro de

⁶⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 299.

⁶⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2018. Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB en las Américas, párr. 78.

⁶⁶Ibíd.

la familia o comunidad,⁶⁷ sino que también por el hecho de que se está haciendo depender el ejercicio del derecho de una persona a la voluntad de otra.

En este sentido, la Defensoría de la Niñez hizo presente que la consideración de la opinión del niño, niña o adolescente debe ser fundamento suficiente de la solicitud de rectificación en consonancia con el derecho a ser oído y el derecho a que su opinión se tenga en cuenta.

El 16 de agosto de 2019 la Contraloría General de la República tomó razón del Decreto Supremo N° 3, que Aprueba Reglamento del artículo 26 inciso primero de la Ley N° 21.120, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, el cual entrará en vigor 120 días después de publicado en el Diario Oficial.⁶⁸

Al respecto, la Defensoría de la Niñez consideró positiva la eliminación de la exigencia original dispuesta en la primera versión del reglamento elaborado por la Subsecretaría de la Niñez, según la cual se necesitaba la autorización de los representantes legales de los niños, niñas y adolescentes para que éstos pudieran acceder a los programas de acompañamiento, lo cual contravenía los principios de autonomía progresiva y el derecho a ser oído. Asimismo, la Defensoría de la Niñez celebró la incorporación de otras recomendaciones institucionales realizadas en su oportunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la Defensoría de la Niñez mantuvo su preocupación por el hecho de que no se encuentra regulado ni legal ni reglamentariamente qué ocurriría en caso de oposición por parte de los padres, madres o representantes legales al ejercicio de este derecho por parte de los adolescentes, y que por dicho motivo, no se pueda dar cumplimiento de las acciones mínimas que los programas de acompañamiento deben realizar de conformidad al artículo 9 del Decreto Supremo en análisis, que impida la emisión de los informes correspondientes.

En otras palabras, ¿qué ocurrirá en caso que por oposición de las personas descritas, los programas no puedan realizar las visitas domiciliarias o la realización de intervención familiar? Entendemos que esto no puede ser un obstáculo para el ejercicio del derecho por parte de los adolescentes, sobre todo para el caso en que el incumplimiento se deba a negativa de las personas señaladas. De esta manera, en atención al principio de igualdad y no discriminación, debe tenerse esta circunstancia a la vista por parte de los órganos del Estado competentes, con el objeto de evitar que la acción de terceros impida el ejercicio de este derecho por parte de los adolescentes.

Asimismo, preocupa a la Defensoría de la Niñez que no se haya incorporado el procedimiento para la ejecución de programas de acompañamiento de otras instituciones distintas a las acreditadas, dejando sin regulación específicas aquellas prestaciones que la red pública deberá ofrecer y, por tanto, desconociéndose ante qué institución del Estado de Chile un adolescente podrá recurrir para acceder a los programas de acompañamiento, situación agravada en aquellas localidades en que no existirá oferta privada.

⁶⁷ Ibíd.

⁶⁸ De acuerdo con el artículo tercero de la Ley N° 21.120.

También preocupa que no se incluya el principio de coordinación⁶⁹ de los órganos de la administración del Estado y que tampoco sea posible advertir de qué manera el sistema público dará prestaciones para la atención integral del niño, niña o adolescente en caso de que necesite, por ejemplo, terapia hormonal.

Finalmente, inquietó a la Defensoría de la Niñez que no se incorporen mecanismos de apoyo a las instituciones públicas que deberán absorber la demanda de prestación de programas de acompañamiento para niños, niñas y adolescentes que lo soliciten, en tanto aquello provocará una carga laboral adicional a las y los profesionales de dichos servicios relacionados, quienes deberán dar cumplimiento a la Ley N° 21.120 sin previa capacitación ni recursos económicos que apoyen su labor, lo que indudablemente tendrá un impacto negativo en la atención respetuosa de los derechos de niños, niñas y adolescentes trans.

Desde la Defensoría de la Niñez se reitera la necesidad de que el Estado de Chile realice las acciones necesarias para continuar implementando programas y cursos de formación continua y permanentes en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGTBQ+ y, iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBQ+. Los cursos deben estar dirigidos a la formación continua, entregando conocimientos y competencias a los(as) funcionarios(as) públicos(as) a nivel nacional, regional y comunal y particularmente a jueces(zas) y funcionarios(as) judiciales de todas las áreas y escalafones del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 24 de febrero de 2012 en Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, párrafo 271.⁷⁰

En relación con las medidas de capacitación, la Defensoría de la Niñez visibiliza la necesidad de adoptar acciones de formación de los(as) profesionales de atención de la red pública de salud, para garantizar que la atención integral del niño, niña o adolescente que solicite acompañamiento profesional sea, en todo momento, respetuosa de sus derechos.

Por otra parte, resulta imperativo diseñar mecanismos de apoyo a las y los profesionales de atención de la red pública de salud para regular una efectiva y eficiente coordinación intersectorial para la atención integral del niño, niña o adolescente que solicite acompañamiento profesional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 21.120, particularmente instruyendo a la red pública de salud sobre el uso del presupuesto asignado a cada institución, para la adecuada cobertura de prestaciones que exijan los programas de acompañamiento.

La Defensoría de la Niñez considera que se deben adoptar medidas para la ejecución y evaluación de la política pública creada con ocasión de la Ley N° 21.120, que incluya la elaboración de información pública de forma periódica, a fin de permitir futuros análisis de datos relacionados, al menos, con:

⁶⁹ El artículo 3 de la Ley N° 18.575 señala que "la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes".

⁷⁰ Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

1. Demanda de programas de acompañamiento profesional anual, desagregada por región y comuna;
2. Prestaciones anuales de programas de acompañamiento profesional, desagregadas por: a) instituciones acreditadas y otras, b) comunas y regiones;
3. Número de informes solicitados por Tribunales de Familia desagregado por jurisdicciones;
4. Número de rectificaciones ordenadas por Tribunales de Familia, previa solicitud de informes del artículo 17 letra a y b, desagregado por jurisdicciones;
5. Solicitudes de rectificaciones rechazadas—y sus fundamentos— por Tribunales de Familia, previa solicitud de informes del artículo 17 letra a y b, desagregado por jurisdicciones;
6. Resultado de solicitudes de rectificación con oposición de terceros desagregado por jurisdicciones;
7. Duración de los procedimientos de rectificación desde la solicitud hasta la emisión de los nuevos documentos; y,
8. Perfil de profesionales prestadores y de las instituciones acreditadas y otras, desagregado por comunas y regiones.

Con miras a evitar una dilatación innecesaria, se debe tener presente la excepcionalidad de los Tribunales de Familia de solicitar informe de las letras a) y b) del artículo 17 (informe del programa de acompañamiento), lo cual solo será necesario previa fundamentación del interés superior del niño o niña.

Por último, es del parecer de esta Defensoría de la Niñez, en cumplimiento de los estándares internacionales, que la limitación de edad para el ejercicio de este derecho en los 14 años, no responde a una distinción que responda a criterios de razonabilidad y objetividad, pudiendo afirmar que la Ley N° 21.120 infringe el principio de igualdad y no discriminación respecto a los niños y niñas, menores de 14 años. A este grupo no se les permite ejercer el derecho contemplado en el artículo 3 de la citada ley, el que establece que "toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley", dado que su ejercicio está limitado a quienes hayan cumplido 14 años, esto es, a los adolescentes.

Cabe la pena recordar que los niños y niñas tienen los mismos derechos que los adultos, no existiendo causa razonable para limitar el ejercicio de este derecho en los 14 años. Así ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que "resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada".⁷¹

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva oc-24/17, párr. 154.

Desde la Defensoría de la Niñez, en cumplimiento de los estándares internacionales relacionados, es que se entiende que aun cuando se haya restringido este derecho a los niños y niñas, ello no obsta a que puedan igualmente acceder a los programas de acompañamiento, en atención a lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 3, el cual señala que “podrán acceder a los programas de acompañamiento profesional que regula el presente reglamento los niños, niñas o adolescentes cuya identidad de género no coincida con su nombre y sexo registral y sus familias”. Ello permitirá que el niño o niña que a temprana edad reconozca su identidad de género pueda, en caso que así lo desee, acceder al programa de acompañamiento, y dar por cumplido dicho requisito, una vez que alcance los 14 años y se pueda presentar la solicitud ante el tribunal respectivo.

3.3. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y FILIACIÓN POR REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA

El 22 de abril de 2016 se presentó el proyecto de ley que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo, Boletín N° 10.626-07. El proyecto modifica normas con la finalidad de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes al interior de familias en tres hipótesis distintas:

- familias integradas por parejas de mujeres que se han sometido conjuntamente a técnicas de reproducción humana asistida.
- familias integradas por parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo(a) de una(o) de ellas(os), quien no tiene paternidad determinada (reconocimiento de maternidad).
- familias integradas por parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente.

De acuerdo con el derecho a la protección de la familia, al derecho a la igualdad y no discriminación –y particularmente la igualdad de los hijos, después de la Ley N° 19.585–, el derecho a la identidad y el derecho a la vida privada de todos los niños, niñas y adolescentes, la Defensoría de la Niñez, en la instancia legislativa a la que fue convocada,⁷² destacó el hecho de que se presente un proyecto de ley que busca que el Estado de Chile responda al interés superior de niños y niñas al permitir su efectivo ejercicio de derechos.

A partir del 13 de octubre de 1998, día en que se promulgó la Ley N° 19.585, comenzó a regir en Chile un sistema de filiación que eliminó las diferencias entre hijos naturales (nacidos dentro del matrimonio) y simplemente ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio). En este ordenamiento, la filiación es clasificada en filiación por naturaleza o filiación adoptiva. La filiación por naturaleza, a su vez, puede ser determinada y no determinada; la primera se clasifica en: a) matrimonial; b) no matrimonial, y c) por fecundación mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida.⁷³

Por otra parte, se debe tener en cuenta el caso de hijos dentro de familias conformadas por personas del mismo sexo (sean éstos concebidos mediante reproducción asistida o por el embarazo de una de las convivientes sin paternidad reconocida). En Chile, desde antes de la

⁷² El 10 de junio de 2019 la Defensoría de la Niñez fue invitada a presentar sus observaciones ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado al proyecto de ley.

⁷³ Código Civil. Artículos 179, 180, 181 y 182.

existencia del Acuerdo de Unión Civil, existían casos de niñas y niños nacidos en el seno de una familia de personas del mismo sexo.⁷⁴

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

Fuente: Servicio de Registro Civil e Identificación

En lo que va del año 2019, existen 11.488 niños, niñas y adolescentes donde no es posible identificar a sus progenitores dado que su filiación es indeterminada, el niño o niña no fue reconocido/a por ninguno de los padres o se desconoce si está reconocido/a.

Sin embargo, solo a partir de la entrada en vigor de dicha regulación, el Estado reconoce formalmente a las familias homosexuales y lésbicas bajo un estatuto jurídico de protección. Pese a ello, la Defensoría de la Niñez ha tomado conocimiento de que aquellos casos judicializados, en que se solicita el reconocimiento de doble filiación de un niño, niña o adolescente respecto a personas del mismo sexo, no han sido acogidos en los tribunales chilenos por tratarse de un asunto que, según el Poder Judicial, le corresponde abordar al Poder Legislativo. De ahí entonces la necesidad urgente de legislar para brindar efectiva protección a los derechos humanos de este grupo de niños, niñas y adolescentes.

En el caso de familias integradas por parejas de mujeres que se han sometido a técnicas de reproducción humana asistida, la Defensoría de la Niñez advierte que no existen normas que regulen la filiación de hijos(as) nacidos(as) en una familia de personas del mismo sexo, ni aún bajo la unión civil después de la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, pues ésta ley solo se refiere a la filiación en atención a la presunción de paternidad en su artículo 21, para lo cual se remite al artículo 184 del Código Civil en caso de convivientes civiles de distinto sexo.

Además, en aquellos casos de hijos(as) nacidos mediante reproducción asistida, la única norma legal que regula su filiación es el artículo 182 del Código Civil, que solo hace referencia a parejas heterosexuales. Este artículo no fue modificado por la Ley N° 20.830, que Crea el Acuerdo de Unión Civil.

⁷⁴ Cooperativa. 2013. Madres lesbianas demandaron al Estado chileno ante la CIDH. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/homosexualidad/madres-lesbianas-demandaron-al-estado-chileno-ante-la-cidh/2013-12-11/143238.html>

El hecho de que el Registro Civil se haya negado a inscribir la doble filiación de maternidad, y que el Poder Judicial haya fallado remitiendo el asunto al Poder Legislativo, en la práctica ocasiona la inaceptable circunstancia de que estos niños y niñas sean los nuevos hijos ilegítimos en Chile.

Por otra parte, la ley de unión civil no exige el deber de fidelidad ni cohabitación entre los convivientes civiles y, aun así, se presume la paternidad en parejas de distinto sexo y no así en parejas del mismo sexo. Por cierto, si se revisa la historia de la Ley n° 20.830, se constata que en diversas oportunidades se hizo presente la inconsistencia de presunción de paternidad sin la exigencia del deber de fidelidad ni de cohabitación. Así lo afirmaron durante la discusión legislativa profesionales de Corporación Comunidad y Justicia,⁷⁵ la diputada Marisol Turres⁷⁶ o la profesora Carmen Domínguez, quien señaló:

Este artículo constituye un grave e irreparable error por varios motivos: primero, porque el AVP no exige el requisito esencial sobre el que siempre ha razonado la presunción y que es que exista cohabitación entre la pareja, esto es el deber de tener vida sexual que pueda generar hijos.⁷⁷

También, la Defensoría de la Niñez puso en consideración que la segunda mujer es pariente de la familia de su pareja —la madre legal— pero los niños o niñas no son parientes de ella. Es decir, ante la ley, la pareja mujer de la mamá del niño es su conviviente civil, pero para el niño es una tercera extraña. Y, por otra parte, los niños o niñas en estas hipótesis no heredarán de quienes les han criado —de aquella mujer legalmente extraña— pero se verán obligados a concurrir en la herencia de su madre legalmente reconocida con aquella.

Finalmente, para la Defensoría de la Niñez, si la conviviente civil de la madre legalmente reconocida decidiera desatenderse de su crianza no podría acudir a la justicia solicitando, por ejemplo, pensión de alimentos, por tanto, tampoco dicha mujer podría cometer el delito de parricidio.

La Defensoría de la Niñez advierte, nuevamente, que la situación descrita, que además de ser un problema jurídico manifiesto involucra la infracción evidente al principio de igualdad y no discriminación respecto de estos niños, niñas y adolescentes, fue prevista en la tramitación de la Ley n° 20.830. Así, hay especialistas que coinciden con la premisa de que una vez otorgado reconocimiento y protección a la convivencia homosexual o lesbica, como ocurre en Chile luego de la Ley n° 20.830, cualquier diferencia vulneraría el derecho a la igualdad.⁷⁸ Por tanto, si la situación de los niños y niñas en familias del mismo sexo es distinta a la situación de niños y

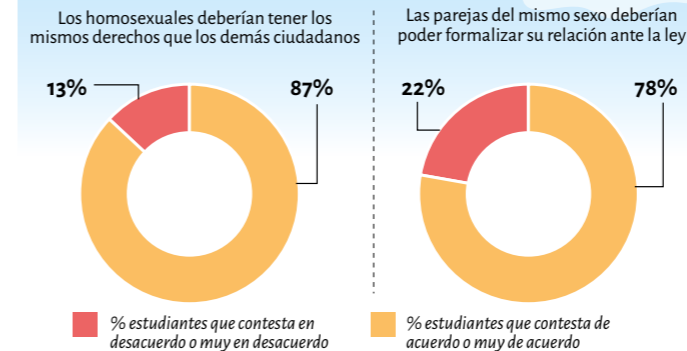
⁷⁵ Historia de la Ley n° 20.930: Compartió lo expuesto por el representante de la Corporación Comunidad y Justicia, en orden a que no se entienda por qué razón se establece la presunción de paternidad que se consagra en el artículo 21 si el proyecto no consagra el deber de cohabitación. Preguntó qué efectos jurídicos puede generar la ausencia en esta iniciativa de los deberes que se imponen en el matrimonio.

⁷⁶ Historia de la Ley n° 20.830: La diputada señora Turres, doña Marisol, señaló que llamaba la atención que se establezca la presunción de paternidad sin que exista deber de fidelidad.

⁷⁷ Historia de la Ley n° 20.830, que Crea el Acuerdo de Unión Civil.

⁷⁸ Corral Talciani, Hernán. 2011. "Matrimonio entre parejas de un mismo sexo", respuestas a Simposio, en Anuario de Derechos Humanos (U. de Chile), 2011, pp. 67-83. Disponible en: <https://corraltalcani.files.wordpress.com/2010/04/simposiohomosexualidad.pdf>.

Resultados sobre actitudes y valores democráticos de estudiantes de 8° básico hacia la diversidad sexual. Año 2018



Fuente: Agencia de calidad de la educación, Estudio Nacional de Formación Ciudadana 2018

La gran mayoría de los estudiantes de octavo básico declaran actitudes a favor de la igualdad de derechos en atención a la diversidad sexual.

niñas de parejas de distinto sexo, existe una discriminación respecto a esos niños y niñas por la orientación sexual de los adultos, lo que está prohibido por el derecho internacional.⁷⁹

La Defensoría de la Niñez advierte que el asunto no se trata del derecho de las personas homosexuales o lesbianas a ser padres o madres, cuestión cuyo debate corresponde a otra sede, sino que se trata de determinar, y resolver, si el ordenamiento jurídico actual discrimina o no a los niños y niñas que actualmente existen y forman parte de familias legalmente reconocidas.

Por tanto, para la Defensoría de la Niñez en principio no existiría discriminación en el caso de niños o niñas con filiación paterna determinada, aún si su madre se ha unido civilmente con una mujer, pues los derechos de esos niños, niñas y adolescentes son el derecho a la protección de la familia, el derecho a la identidad (de origen) y, en general, el derecho a tener el mismo tratamiento de protección que los demás niños y niñas, sin discriminación alguna. Ello, sin dejar de considerar que se podrían producir casos de infracción al principio de igualdad y no discriminación, en aquellas situaciones de niños y niñas respecto de los cuales la filiación no se encontrará determinada.

Ahora bien, en un segundo caso, el relativo a las familias integradas por parejas de mujeres que cuidan y crían conjuntamente al hijo(a) de una(o) de ellas(os) que no tiene paternidad determinada, la Defensoría de la Niñez estima que se deben distinguir dos nuevas hipótesis: niños y niñas integrantes de familias compuestas por una pareja de mujeres de hecho y niños y niñas integrantes de familias compuestas por una pareja de hecho de hombres.

En el primer caso, se advierte la existencia de discriminación si es que el ordenamiento jurídico no permite el reconocimiento de determinado grupo de niños o niñas frente a otro grupo de niños o niñas. Por ejemplo, en niños o niñas cuya familia la integran dos mujeres que a su vez son pareja de hecho y por tanto esa es su familia. ¿Qué pasa si ese niño o niña no tiene filiación paterna determinada?, ¿podría ese niño o niña ser reconocido por la segunda mujer que integra su familia?

⁷⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012.



La Defensoría de la Niñez estima que, aplicando los estándares de igualdad y no discriminación, es perfectamente procedente que un niño o niña pueda tener doble filiación materna, dado el reconocimiento chileno del concepto amplio de familia.

Además, si esos niños, niñas y adolescentes, sin filiación paterna determinada, pueden ser reconocidos por cualquier hombre como padre, también podrían ser reconocidos por otra mujer como segunda madre. Por tanto, si el ordenamiento jurídico prevé protección a niños y niñas de familias de personas de distinto sexo mediante el reconocimiento, pero no prevé dicha protección a niños, niñas y adolescentes de familias del mismo sexo, ello es en sí una discriminación.

La Defensoría de la Niñez advierte que el proyecto de ley no modifica la determinación de filiación por el hecho del parto, por lo que siendo el Código Civil chileno tajante en términos de que un niño o niña puede no tener padre, pero siempre tendrá madre, en principio no aplicaría la hipótesis de reconocimiento de niños o niñas, ya que siempre estaría determinada la maternidad. La única excepción sería el caso de niños o niñas sin filiación materna determinada que quisieran ser adoptados por un segundo hombre (además de aquel cuya filiación paterna está determinada), si así fuera el caso.

Finalmente, en un tercer caso relativo a familias integradas por parejas de convivientes civiles que cuidan y crían conjuntamente, la Defensoría de la Niñez advierte la existencia eventual de dos nuevos casos de análisis: niños y niñas integrantes de estas familias con filiación previa determinada, en cuyo caso procedería lo que se conoce como adopción por integración, y la situación de niños y niñas concebidos o nacidos al tiempo de la convivencia civil de quienes integran su familia.

Sobre la situación de niños y niñas con filiación previa determinada, la Defensoría de la Niñez advirtió que el proyecto de ley sobre el cual se pronunció, no modifica normas relativas a las acciones de filiación para abordar hipótesis de niños y niñas con filiación determinada. Sin perjuicio de ello, propone algunas modificaciones a la Ley N° 19.620, que dicta normas sobre adopción, por lo que las mismas deben ser analizadas en términos de igualdad y no discriminación.

En este sentido, la Defensoría de la Niñez celebra el reconocimiento que se hace en el proyecto de la realidad actual de Chile, en resguardo de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación en atención a la configuración familiar. Por lo mismo, la Defensoría de la Niñez en esta ocasión solo se remite a destacar la modificación de las normas de adopción en aquella parte que permiten la adopción por integración de un niño o niña por la persona conviviente civil de su padre o madre, sobre todo porque aquí surgen dos nuevas hipótesis: aquellos niños y niñas que solo tienen una filiación determinada y aquellos quienes, aun teniendo doble vínculo filiativo determinado o filiación matrimonial, forman parte de una familia nueva reconocida legalmente. Los primeros podrán ser adoptados o reconocidos por el conviviente civil de su padre o madre cuya filiación ya está determinada y, los segundos, al igual que los niños y niñas que han sido reconocidos por ambos padres o tienen filiación matrimonial, podrán solicitar el consentimiento del otro padre o madre a fin de ser adoptados por la o el conviviente civil de su madre o padre.

La Defensoría de la Niñez estima que, visto el tipo de familias reconocidas legalmente, se deberá analizar en su mérito la adopción propiamente tal de niños, niñas y adolescentes por parte de parejas del mismo sexo (la adopción por integración fue referida en el párrafo anterior), lo que en todo caso deberá atender primordialmente el interés superior de dichos niños y niñas, con miras al resguardo efectivo de sus derechos, en cumplimiento de los principio de igualdad y no discriminación y de tener como consideración primordial su interés superior.

Por último, sobre la situación de niños, niñas y adolescentes concebidos o nacidos al tiempo de la convivencia civil, la Defensoría de la Niñez advierte la existencia de discriminación legal en perjuicio de estos niños y niñas, al no reconocerles como integrantes de las familias en las que nacieron. Estima que la presunción de paternidad del artículo 184 del Código Civil, dispuesta exclusivamente en el caso de convivientes civiles de distinto sexo, provoca una diferencia de trato entre los hijos e hijas nacidas de convivientes civiles dependiendo de su orientación sexual; en efecto, los concebidos o nacidos en una pareja de distinto sexo tienen certeza de su filiación mientras que los concebidos o nacidos en parejas del mismo sexo no.

Por tanto, la Defensoría de la Niñez advierte que, concebido o nacido un niño o niña en la convivencia civil de dos mujeres, lo que corresponde es que fuera procedente la misma presunción del artículo 184 del Código Civil, pero ahora respecto a la mujer que no parió. Si bien esto admite prueba en contrario, en caso de existir un tercero externo a la pareja, la presunción sería simplemente legal, como ocurre actualmente. Sin embargo, la presunción anterior no es procedente respecto de convivientes civiles hombres porque, como se dijo previamente, mientras esté determinada la maternidad no podría darse la hipótesis de doble paternidad, toda vez que la maternidad queda determinada por el hecho del parto.

3.4. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PERTENECIENTES A PUEBLOS INDÍGENAS

Los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a pueblos originarios en Chile experimentan dificultades para el pleno goce y ejercicio de sus derechos, pese a que el Estado está obligado a adoptar medidas positivas que permitan combatir las discriminaciones a las que se ven enfrentados.

En efecto, los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a pueblos originarios son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero, además de los derechos colectivos que ostentan en tanto pertenecientes a un pueblo originario, así lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño. Al respecto, el artículo 30 de la Convención dispone que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará al niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.⁸⁰

⁸⁰ Artículo 30, Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General nº 11, afirma que “el derecho establecido es tanto individual como colectivo y constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas”.⁸¹

En ese sentido, los niños, niñas y adolescentes indígenas, son un grupo que requiere de especial protección por parte del Estado de Chile, el que debe adoptar las “medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños”,⁸² así como también implica un reconocimiento por parte del Estado de que este especial grupo de niños, niñas y adolescentes necesitan medidas especiales para el cumplimiento de sus derechos individuales y colectivos sin discriminación y en igualdad de condiciones que el resto de la población.

En este punto, resulta relevante que para dar cumplimiento a la normativa internacional vinculante, se adopte un enfoque intercultural en las diversas políticas públicas, normas y acciones del Estado chileno. La perspectiva intercultural supone:

(...) un respeto por las diferencias, reconoce y respeta el derecho a la diversidad y fomenta la interacción entre culturas de una forma equitativa, donde se concibe que ningún grupo cultural se encuentre por encima del otro, y reconoce y valora los aportes de todos ellos en la sociedad. El enfoque intercultural alude al reconocimiento de la diversidad cultural, otorgando legitimidad a las representaciones, concepciones y prácticas culturalmente distintas, y promueve el conocimiento y el respeto mutuo entre culturas.⁸³

De forma que el Estado debe promover que el niño, niña o adolescente que pertenece a pueblos indígenas pueda preservar su propia cultura, a profesar y practicar su religión o creencias y a emplear su propio idioma. A la vez, debe favorecerse la tolerancia, el respeto, el conocimiento mutuo y la interrelación con otras culturas.⁸⁴

En atención a la deuda histórica del Estado de Chile con los pueblos originarios, resulta indispensable que el Poder Ejecutivo adopte acciones de difusión y promoción de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes indígenas, dirigidas a la población en su conjunto, para combatir la discriminación a la que están expuestos.

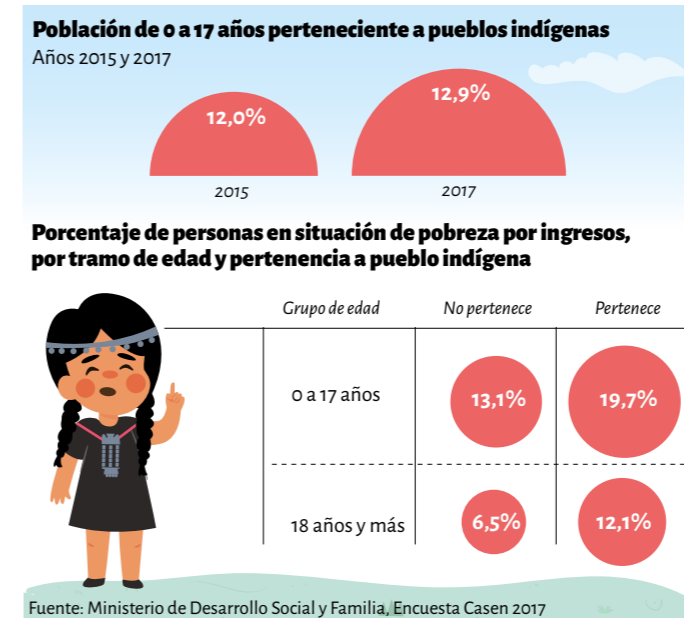
Sumado a lo anterior, es necesario que el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, inicie una recopilación de datos desglosados y elabore indicadores con el fin de determinar en qué ámbitos, de manera específica, sufren o podrían sufrir discriminación los niños, niñas y adolescentes indígenas, de modo de poder generar estrategias de política pública en su combate.

⁸¹ Comité de los Derechos del Niño. 2009. Observación General nº 11. Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 16.

⁸² *Ibíd.*, párr. 25.

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2017. Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, párr. 384.

⁸⁴ *Ibíd.*



En Chile, un 12,9% de la población menor de 18 años es indígena. Además aproximadamente un 20% de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a pueblos indígenas vive en situación de pobreza.

En relación con la temática, la Defensoría de la Niñez ha desarrollado acciones asociadas, principalmente a través de la intervención a propósito del denominado “Caso Catrillanca”.

Aquél ha sido uno de los casos emblemáticos del último tiempo con relación a esta materia, toda vez que devela una serie de discriminaciones históricas y estructurales contra el pueblo mapuche que, en esta ocasión, afectó de forma directa la vida e integridad física de un adolescente. El caso da cuenta, además, de cómo una vez más el Estado ha infringido el principio de igualdad y no discriminación, respecto al pueblo mapuche.

Se trata de una seguidilla de hechos que se pudieron conocer a través de los distintos medios de información disponibles, donde se pone en entredicho el actuar de las instituciones involucradas: Carabineros de Chile (tanto los funcionarios policiales involucrados, como el alto mando), el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, los tribunales de justicia y el Ministerio Público, entre otros.

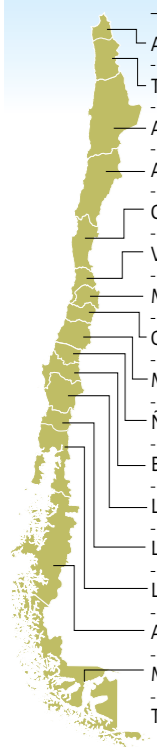
En el “Caso Catrillanca” se produjo una afectación particular al principio y derecho de igualdad y no discriminación respecto al adolescente que transitaba junto a Camilo Catrillanca el día en que éste murió. Cabe recordar que, inmediatamente después de sucedidos los hechos, el adolescente fue tomado detenido por el delito de receptación sin siquiera visibilizar que podía estar siendo víctima de un delito cometido por agentes del Estado, lo que devela el actuar histórico que en esta materia ha tenido el Estado en su omisión a la protección de los de los pueblos originarios, particularmente del pueblo mapuche.

La Defensoría de la Niñez ha realizado una intervención judicial en la materia, a través de la presentación de dos querrelas criminales por los delitos cometidos en contra del adolescente.⁸⁵

⁸⁵ Ver más información en el capítulo 6 de este Informe Anual.

Cantidad de niños, niñas y adolescentes en Chile por pueblo originario

Año 2017



	Mapuche	Aymara	Rapa Nui	Lican Antai	Quechua	Colla	Diaguita	Kawésqa	Yagán o Yaman	Otro	Total
Arica y Parinacota	2.266	18.571	11	209	586	74	520	9	1	1.715	23.962
Tarapacá	3.791	16.979	31	270	1.863	200	2.149	2	9	735	26.029
Antofagasta	4.144	3.281	26	7.999	2.866	230	2.297	18	12	1.584	22.457
Atacama	2.930	926	16	102	226	4.559	8.685	4	5	493	17.946
Coquimbo	6.836	1.803	55	314	227	413	7.866	20	15	948	18.497
Valparaíso	20.871	1.540	1.538	110	206	165	1.955	41	24	1.472	27.922
Metropolitana	150.386	3.253	893	168	1.169	194	1.941	124	74	8.499	166.701
O'Higgins	13.565	295	85	26	79	40	195	17	11	686	14.999
Maule	11.798	186	34	25	68	44	131	6	11	650	12.953
Ñuble	4.888	125	33	8	22	6	50	15	3	301	5.451
Biobío	43.804	371	108	28	134	22	112	34	14	1.547	46.174
La Araucanía	91.850	145	54	20	27	23	59	14	3	2.113	94.308
Los Ríos	26.916	75	25	8	15	4	21	9	7	773	27.853
Los Lagos	67.965	228	64	16	40	15	94	53	23	1.971	70.469
Aysén	9.201	55	10	5	14	3	22	24	9	263	9.606
Magallanes	10.531	47	25	3	6	5	27	277	101	233	11.255
Total	471.742	47.880	3.008	9.311	7.548	5.997	26.124	667	322	23.983	596.582

Fuente: Censo 2017, Instituto Nacional de Estadísticas

El 79% de la población infantil y adolescente indígena pertenece al pueblo mapuche, un 8% al pueblo aymara y un 4,3% al pueblo diaguita. El porcentaje restante se distribuye entre las otras seis etnias reconocidas en Chile. La población de niños, niñas y adolescentes perteneciente al pueblo mapuche se concentra en las regiones Metropolitana (31,8%), La Araucanía (19,4%) y Los Lagos (14,4%).

En paralelo a las acciones en el ámbito judicial, la Defensoría de la Niñez ha instalado su primera sede regional en La Araucanía, en atención a su determinación como región prioritaria, realizando un trabajo en terreno, coordinado e interdisciplinario, con las distintas instituciones competentes.⁸⁶

En este contexto, se ha hecho evidente la necesidad de implementar políticas que aseguren la aplicación de un enfoque de derechos respecto de los niños, niñas y adolescentes de la zona, sobre todo para los pertenecientes al pueblo mapuche. Es necesario activar la responsabilidad del Estado como garante de sus derechos, y que se visualice como forma de trabajo un modelo de enfoque de derechos sistémico y evaluable de manera permanente.

⁸⁶ Ver más información en el capítulo La instalación de la Defensoría de la Niñez de este Informe Anual.

Adicional a ello, desde el trabajo que se ha realizado en lo local a través de la sede regional, la Defensoría de la Niñez ha detectado que existen situaciones de vulneración de derechos por parte del Estado, infringiendo el principio de igualdad y no discriminación respecto a los niños, niñas y adolescentes mapuche, que tienen un cuádruple factor de vulnerabilidad: el hecho de ser niños, niñas y adolescentes; pertenecer a pueblos originarios; vivir en situación de pobreza; y además vivir en zonas rurales alejadas lo que dificulta su acceso a servicios sociales.

Los servicios públicos, en general, carecen de instrumentos de atención protocolizados con pertinencia cultural y, por ende, ello deriva en una carencia de un enfoque intercultural en el diseño e implementación de planes, políticas o programas de la región.

Además, en La Araucanía no existen protocolos de atención que reconozcan las particularidades culturales del pueblo mapuche en cuanto a lengua, costumbres u organización social, replicándose dicha ausencia en lo que respecta a la atención de niños, niñas y adolescentes mapuche.

No obstante lo anterior, la Defensoría de la Niñez destaca las buenas prácticas en el área de salud, en la que se ha avanzado en la generación e implementación de experiencias de salud intercultural mapuche, particularmente en las comunas de Nueva Imperial, Galvarino y Lumaco. Adicional a ello, se ha implementado la figura de facilitador intercultural en algunos hospitales de la red asistencial de Araucanía Norte y Sur en comunas como Carahue, Puerto Saavedra, Victoria, Temuco, Galvarino y Ercilla.

Lo anterior implica un gran avance en la atención de los niños, niñas y adolescentes, práctica que debiese ser replicada en otras áreas, en particular en el acceso a la justicia. Solo a modo de ejemplo, se releva la necesidad de un facilitador intercultural en tribunales, en particular en los Tribunales de Familia, donde su presencia serviría de herramienta técnica para los jueces y consejeros para poner superar la barrera del lenguaje y transmitir la cosmovisión que como pueblo poseen, y que afecta aspectos tan fundamentales como la crianza y socialización de niños, niñas y adolescentes.

En lo que respecta al ámbito educacional, la Defensoría de la Niñez observa desconocimiento y, en ocasiones, falta de reconocimiento de elementos culturales presentes en el territorio, los cuales condicionan la implementación y efectividad de políticas. El Decreto n° 301 del Ministerio de Educación reglamenta la calidad del educador y educadora tradicional, en los programas de Educación Intercultural Bilingüe en establecimientos educacionales con dependencia municipal, particular subvencionada y de Servicios Locales de Educación. Con su entrada en vigor, se sostiene que se deberá incorporar a este agente educativo en los instrumentos de gestión escolar correspondientes a partir del año escolar 2019. De acuerdo al decreto, el educador tradicional es la persona idónea para impartir la asignatura y/o sector de lengua indígena y la enseñanza de las lenguas y conocimientos culturales de los pueblos originarios.

Al mes de mayo de 2019, aún se formalizaba la firma de convenios para la implementación del decreto con los establecimientos educacionales, que, en concreto, no permitió la contratación oportuna de educadores tradicionales mapuche, quedando esta iniciativa sin implementación en la práctica.

Por otro lado, los programas del Ministerio de Educación y del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio no han desarrollado un plan continuo y permanente de actividades con pertinencia cultural, ni de rescate de la cultura ancestral, sino más bien sus acciones han sido realizadas de manera aislada. Algunos municipios, mediante los consejos consultivos de niños, niñas y adolescentes, han dado espacio a la participación y, en ocasiones, han realizado acciones producto de estos mismos consejos.

En otro ámbito, la Defensoría de la Niñez destaca la preocupación mostrada por Carabineros de Chile al instalar una oficina de la Dirección de Derechos Humanos en Temuco, asesorando internamente el actuar de las distintas unidades que intervienen en los procedimientos policiales (FF.EE., PACI, entre otras). Ante el desconocimiento de los mismos funcionarios en materia de derechos humanos, la Defensoría de la Niñez desplegó a su equipo territorial con el fin de realizar capacitaciones a ese respecto.

Si bien se destaca la preocupación institucional de la policía uniformada por crear conciencia de los derechos humanos en las y los funcionarios de la región, lo cierto es que se sigue observando, en el actuar policial en territorio mapuche, la falta de adaptación de sus procedimientos a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y ejercicio de la fuerza policial.

Los desalojos, allanamientos y detenciones siguen provocando en los niños, niñas y adolescentes de las comunidades mapuches sentimientos de miedo, angustia y dolor, asociados a la presencia policial. Lo anterior resulta evidentemente vulneratorio de sus derechos humanos en razón de las exigencias impuestas a los Estados de lograr el desarrollo armonioso e integral de todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el país.

Esto último ciertamente no se puede lograr en su máximo potencial en grupos como los de los niños, niñas y adolescentes mapuches que viven en contextos de permanente afectación social, cultural, agravado por contextos de persistente represión policial.

La situación vulneratoria solo se podrá corregir si efectivamente los órganos del Estado, tanto policiales como políticos, integran las recomendaciones formuladas por la Defensoría de la Niñez en la intervención debida de parte de las policías al relacionarse con niños, niñas y adolescentes de grupos particularmente vulnerables. Junto con evitar los procesos de criminalización y maltrato injustificados, se debe añadir el necesario favorecimiento del desarrollo social, cultural y económico de las comunidades indígenas, mediante la cual podrán vivir en condiciones de igualdad y no discriminación a favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que las integran.

Conociendo las afectaciones de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que viven en comunidades mapuches, y constando los intentos pasados de trabajo coordinado, la Defensoría de la Niñez instó al relanzamiento del trabajo de la Mesa de Infancia Mapuche,⁸⁷ cuyo objetivo es el levantamiento de brechas de acceso a derechos sociales por parte de los niños, niñas y adolescentes, pero que también tiene por finalidad generar las coordinaciones respectivas

con el fin de erradicar las situaciones de discriminación y violencia que sufren los niños, niñas y adolescentes mapuche, y de generar espacios de trabajo con pertinencia cultural.

Desde dicha Mesa es que se ha detectado la falta de coordinación existente entre los distintos organismos relacionados, principalmente en cuanto a la falta de traspaso de información y de capacitaciones intersectoriales.

⁸⁷ La Mesa de Infancia Mapuche actualmente está integrada por: Defensoría Penal Juvenil, Sename, INDH, Hospital Makewe, Instituto Fundación Indígena y Defensoría de la Niñez.