

INFANCIA, VULNERABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS



Informe Temático 2020



UNIVERSIDAD
DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

INFANCIA, VULNERABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Informe Temático
2020

Dirección de investigación

Liliana Galdámez Zelada
Rita Lages de Oliveira
Salvador Millaleo Hernández

Coordinadora

Valentina López Garrido

Edición General

Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile
Gustavo Namuncura Salgado

Ayudantes de investigación

Valentina Canales Guzmán
Sebastián Cepeda Valdés
Fernanda Cuevas Gallegos
Rodrigo Mallea Cardemil
Camilo Ruz Ibáñez
Francisco Urtubia Marín
Cecilia Vera Castillo
Nicole Zúñiga De La Cuadra



UNIVERSIDAD
DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS

Informe Temático 2020

Infancia, Vulnerabilidad y Derechos Humanos

Diseño y diagramación: Ágora diseño Valparaíso.

Fotografía de portada: Arpillera “Educación popular” (1982-1990), detalle.

Fondo MEMCH Los Ángeles. Colección Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Santiago de Chile.

Facultad de Derecho – Universidad de Chile

Pio Nono 1, Providencia

Santiago de Chile

Teléfono +56 229785271

www.derecho.uchile.cl/cdh

ISSN: 0719-8299

Diciembre de 2020

Equipo de trabajo del Informe Temático 2020

Dirección de investigación

Liliana Galdámez Zelada

Rita Lages de Oliveira

Salvador Millaleo Hernández

Coordinadora

Valentina López Garrido

Edición general

Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile

Gustavo Namuncura Salgado

Ayudantes de investigación

Valentina Canales Guzmán

Sebastián Cepeda Valdés

Fernanda Cuevas Gallegos

Rodrigo Mallea Cardemil

Camilo Ruz Ibáñez

Francisco Urtubia Marín

Cecilia Vera Castillo

Nicole Zúñiga De La Cuadra



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional

Contenidos

Presentación	9
Abreviaturas	10
Introducción: sobre un nuevo concepto de vulnerabilidad en la teoría y práctica de los derechos humanos	13
Ontología y Contextualidad de la Vulnerabilidad	15
Fineman sobre la Vulnerabilidad	18
La incorporación del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	21
La incorporación del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Europeo de Derechos Humanos	23
Referencias	26
Capítulo I. Los peligros del discurso de la protección en la historia del tratamiento de la infancia vulnerable en el Chile republicano	29
Introducción	29
Infancia desvalida (1850 - 1928): tiempos de caridad privada y convivencia de los niños con el mundo de los adultos	32
“Menores en situación irregular” (1928-1990): los peligros de los primeros discursos de derechos	43
Infancia en riesgo social (1990 en adelante): la llegada del modelo de protección integral de derechos tras la Convención de los Derechos del Niño	52
El enfoque de vulnerabilidad en perspectiva histórica: para qué identificar los riesgos	57
Referencias	62
Capítulo II. Infancia vulnerada en Chile: estudio del sistema residencial SENAME y políticas públicas	66
Niñas, niños y adolescentes en Chile	66
El Servicio Nacional de Menores y su población	73

La crisis del SENAME: principales informes	75
1. Informe de la Cámara de Diputados respecto del Informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (2014)	76
2. Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas formuladas en Informe anterior (2016)	79
3. Informe de la Contraloría General de la República N°981-2015. Auditoría realizada a los Centros colaboradores del SENAME (2015)	82
4. Informe Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre la Misión de Observación SENAME (2017)	83
5. Informe del Observatorio Nacional de Derechos de la Niñez sobre Situación de NNA en Chile 2017	87
La respuesta institucional: políticas públicas e infancia vulnerable	90
A. Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025	93
B. Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia (2018-2025)	100
C. Acuerdo Nacional por la Infancia (2018)	104
Proyectos de Ley	106
Estado de otros proyectos de ley vinculados a la protección de la niñez y adolescencia en Chile	111
Referencias	112
Capítulo III. Estándares internacionales de derechos humanos sobre infancia en situación de vulnerabilidad	114
I. Estándares internacionales de derechos humanos en materia de infancia	114
II. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección de la infancia	123
II. 1. Interés superior del Niño y autonomía progresiva	126
II. 2. Garantías judiciales, derecho a ser oído y procedimiento equitativo	127

II. 3. Derecho a la integridad personal	130
II. 4. Derecho a la libertad personal	131
II. 5. Derecho a vivir en familia y adopción	132
II. 6. Derechos sociales: salud, educación, seguridad social	134
II. 7. Derecho a la identidad, nombre y nacionalidad	135
II. 8. Situaciones particulares de NNA	137
II. 9. Medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	140
Referencias	143
Capítulo IV. La niñez migrante en Chile	148
Estándares internacionales	148
Comité de los Derechos del Niño	148
Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	151
Observaciones generales conjuntas CRC y CMW	155
Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NNA migrantes en Chile	164
Institucionalización de NNA migrantes	173
Jurisprudencia nacional de relevancia	175
Referencias	185
Conclusiones	190

Índice de tablas y gráficos

Tabla 1 - Tipos de Vulnerabilidad	18
Tabla 2 - Estado de salud en que son recibidos niños y niñas abandonados (as) en la Casa de Huérfanos de Santiago (1886-1909)	34
Tabla 3 - Cifras de mortalidad infantil en Chile y Santiago por cada 1000 niñas y niños nacidos vivos (1850-1900)	39
Tabla 4 - Tasa de mortalidad infantil en Chile y Santiago por cada 1000 niñas y niños nacidos vivos (1850-1900)	40
Tabla 5 - Fundamentación del discernimiento de jóvenes infractores de ley en sentencias judiciales de Tribunales de Menores (1971)	47
Tabla 6 - NNA atendidos por sistema asistencial público y privado (1980)	54
Tabla 7 - Población SENAME	75
Tabla 8 - Proyectos de ley enviados al Congreso en materia de infancia y adolescencia	110
Tabla 9 - Casos contenciosos de la Corte IDH sobre NNA	124
Tabla 10 - Estadísticas de NNA migrantes en área de protección de derechos SENAME 2010-2019	174
Gráfico 1 - Casos de vulnerabilidad y niñez de la Corte IDH	124
Gráfico 2 - Medidas de reparación Corte IDH	142

Presentación

Este trabajo concreta el esfuerzo de investigación de un equipo de ayudantes del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile dirigido por investigadores e investigadoras del mismo Centro. Esta iniciativa busca desarrollar destrezas en el ámbito de la investigación de jóvenes estudiantes y abogados/as de la Universidad de Chile motivados por su preocupación sobre la situación de niños, niñas y adolescentes en nuestro país. Celebramos esta iniciativa y animamos a todos a leer este estudio construido a partir de la recopilación y análisis de información relevante.

El estudio que presentamos se relaciona con la constante y permanente preocupación sobre la situación de vulnerabilidad y abandono en que se encuentran los NNA, particularmente los que presentan una situación de interseccionalidad como ocurre con la niñez migrante, y los NNA bajo custodia y protección del Estado. La investigación se desarrolló entre los años 2018-2019 y por esta razón no hemos incluido los últimos acontecimientos derivados de la pandemia por Covid 19 ni los preocupantes hechos ocurridos a partir del 18 de octubre de 2019, información que reservaremos para un próximo informe.

Felicitaciones a los y las Ayudantes de investigación, Valentina Canales Guzmán, Sebastián Cepeda Valdés, Fernanda Cuevas Gallegos, Rodrigo Mallea Cardemil, Camilo Ruz Ibáñez, Francisco Urtubia Marín, Cecilia Vera Castillo, al colaborador en la edición general, Gustavo Namuncura Salgado y a la coordinadora Valentina López Garrido por este esfuerzo colectivo que enorgullece al Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Abreviaturas

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CIBDP	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPDTMF	Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
CMW	Comité de la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
CREAD	Centro de Reparación Especializada de Administración Directa de Sename
Corte EDH	Corte Europea de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPR	Constitución Política de la República de Chile
CRC	Comité de los Derechos del Niño
DEM	Departamento de Extranjería y Migración
DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos

NNA	Niñas, niños y adolescentes
OC	Opinión Consultiva
OCAS	Organismos Colaboradores Acreditados de Sename
OEA	Organizaciones de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos
SENAME	Servicio Nacional de Menores
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Introducción: sobre un nuevo concepto de vulnerabilidad en la teoría y práctica de los derechos humanos*

El enfoque de la vulnerabilidad, desarrollado jurisprudencialmente para nuestra región por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se constituye como un nuevo marco a partir del cual los Estados adquieren deberes reforzados de protección cuando se encuentran frente a personas o grupos vulnerables. En el caso de los niños, niñas y adolescentes tal vulnerabilidad, les pertenece por su propia naturaleza, porque su situación vital les expone a mayores riesgos. Dicho esto, algunos NNA son especialmente vulnerables por otras situaciones concretas que les afectan. Así ocurre con aquellos que están en situación de abandono, cuya protección se confía a instituciones como el SENAME, o los NNA cuyos padres son trabajadores/as indocumentados/as, pertenecientes a pueblos indígenas, o pobres.

Quizá lo más reseñable de esta perspectiva sea lo que se refiere a los deberes de actuación que pesan sobre los Estados. Los antecedentes que arroja este informe temático ponen de manifiesto un enfoque desarrollado por el Estado que históricamente ha optado por entender que tal deber se concreta cuando los NNA son puestos bajo la custodia de instituciones u organizaciones que se encargan de su protección. Sin embargo, el deber de protección a que se refiere la Corte IDH exige acciones positivas en diversos sentidos: se trata de una respuesta compleja que, en el fondo, hace visibles a los NNA, ya no sólo como sujetos de derecho, sino que también obliga a los Estados a asegurar y garantizar esos derechos de manera efectiva. Por esto, los diversos aspectos teóricos propuestos por este enfoque son presentados, en lo sucesivo, pensando en el tratamiento que NNA deben recibir conforme a Derecho, lo que a su vez nos permitirá valorar las innumerables tareas pendientes del Estado chileno en esta materia.

El concepto de *vulnerabilidad* ha estado sujeto a una serie de transformaciones en los últimos años. Esta noción se ha convertido en una de las palabras favoritas del lenguaje de la política¹ y de las políticas públicas, lo

* Sección redactada por Liliana Galdámez Zelada, Rita Lages de Oliveira y Salvador Millaleo Hernández.

1 Estelle Ferrarese, «The Vulnerable and the Political: On the Seeming Impossibility of Thinking Vulnerability and the Political Together and Its Consequences», *Critical Horizons* 17(2) (2016): 224-239, doi: 10.1080/14409917.2016.1153892.

que ha impactado sobre las construcciones normativas que han sido promovidas por dichas políticas.

Sin embargo, dichas políticas y construcciones normativas han adolecido de una profunda ambivalencia, pues la noción de vulnerabilidad ha fundado tanto respuestas progresivas como conservadoras, en relación a la protección de los derechos humanos.

Las visiones progresivas de la vulnerabilidad se han centrado en la responsabilidad social hacia los otros, en cuanto se esfuerzan por revitalizar las obligaciones estatales que promueven la seguridad y los derechos humanos. En estas visiones se enfatiza que los seres humanos estamos vinculados de una manera ontológica por el hecho de que, en tanto seres corporales, enfrentamos siempre el riesgo de sufrir lesiones físicas y daños. Esta predisposición a la vulnerabilidad genera una precariedad, que puede crear una responsabilidad individual e institucional respecto de los otros, considerando que las circunstancias de vulnerabilidad de las otras personas son también, en parte, nuestras. Como explica Judith Butler, esto implica que “cada uno de nosotros está constituido políticamente en parte en virtud de la vulnerabilidad social de nuestros cuerpos, como un lugar de deseo y vulnerabilidad física”². La vulnerabilidad supera las lesiones corporales o las relaciones interpersonales, extendiéndose a situaciones materiales de riesgo económico y exposición institucional.

Por otra parte, el lenguaje político de visiones conservadoras e incluso antidemocráticas ha incorporado la noción de vulnerabilidad o, mejor dicho, reformulado dicha noción desde el paternalismo hacia una visión donde impera una consideración de los riesgos de la vida como atributos de personas y grupos que amenazan la convivencia de la sociedad, las cuales justificarían la prevención estigmatizante y la vigilancia sobre dichos riesgos y sobre los grupos que son portadores de ellos.

Esta ambivalencia de la noción de vulnerabilidad surge de la misma ambivalencia en los modos de reconocimiento intersubjetivo en la sociedad, donde la solidaridad que surge de compartir necesidades y deseos se ve enfrentada con la posibilidad de que ese reconocimiento sea objeto de abuso³.

2 Judith Butler, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence* (London: Verso, 2004), 20.

3 Katie Oliviero, *Vulnerability Politics, The Uses and Abuses of Precarity in Political Debate* (New York: New York University Press, 2018), 14.

En este informe, procuraremos desarrollar un concepto progresivo de vulnerabilidad que se ancla en los desarrollos de la filosofía legal de Martha Fineman y en sus aplicaciones implementadas en las decisiones de las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos.

Ontología y Contextualidad de la Vulnerabilidad

De acuerdo a la visión de Fineman, la vulnerabilidad es –y debe entenderse como– una condición universal y constante, inherente a la condición humana.

El concepto de vulnerabilidad se deriva de la palabra latina *vulnus* (herida) y se refiere a la inherente capacidad de sufrir del cuerpo humano. Ser humano significa tener la condición de ser vulnerable, es decir, ser frágil, susceptible de sufrir heridas y sufrir. Esta susceptibilidad de ser herido y sufrir es una condición ontológica de nuestra humanidad, en cuanto es común a todos. La vulnerabilidad es constitutiva, primordial y común para los seres humanos⁴.

Ahora bien, la vulnerabilidad no es una condición abstracta, permanente, sino que se realiza en virtud de una determinada configuración de poder. Ser vulnerable significa “estar a merced de otro”, en el vértice débil de una relación de poder⁵. La consecuencia moral y política de la vulnerabilidad es siempre que los sujetos vulnerables requieren un especial cuidado, protección o mitigación por parte de la comunidad y de las instituciones estatales⁶.

En la filosofía política, Brian Turner ha sostenido que la vulnerabilidad surge a partir de la necesaria corporalidad de los seres humanos, quienes tenemos “una propensión orgánica a la mortalidad y enfermedad, que la muerte y el morir son ineludibles, y que los cuerpos envejecidos están sujetos a deterioro y discapacidad”⁷. Por su parte, los filósofos Alasdair MacIntyre⁸ y Martha Nussbaum⁹ llaman la atención sobre la animalidad de la condición humana, la cual determina

4 Estelle Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», *Brill Research Perspectives in Critical Theory* 1(2) (2016), 1–88: 28, doi:10.1163/24519529-12340002.

5 Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 1.

6 Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 25.

7 Brian Turner, *Vulnerability and Human Rights* (Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2016), 29.

8 Alasdair MacIntyre, *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues* (Chicago: Open Court, 1999).

9 Martha Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006).

que nuestros cuerpos son cuerpos animales, los cuales son susceptibles de aflicción, dolor y lesiones, pero que también dependen de la interacción social con los semejantes, de la socialidad inherente de la vida humana, en un tema que bien podemos remontar hasta Hobbes o Aristóteles. Debido a que somos seres corporales vulnerables a las acciones de los demás y a las lesiones en general en mayor o menor medida, dependemos del cuidado y apoyo de otros sujetos, en diversos grados, durante prolongados periodos de la vida. Para Nussbaum, la dignidad humana es una dignidad animal, correspondiente a un ser “necesitado en peligro”, cuyas capacidades racionales se desarrollan y cambian a lo largo del curso de la vida¹⁰.

En el feminismo, la noción de vulnerabilidad ha recibido atención como parte de la crítica al patriarcado, en cuanto dicha forma de dominación se basa en el control sobre los cuerpos de las mujeres, que quedan a merced de golpes, violaciones y embarazos impuestos, en la medida que el patriarcado implica garantizar el acceso ilimitado a los cuerpos de las mujeres, ya sea que ello esté regulado a través de un contrato matrimonial o por la violencia infligida con impunidad¹¹.

Goodin¹² ha destacado el carácter fundamentalmente social o relacional de la vulnerabilidad, pero en lugar de entenderla como ontológica, se enfoca en la susceptibilidad contingente de personas o grupos particulares a tipos específicos de daño o amenaza por parte de otros. Para Goodin, se es vulnerable a agentes particulares con respecto a tipos particulares de amenazas a sus intereses¹³, de manera que las personas son potencialmente vulnerables en cuanto a su falta de protección frente a esas amenazas o a su capacidad reducida para protegerse.

Las personas vulnerables son aquellas con capacidad, poder o control reducidos para proteger sus intereses en relación con otros agentes. Las desigualdades de poder, dependencia, capacidad o necesidad hacen que

10 Nussbaum, *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*, 278.

11 Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 3.

12 Robert Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities* (Chicago: University of Chicago Press, 1986).

13 Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, 112.

algunos agentes sean vulnerables al daño o la explotación por otros¹⁴. Goodin propone una idea de responsabilidad colectiva que ocurre en el caso de que un ser humano sea vulnerable a las acciones de un grupo; surgiendo en ese caso una responsabilidad del grupo para organizar e implementar un patrón de acción coordinado de tal modo que los intereses de dicho ser humano estén protegidos por el grupo¹⁵.

Para Mackenzie, Rogers y Dodds¹⁶, se puede entender mejor el concepto de vulnerabilidad mediante una taxonomía:

- a) Vulnerabilidad inherente: se refiere a las fuentes de vulnerabilidad que son intrínsecas a la condición humana, las cuales surgen de nuestra corporalidad, necesidad, dependencia de los demás y nuestra naturaleza afectiva y social. Los humanos son inherentemente vulnerables al hambre, sed, privación del sueño, daño físico, hostilidad emocional, aislamiento social, etc. Algunas de estas vulnerabilidades son constantes, mientras otras varían según una variedad de factores, como la edad, el sexo, el estado de salud y la discapacidad. La vulnerabilidad inherente también varía según la capacidad de resiliencia y la capacidad de una persona para hacerle frente.
- b) Vulnerabilidad situacional: es aquella vulnerabilidad específica del contexto. Dicha vulnerabilidad puede ser causada o exacerbada por situaciones personales, sociales, políticas, económicas o ambientales de individuos o grupos sociales. Puede ser una situación de corto plazo, intermitente o duradera.
- c) Vulnerabilidad patológica: aquella que tiene por característica la forma profunda en que socava la autonomía o exagera la sensación de impotencia generada por la vulnerabilidad en general. Puede ser generada por una variedad de fuentes, incluidas las relaciones interpersonales y sociales moralmente disfuncionales o abusivas y la opresión o injusticia sociopolítica. También puede surgir cuando una respuesta destinada a mejorar la vulnerabilidad tiene el efecto paradójico de exacerbar las vulnerabilidades existentes o generar

14 Catriona Mackenzie, Wendy Rogers y Susan Dodds, «Introduction: what is vulnerability and why does it matter for moral theory?», *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*, ed. por Catriona Mackenzie, Wendy Rogers, Susan Dodds (New York: Oxford University Press, 2014), 1-29: 6.

15 Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, 136.

16 Mackenzie, Rogers y Dodds, «Introduction: what is vulnerability and why does it matter for moral theory? », 7-9.

otras nuevas.

d) Vulnerabilidad ocurrente: aquella que ocurre actualmente.

e) Vulnerabilidad disposicional: aquella que tiene la posibilidad de ocurrir.

Tabla 1 - Tipos de Vulnerabilidad

	Disposicional	Ocurrente
Inherente	1	2
Situacional	3	4
Patológica	5	6

Fuente: elaboración propia.

Fineman sobre la Vulnerabilidad

Martha Albertson Fineman ha desarrollado una teoría de la vulnerabilidad, que ha surgido como una nueva herramienta crítica respecto a la noción liberal de igualdad formal, proponiendo un marco alternativo para comprender de manera substantiva la igualdad en la filosofía política y moral. Esta teoría ha ganado rápidamente una gran aceptación en la academia legal¹⁷. Con ello, Fineman proporciona una nueva base para definir el papel del Estado y una justificación para las políticas expansivas de bienestar social, en cuanto el Estado tiene la obligación de reducir, mejorar y compensar la vulnerabilidad.

El enfoque de vulnerabilidad se propone como una alternativa al análisis tradicional del modelo liberal sobre la igualdad de protección¹⁸. La igualdad en el modelo liberal requiere de la igualdad de trato por el Estado, implicando un mandato formal contra la discriminación. La igualdad, así reducida a la igualdad de trato o prohibición de la discriminación, ha demostrado ser una herramienta inadecuada para resistir o alterar las formas persistentes de subordinación, ya que no protege a los sujetos contra el poder de otros individuos en el mercado o la familia, ni tampoco brinda protección contra la discriminación en base a condiciones que suelen no recibir un mayor escrutinio judicial, como la situación

17 Nina A. Kohn, «Vulnerability Theory and the Role of Government», *Yale Journal of Law & Feminism* 26(1) (2014), 3.

18 Martha Albertson Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», en *Yale Journal of Law and Feminism* 20(1) (2008), 1.

de discapacidad o la orientación sexual.

La concepción liberal de la igualdad formal no altera los acuerdos institucionales existentes que privilegian a algunos y perjudican a otros, e incluso puede servir para validarlos. Para esta concepción, el Estado no es responsable, a menos que se perciba cierta distorsión introducida por un sesgo inadmisibles, pero no interfiriendo en las situaciones duraderas o estructurales de discriminación.

La visión liberal de la vulnerabilidad se centra en los individuos y en las acciones individuales, identificando a las víctimas y los perpetradores individuales de la discriminación, definiendo cuáles acciones estaban prohibidas en cada suceso. Al basarse en el mito del individuo autónomo, el modelo formal de igualdad no aborda las desigualdades sustantivas y las asignaciones diferenciales de privilegios producidas por las instituciones sociales¹⁹.

Fineman cuestiona esa visión liberal y propone la visión del “sujeto vulnerable” para reemplazar al sujeto autónomo e independiente afirmado en la tradición liberal. Este sujeto está formado socialmente, a partir de su vulnerabilidad:

“Nuestra vulnerabilidad y la necesidad de conexión y cuidado que genera son lo que nos hace llegar a y formar una sociedad. Es el reconocimiento y la experiencia de la vulnerabilidad humana lo que lleva a los individuos a las familias, las familias a las comunidades y las comunidades a las sociedades, las naciones, los estados y las organizaciones internacionales.”²⁰

La vulnerabilidad se deriva de nuestra corporalidad, que conlleva la posibilidad siempre presente de daños, lesiones y desgracias, desde eventos levemente adversos hasta eventos catastróficos o devastadores, ya sean accidentales, intencionales o de otro tipo. Se puede intentar disminuir el riesgo o mitigar el impacto de tales eventos, pero no se puede eliminar completamente su posibilidad, pues muchos eventos están, en última instancia, más allá del control humano²¹.

19 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 19.

20 Martha Albertson Fineman, «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law & Politics», *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, ed. por Martha Albertson Fineman y Anna Grear (Farnham: Ashgate Pub., 2013), 22.

21 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 9.

Aunque la vulnerabilidad sea universal, cada uno de nosotros la experimenta de manera única y esta experiencia está influenciada por la calidad y cantidad de recursos que poseemos o podemos dominar²². La realidad humana abarca una amplia gama de desafíos diferentes e interdependientes a lo largo de la vida y de habilidades para enfrentarlos. En definitiva, la vulnerabilidad reconoce que las personas están ancladas a sus vidas por la dependencia y la existencia o falta de capacidad frente a ella²³. La teoría de la vulnerabilidad, por lo tanto, reconoce al sujeto político-legal como dinámico en lugar de estático, materialmente frágil y socialmente interdependiente²⁴.

El Estado tiene un rol contributivo y activo en las diversas construcciones de la vulnerabilidad. Las instituciones facilitadas por el Estado que han crecido en torno a la vulnerabilidad están interrelacionadas y se superponen, lo que crea la posibilidad de oportunidades y apoyo en diversos niveles o capas para las personas, pero también contiene vacíos y dificultades potenciales. Para Fineman, si la preservación y la implementación de los valores públicos son responsabilidad estatal, esta debería extenderse para garantizar que, en la medida de lo posible, los bienes públicos se distribuyan también de acuerdo con esos valores²⁵. El Estado debe prestar igual atención a la vulnerabilidad compartida por determinados conjuntos de individuos, en sus diversas configuraciones. El Estado tiene entonces la obligación de reconocer y responder a las fuerzas sistémicas que perpetúan las vulnerabilidades: por ejemplo, sistemas educativos débiles, estructuras de empleo con perspectiva de género, degradación ambiental, etc.

De acuerdo a Ferrarese, la vulnerabilidad siempre estará condicionada normativamente por las instituciones, en la sociedad y el Estado, en cuanto: "(1) al instituir condiciones de interacción, las expectativas normativas instituyen y mantienen al individuo en lo social; (2) determinan el estado del individuo como sujeto, en particular como sujeto moral y político; y (3) instituyen aquello a lo que el individuo está expuesto. En otros términos, la vulnerabilidad es la condición de la posibilidad del sujeto, porque capturar a un sujeto en expectativas

22 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 10.

23 Fineman, «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition», 12.

24 Deborah Dinner, «Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman», *Emory Law Journal* 67(6) (2018), 1151.

25 Dinner, «Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman», 8.

simultáneamente significa exponerlo a la posibilidad de ser decepcionado.”²⁶.

Esto es lo que crea la responsabilidad moral y política del Estado y la sociedad frente a la vulnerabilidad.

La incorporación del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La presencia del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIDH) no es nueva y ha ido de la mano, históricamente, de la construcción de un catálogo de derechos humanos reconocidos y sus respectivas obligaciones de promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos de ciertos grupos sociales, a saber, personas indígenas y afrodescendientes, mujeres, niños, niñas y adolescentes (NNA) y migrantes. En común, para la Comisión y Corte interamericanas de derechos humanos (CIDH y Corte IDH), estos grupos están expuestos a una mayor vulneración de sus derechos, sea porque es más probable que puedan ser víctimas de actos discriminatorios o de violencia por parte del Estado o de particulares en cuanto a la titularidad, acceso y ejercicio de sus derechos, sea porque presentan mayor dificultad para defenderse de tales vulneraciones.

Para el SIDH la vulnerabilidad es un concepto a considerar por los Estados a la hora de idear e implementar sus políticas públicas. En este sentido, se entiende que la Convención de Belém do Pará establezca, en su artículo 9, que los Estados parte deben tomar especial cuenta de la situación de vulnerabilidad de las mujeres para la adopción de políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Dicha disposición recoge una idea expresada reiteradamente por ambos órganos de protección y promoción del SIDH: la existencia de personas y grupos especialmente vulnerables, es decir, “el sujeto (...) afectado por fragilidad superior a la fragilidad promedio de otros sujetos en el seno del mismo Estado y esta fragilidad provoca un grado mayor de exposición a la violación convencional”²⁷,

26 Ferrarese, «Vulnerability and Critical Theory», 63.

27 Rosmerlin Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología», *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, coord. por Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014), 210.

impone a los Estados partes de la CADH un deber reforzado de protección que requiere que aquellos adopten medidas positivas concretas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, y orientadas a garantizar su pleno ejercicio²⁸.

Por otro lado, el grado de vulnerabilidad del sujeto de derechos será mayor en las situaciones de “discriminación múltiple”. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha identificado a los NNA, por lo general más expuestos a contextos de pobreza, y en particular a las niñas indígenas²⁹, menores migrantes apátridas³⁰, en situación de discapacidad³¹ o separados de sus padres o familiares en el contexto de conflictos armados³² como sujetos especialmente vulnerables. La razón que explica ese mayor grado de vulnerabilidad, y para utilizar la tipología propuesta por Estupiñan-Silva, es que los NNA están expuestos simultáneamente a una fragilidad física, social y jurídica³³.

Finalmente, la incorporación del concepto de vulnerabilidad en el SIDH, ya sea por vía de la Comisión o de la Corte IDH, y el consecuente reconocimiento de una protección reforzada de derechos para ciertas personas o grupos sociales más expuestos a la amenaza de sus derechos, ha llevado a la determinación de un más elevado grado de exigencia de las obligaciones jurídicas de los Estados y de los estándares de protección mediante políticas públicas también diseñadas en términos de resiliencia, es decir, orientadas a evitar vulnerabilidades futuras y/o de mejorar la capacidad de adaptación de estas personas que presentan un mayor grado de sensibilidad frente a la amenaza de vulneración de sus derechos³⁴.

28 Corte IDH, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 127, párr. 201.

29 Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C 225, párr. 201.

30 Corte IDH, caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C 130, párr. 110.

31 Corte IDH, caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 246, párr. 201.

32 Corte IDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C 232, párr. 86.

33 Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana...», 211 ss.

34 Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana...», 222 ss.

La incorporación del concepto de vulnerabilidad en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos (SEDH), pese a que no ha definido la noción de vulnerabilidad³⁵, la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH) ha reiterado que los artículos 1º y 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) requieren la “protección efectiva de los niños y otras personas vulnerables en particular”³⁶, sosteniendo que diferentes instrumentos internacionales enfatizan, por ejemplo, la vulnerabilidad particular de las víctimas de violencia doméstica y la necesidad de los Estados de participar activamente en la protección de estas personas³⁷, o incluso determinar que los solicitantes de asilo pertenecen a un grupo particularmente vulnerable y en desventaja, haciéndose merecedores de ‘protección especial’³⁸.

En la comprensión del sistema europeo, algunas personas son más vulnerables que otras a las amenazas estándar o comunes, ya sea por sus características personales o por sus actividades, o bien –y sobre todo– por su pertenencia a ciertos grupos y, por ello, deberán proporcionarse derechos especiales para proteger su vulnerabilidad especial a estas amenazas³⁹.

La Corte EDH ha entendido la vulnerabilidad, a menudo, como una situación⁴⁰, una calidad⁴¹, un estatus⁴², referidos a una o más personas, desde puntos de vista objetivos y subjetivos que pueden coexistir en el mismo juicio o ser indiferenciados⁴³. Por otra parte, la Corte EDH ha construido la noción de

35 C line Ruet, «La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 26(102) (2015), 1.

36 Corte EDH, caso *Dordevic c. Croacia*, sentencia de 24 de julio de 2012. Petición N  41526/10, párr. 138.

37 Corte EDH, caso *E.M. c. Rumania*, sentencia de 30 de octubre de 2012. Petición N  43994/05, párr. 58.

38 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sentencia de 21 de enero de 2015. Petición N  30696/09, párr. 251.

39 Samantha Besson, «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme, l'exemple de la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, dir. por Laurence Burgorgue-Larsen (Paris: Pedone, 2014), 64.

40 Corte EDH, caso *Renolde c. Francia*, sentencia de 16 de octubre de 2008. Petición N  5608/05, párr. 83.

41 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 232.

42 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 251; Corte EDH, caso *Mugenzi c. Francia*, sentencia de 10 de julio de 2014. Petición N  52701/09, párr. 52.

43 Corte EDH, caso *B. c. Rumania*, sentencia de 19 de febrero de 2013. Petición N  1205/03, párr. 86.

vulnerabilidad a partir de la cierta evolución de los derechos humanos, desde el *hard law* reflejado en el cuerpo de convenciones, pero también en el *soft law* de las recomendaciones, resoluciones, declaraciones, informes, etc., tanto a nivel europeo como internacional.

La Corte EDH determina la aplicación de la noción de vulnerabilidad, en el marco de los principios o su aplicación, siempre a partir de la existencia de un grupo, al cual se refiere con diversos conceptos: personas vulnerables⁴⁴, categoría⁴⁵, grupo de la sociedad⁴⁶ o grupo de la población⁴⁷, minoría⁴⁸. Cuando no se refiere expresamente a un grupo de personas, dicha Corte hace referencia a una cualidad que relaciona a un individuo con otros sujetos. De allí que la vulnerabilidad se refiera, en primer lugar, a características comunes de las personas o situaciones experimentadas por las personas, consideradas en su relación con la sociedad, de integración o exclusión, y en general de acuerdo con una dimensión histórica. En segundo lugar, la vulnerabilidad se refiere directamente a ciertos grupos determinados.

Ciertos tipos de grupos han sido reconocidos como vulnerables en el curso de la jurisprudencia de este tribunal europeo: minorías cuya historia es un elemento esencial para explicar su exclusión (los romaníes), categorías de personas cuyo tratamiento legal debe entenderse en su dimensión histórica (discapacitados mentales), personas caracterizadas por una situación de errancia que tiene origen en otro Estado (solicitantes de asilo, personas desplazadas).

La Corte EDH, a partir de la determinación de la vulnerabilidad, ha construido deberes de protección especial. Esta protección viene a realizar el principio de igualdad –antes que negarlo– mediante la preocupación por su protección efectiva, unida a un enfoque de la igualdad referida al tratamiento específico de ciertos grupos y categorías de personas. La jurisprudencia de la Corte EDH hace uso de la vulnerabilidad tanto para ampliar el alcance de ciertos

44 Corte EDH, caso *Stanev c. Bulgaria*, sentencia de 21 de enero de 2015. Petición N° 36760/06, párr. 120.

45 Corte EDH, caso *Pretty c. Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002. Petición N° 2346/02, párr. 74.

46 Corte EDH, caso *Pretty c. Reino Unido*, párr. 42.

47 Corte EDH, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, párr. 251

48 Corte EDH, caso *Milanovic c. Serbia*, sentencia de 14 de diciembre de 2010. Petición N° 44614/07, párr. 89.

derechos como para desarrollar nuevos tipos de obligaciones⁴⁹.

Besson distingue, en cuanto a las consecuencias de la incorporación de la vulnerabilidad por la Corte EDH, funciones materiales y procedimentales⁵⁰:

a) Función material:

- a. la vulnerabilidad es una base dinámica para identificar la lista no exhaustiva de grupos que deben protegerse contra la discriminación, pero también como una base para identificar grupos que probablemente sean vulnerables a la discriminación, estar sujetos a discriminación indirecta y como base para adoptar medidas especiales para la protección de las personas discriminadas.
- b. la vulnerabilidad es fuente de obligaciones positivas de protección y prevención en el contexto del derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud, el derecho a la libertad y la seguridad, el derecho a un juez, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, la libertad de asociación y reunión y el derecho a la propiedad.
- c. la vulnerabilidad sirve como umbral para determinar la severidad de los tratos inhumanos y degradantes y de la tortura.

a) Función Procedimental:

- a. la vulnerabilidad es un facilitador de la admisibilidad de solicitudes individuales ante el Tribunal
- b. es una base para extender el poder o competencia de la Corte
- c. es un desencadenante para revertir la carga de la prueba ante la Corte.

Algunos de los criterios de la Corte EDH han sido igualmente aplicados por la Corte IDH que, para efectos de nuestra región, ha debido lidiar con problemas especialmente graves derivados de la condición de pobreza, abandono y donde se suman a las anteriores, otras vulnerabilidades, como ya se señaló. Estas sumatorias de riesgos es lo que obliga a una actuación consistente y sistemática por parte del Estado para proteger a los NNA, especialmente cuando es el ordenamiento jurídico el que introduce condiciones que limitan en la práctica los derechos humanos y fundamentales, como ocurre por ejemplo, con los NNA hijos de madres y padres trabajadores indocumentados.

49 Besson, «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme...», 73.

50 Besson, «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme...», 73.

La vulnerabilidad así entendida será analizada a lo largo de este informe temático, buscando evidenciar las múltiples e incansables tareas que pesan sobre el Estado en esta materia y que ha sido puesta en evidencia por diversos informes de órganos de tratado, por la jurisprudencia y por diagnósticos elaborados por diversos organismos.

Referencias

BESSON, Samantha. «La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme, l'exemple de la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, dir. por Laurence Burgogues-Larsen. Paris: Pedone, 2014.

BUTLER, Judith. *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*. London: Verso, 2004.

DINNER, Deborah. «Vulnerability as a Category of Historical Analysis: Initial Thoughts in Tribute to Martha Albertson Fineman». *Emory Law Journal* 67(6) (2018): 1149-1163.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología». *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, coord. por Laurence Burgogues-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014): 193-231.

FERRARESE, Estelle. «The Vulnerable and the Political: On the Seeming Impossibility of Thinking Vulnerability and the Political Together and Its Consequences». *Critical Horizons* 17(2) (2016): 224-239. doi: 10.1080/14409917.2016.1153892.

FERRARESE, Estelle. «Vulnerability and Critical Theory». *Brill Research Perspectives in Critical Theory* 1(2) (2016): 1–88. doi:10.1163/24519529-12340002.

FINEMAN, Martha. «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition». *Yale Journal of Law and Feminism* 20(1) (2008): 1-23.

FINEMAN, Martha. «Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law & Politics». *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and*

Politics, editado por Martha Albertson Fineman y Anna Grear (Farnham: Ashgate Pub., 2013).

GOODIN, Robert. *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

KOHN, Nina A. (2014). «Vulnerability Theory and the Role of Government». *Yale Journal of Law & Feminism* 26(1) (2014): 1-27.

MACINTYRE, Alasdair. *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Chicago: Open Court, 1999.

MACKENZIE, Catriona, Wendy Rogers y Susan Dodds. «Introduction: what is vulnerability and why does it matter for moral theory?». *Vulnerability: new essays in ethics and feminist philosophy*, editado por Catriona Mackenzie, Wendy Rogers, Susan Dodds, 1-29. New York: Oxford University Press, 2014.

NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

OLIVIERO, Katie. *Vulnerability Politics, The Uses and Abuses of Precarity in Political Debate*. New York: New York University Press, 2018.

RUET, Cèline. «La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 26(102) (2015): 317-340.

TURNER, Brian. *Vulnerability and Human Rights*. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2016.

Jurisprudencia

Corte Europea de Derechos Humanos, caso B. c. Rumania. Sentencia del 19 de febrero de 2013. Petición N° 1205/03.

_____, caso Dordevic c. Croacia, sentencia de 24 de julio de 2012. Petición N° 41526/10.

_____, caso E.M. c. Rumania, sentencia de 30 de octubre de 2012. Petición N° 43994/05.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, caso *B. c. Rumania*. Sentencia del 19 de febrero de 2013. Petición N° 1205/03.

_____, caso *Dordevic c. Croacia*, sentencia de 24 de julio de 2012. Petición N° 41526/10.

_____, caso *E.M. c. Rumania*, sentencia de 30 de octubre de 2012. Petición N° 43994/05.

_____, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, sentencia de 21 de enero de 2015. Petición N° 30696/09.

_____, caso *Milanovic c. Serbia*, sentencia de 14 de diciembre de 2010. Petición N° 44614/07.

_____, caso *Mugenzi c. Francia*. Sentencia del 10 de julio de 2014. Petición N° 52701/09.

_____, caso *Pretty c. Reino Unido*. Sentencia del 29 de abril de 2002. Petición N° 2346/02.

_____, caso *Renolde c. Francia*. Sentencia del 16 de octubre de 2008. Petición N° 5608/05.

_____, caso *Stanev c. Bulgaria*. Sentencia del 21 de enero de 2015. Petición N° 36760/06.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso *Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 127.

_____, caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre del 2005. Serie C 130.

_____, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C 225.

_____, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas). Serie C 232.

_____, caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C 246.

Capítulo I. Los peligros del discurso de la protección en la historia del tratamiento de la infancia vulnerable en el Chile republicano*

Introducción

“Creen que la solución es el Sename, y el Sename es una mierda. Yo mando a los magistrados a la mierda, ellos no entienden, no lo han vivido. No saben lo que es pasar hambre, frío, dormir en el suelo. Porque hoy vivo en una caleta, pero igual me siento mejor que en el centro, porque hay cariño, compañerismo. Aquí afuera estoy libre”¹.

Durante los años sesenta fue publicada “El Río”, novela autobiográfica y escrita durante uno de sus tantos períodos en la cárcel por Alfredo Gómez Morel, cuyo relato no sólo conmovió a una gran cantidad de lectores por sus abruptos y honestos retazos de intimidad, sino que también caló hondo en quienes tenían la sensibilidad necesaria para reflexionar frente a los niños que aún deambulaban a pies descalzo por las calles de la ciudad principal del país y, tal como en la infancia del mismo Alfredo, gestaban su propia ley en la ribera del Río Mapocho.²

Volví la mirada y me encontré con una salita, frente al dormitorio. Sobre la mesa, justamente junto a la estatua de bronce que pudo despedazarme el cráneo, me miraba un antifaz escarlata, con sus ojos mudos y huecos. Los metí en mi alma para siempre. Me puse la chaqueta y salí de aquella casa. Vagué, vagué, vagué... Llegué a la orilla del Mapocho. No me di cuenta cómo³.

Nuestro protagonista, tras abandonar su casa a los ocho años producto de los brutales golpes proferidos por su madre, conocería el Río por primera vez.

* El presente capítulo fue elaborado por Francisco Urtubia Marín, ayudante de investigación equipo CDH, bajo la dirección del profesor Salvador Millaleo Hernández.–

1 La transcripción corresponde al testimonio reciente de una niña de 16 años que señala haber escapado de los CREAD Galvarino y Pudahuel del Sename, citado en Rosario Moreno, *Huellas imborrables. Testimonios de niños, padres, jueces, gendarmes, directores y funcionarios de centros del SENAME* (Santiago: Editorial Planeta, 2018).

2 Son conocidas las fotografías de niños a pie descalzo tomadas en la mencionada época por Sergio Larraín. Al respecto, *Cfr.* Marison Palma y Peter Mason, «La ventana indiscreta de Sergio Larraín. Genealogías fotográficas y construcciones etnográficas de lo marginal», en *Diálogo Andino*, 2016.

3 Alfredo Gómez Morel, *El Río* (Santiago: Tajamar Editores, 2012), 57-58.

Lejos de ser la última, Alfredo seguiría vagando.

Atraído por el magnetismo del Río conviviría en variadas oportunidades con la venerable camaradería de los niños, niñas y jóvenes que pernoctaban en su ribera, en una de las tantas ocasiones tras huir producto de las vejaciones sufridas en un centro que hacía suyas las consignas de la protección de los niños:

Como también era el enfermero del colegio, hasta los enfermos debían sometersele. Por eso no opuse la menor resistencia cuando se acercó a mi cama y ordenó: <<Levántate>>. Estaba semidormido. Traté de ponerme los pantalones. No me dejó. No me extrañó que me hiciera levantar en camisa de dormir. Pensé: <<será para curarme>>. Ese día, jugando en el patio, había caído de rodillas sobre unos cascajos y varios se me incrustaron en las carnes, infectándolas. Él no quiso curarme. <<A la noche>>, me había dicho (...). Ahí estaba frente a mí. Despacio, me subía la camisa de dormir, mientras ardorosamente besaba mi cuerpo. Llegó a mi boca. Sentí asco, repugnancia y miedo. Cuando entendí de qué se trataba, pensé: <<Mañana tendré que confesarme>>. Pero era él mi confesor⁴.

Historia similar es la de Roberto Martínez, más conocido como “El Tila” o el “psicópata de la Dehesa”, quien cometió reconocidos delitos que fueron profusamente informados por los medios de comunicación, y cuyo suicidio en una de las celdas de Colina II fue transmitido por dichos medios con un alivio espeluznante⁵. Investigaciones más acuciosas, humanitarias y recientes, dan cuenta de un sujeto que no sólo fue detenido por primera vez a los cuatro años por andar vagando, sino que a su vez fue durante su infancia un símbolo promovido por el Servicio Nacional de Menores en razón de sus destacadas habilidades literarias⁶.

Aquellas historias se extienden también a Edison Llanos, quien al igual que el primer testimonio, después de pasar su infancia en el Servicio Nacional de Menores hoy advierte que la libertad la conquistó afuera de las instituciones

4 Gómez Morel, *El Río*, 96.

5 Ver “Índice de maldad de “El Tila”: Robaba, golpeaba y abusaba de sus víctimas”. TVN, 17 de octubre de 2017. <<https://www.tvn.cl/programas/muybuenosdias/destacados/la-historia-del-tila-robaba-golpeaba-y-abusaba-de-sus-victimas-2535959>> [consulta en línea: 20.11.2020].

6 Constanza Cristino et al., *El Tila. Un sicópata al acecho* (Santiago: Catalonia, 2016).

que señalan en sus discursos proteger⁷.

Todas dichas memorias trascienden nuestra historia republicana, la rebasan. Sujetos como Alfredo, Roberto, Edison y la amplia mayoría cuya identidad permanece sin nombre, han estado presentes desde el origen de aquellas instituciones. Aquellos cuya historia, a diferencia del discurso normativo, permanece en parte inmutable, los que Eduardo Galeano certeramente denominó como “los nadies, los hijos de nadie, los dueños de nada”.

Como nos diría el buen historiador: “no corresponde a la ley contar la (su) historia”⁸, sobre todo cuando desde los enfoques historiográficos tradicionales, los nadies son invisibilizados en las páginas que relatan el recorrer de las instituciones; o en su mejor versión aparecen como un número, olvidando sus nombres y el encono presente en dichos del tipo: “mando a los magistrados a la mierda”. Pareciera ser que tampoco es plausible que ciertas autoridades de Gobierno nos cuenten la historia del tratamiento de la infancia vulnerable en Chile, pues cuando éstos son visibles en el discurso público adquieren el estigma de delincuentes, distintos a todo el resto de “ciudadanos honestos de nuestro país”⁹. O en su forma más caritativa, los nadies son presentados como a quienes el Estado les ha fallado, como aquellos que ameritan una protección especial –vale decir, impuesta– por simplemente nacer en una pobreza que para quien emite el discurso le es incomprensible. En definitiva, construir su historia desde aquello que no pone debida atención a su subjetividad ofrece un sentido estéril e insuficiente, incapaz de hacer justicia a los invisibles y contribuir a cambiar su destino.

El presente análisis histórico-social no tiene como pretensión ser una cronología o una mera recopilación de datos vinculados al desarrollo de las instituciones, del marco normativo y del discurso público en torno a la “infancia vulnerable”. Lo que se presenta a continuación es un intento de rescatar las problemáticas que han perdurado en la *memoria* de los *nadies* por siglos, buscando hacer visibles los problemas que se arrastran desde el pasado, prácticas que

7 Edison Llanos, *Mi infierno en el SENAME (ansias de libertad)* (Santiago: CEIBO Ediciones, 2017).

8 Tzvetan Todorov, *Los abusos de la memoria* (Buenos Aires: Editorial Paidós, 2000), 17.

9 Ver “Ministro Chadwick ratificó reforma a la ley de responsabilidad penal adolescente”, *La Nación*, 8 de Junio de 2018. <<http://www.lanacion.cl/ministro-chadwick-ratifico-reforma-a-ley-de-responsabilidad-penal-adolescente/>> [consulta en línea: 20.11.2020].

son parte del “modelo tutelar” de protección a los NNA¹⁰. Modelo que, como veremos, hoy está en *desarme*, dando paso a un modelo de protección integral de derechos, el cual, a diferencia del antecesor, considera a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y no como objetos de caridad, respecto a los cuales no pueden afectarse sus garantías constitucionales bajo el pretexto de protegerlos.

El presente capítulo se estructura en cuatro acápites que exponen el cambio discursivo en torno a la infancia y cómo se expresa la advertencia histórica de *identificar a la infancia como vulnerable* para la protección de sus derechos.

En el primer apartado, se trata a la infancia *desvalida*, concepto vástago del Antiguo Régimen, que permitía distinguir a quienes eran meritorios de caridad privada y regido por un marco normativo falto de instrumentos que consideraran las particularidades de la infancia. En el segundo acápite nos referimos a los *menores en situación irregular*, a quienes se les reconoce por primera vez derechos específicos respecto a los adultos. En seguida, nos referimos a la infancia en riesgo social, paradigma de asistencia imperante en tiempos que es ratificada la Convención de los Derechos del Niño, instrumento emblema del modelo de protección integral de derechos.

El análisis en este capítulo se realizará considerando también las subjetividades de sus protagonistas, los niños, niñas y adolescentes, de sus memorias, percepciones registradas, además de la sistematización de la literatura historiográfica disponible. Ello nos permite pensar críticamente el presente y el futuro de las instituciones protectoras (que dicen proteger), con y a través de actores que debemos considerar capacitados para contarnos su propia historia.

Infancia desvalida (1850 - 1928): tiempos de caridad privada y convivencia de los niños con el mundo de los adultos

“Para mí, el niño pampino es una especie de héroe, ya que he presenciado hechos que otros niños no pudieron ni soñar. Fueron cientos los que participaron

10 Mary Beloff, «Un modelo para armar !y otro para desarmar!: protección integral de los derechos del niño vs. modelo de la situación irregular», en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, coord. por Mary Beloff, (Buenos Aires: Ediciones Del Puerto, 2009): 1-47.

en las grandes huelgas salitreras”¹¹.

El historiador francés Philippe Ariès contemplaba con asombro el rol secundario de niños y niñas en los cuadros europeos, quienes se perdían entre el tumulto y sus particularidades eran imperceptibles. Sus indumentarias, juegos y actividades de adultos presentes en las artes hasta inicios del siglo XVII llevaron a nuestro autor a una conclusión reveladora: la infancia fue descubierta, la separación entre el mundo de los adultos y de los niños tal como la comprendemos en nuestros días es una concepción que se incrusta en tiempos modernos¹².

La mencionada tesis es coherente con nuestra historia republicana incluso hasta bien entrado el siglo XIX. En efecto, la amplia mayoría de los niños y niñas del período entraban al mundo laboral desde temprana edad, no asistían a la escuela y carecían de espacios de juego pensados exclusivamente para ellos, diluyéndose la infancia con su transitoriedad en los festejos y en los espacios comunes que hoy consideramos propios del mundo de los adultos. Es bastante expresiva de aquella situación la descripción de un viajero inglés de la época, quien destaca cómo, en las primeras décadas del 1800, el billar “se juega desde el almuerzo hasta tarde en la noche, tanto por adultos como por niños de siete o diez años, que a menudo, para probar su hombría, fuman sus buenos cigarros de La Habana durante el juego”¹³.

Es razonable deducir que para los niños y niñas del pasado no había más que “un período de estricta dependencia física, luego del cual se entra, sin más, al mundo de los adultos”¹⁴. En tanto invento moderno, la infancia –en buena parte, como la conocemos– no se constituirá sino a fines del siglo XIX con el fortalecimiento de la escuela que, en conjunto con la familia, se encargará de prolongar el periodo de la niñez, arrancándola del mundo de los adultos¹⁵.

Antes de ello, la protección de la infancia vulnerable estará abocada a

-
- 11 La transcripción corresponde al testimonio de Pedro Abarca, quien tenía siete años en 1931. Extraído de Cecilia Urrutia, *Los niños de Chile* (Santiago: Editorial Quimantú, 1972).
 - 12 Philippe Ariès, «El niño y la vida familiar en el antiguo régimen», *El Observador* n.º 8 (2011): 82-110.
 - 13 Jorge Rojas Flores, *Historia de la infancia en el Chile republicano* (Santiago: Ediciones de la Junji, 2016), 37.
 - 14 Emilio García Méndez, «Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social», en *Infancia. De los derechos y de la justicia*, de Emilio García Méndez (México: Fontamara, 2007), 38.
 - 15 Sobre el desarrollo institucional de la educación pensada para las clases populares en Chile, ver María Loreto Egaña, *La educación primaria popular en el siglo XIX en Chile: una práctica de política estatal* (Santiago: LOM Ediciones, 2000).

ese espacio de transitoriedad, centrándose en la compleja tarea de atender a los primeros años de vida y a la supervivencia del lactante:

Tabla 2 - Estado de salud en que son recibidos niños y niñas abandonados (as) en la Casa de Huérfanos de Santiago (1886-1909)

Período	Niños(as) recibidos(as)	Enfermos	Graves y agónicos	Total de enfermos	%
1886-1889	2.076	1.554	-----	1.554	74.9
1890-1899	5.784	3.759	431	4.190	72.5
1900-1909	7.178	3.098	1.060	4.158	58.0

Fuente: René Salinas y Manuel Delgado, «Los hijos del vicio y del pecado. La mortalidad de los niños abandonados (1750-1930)», *Proposiciones (Área de Estudios e Investigaciones de Sur)* n.º 19 (1986): 44-54.

Cabe señalar que en el Chile decimonónico la protección a los huérfanos era, más bien, de carácter accidental y no parte de una deliberada política del Estado, sino una actividad marcadamente privada que se había afianzado como respuesta a las complejas condiciones de vida de los sectores populares, contexto que se enlazaba con ideas cristianas e ilustradas presentes en la élite promotora de la beneficencia.

En efecto, conforme a los planteamientos permeados por los ideales liberales de la modernidad, los cuales valoran la promoción del trabajo asalariado en los sectores populares y la búsqueda de un progreso económico orientado a fortalecer el Estado nacional, la beneficencia consistirá en una práctica caritativa volcada hacia el mundo de los *desvalidos*, concepto que heredamos del Antiguo Régimen para hacer referencia a quienes “por distintas razones estructurales o coyunturales, eran incapaces de trabajar y sostenerse a sí mismos necesitando vivir a costa de otros: la familia, el patrón, los vecinos, la parroquia, la caridad y la limosna”¹⁶.

Si bien durante este período no habrá servicios de atención otorgados

16 Macarena Ponce de León, *Gobernar la pobreza. Prácticas de caridad y beneficencia en la ciudad de Santiago, 1830 y 1890* (Santiago: Editorial Universitaria, 2011), 183.

directamente desde la Administración del Estado, podemos deducir que, incluso antes del Chile republicano, existía claridad en la distinción entre la gestión del interés público y la caridad privada. En efecto, los ideales promovidos por el paradigma moderno suponían la extensión del poder del Estado, siendo problemático bajo dicho contexto el mantenimiento de la beneficencia privada como una prerrogativa eclesiástica, en tanto esta última propugnaba una soberanía universal frente a la soberanía territorial del Estado que reclamaba el monopolio de la gestión del interés público.¹⁷

Como herencia de la pugna entre la Iglesia y el Estado, con la llegada de la Independencia se mantendrá en la élite la identificación del jefe de Estado como el “gran protector de los desvalidos”, dando uso desde temprano a su potestad reglamentaria para provocar una escisión entre la Iglesia y las Juntas Directivas, que hasta ese entonces controlaban las instituciones de beneficencia. Como consecuencia, la designación de los miembros directivos de las instituciones de caridad se vuelve dependiente del Ministerio del Interior. Sin perjuicio de las prominentes facultades del poder público sobre estas instituciones, aquellas corporaciones *no formaban parte de la Administración del Estado*.

Esto tenía por objeto mantener a la caridad como parte de “los deberes morales y cristianos de los individuos ejercidos en forma personal o en corporaciones, mientras el Estado sólo debía velar por su buena marcha”¹⁸. Así, el Estado asumiría una labor propiamente subsidiaria, financiando la caridad privada a cargo del cuidado de los desvalidos. Al no ser considerados sujetos de derecho, quedaba bajo parecer de los privados determinar quiénes *ameritaban* beneficencia y de *qué forma esa beneficencia* era realizada.

El actuar benéfico presente en la atención a la infancia desvalida durante todo el Chile decimonónico quedaría entonces a manos de sujetos conspicuos que conformaron lo que el historiador norteamericano Anthony Platt denomina

17 Al respecto, es destacable el análisis de Macarena Ponce de León, quien da cuenta del desarrollo de una política regalista a fines del siglo XVIII con que el Estado procura buscar la secularización de la beneficencia, la reconoce como un interés público y comienza a realizar una debida diferenciación de las necesidades presentes en las distintas formas de vulnerabilidad, en Ponce de León, *Gobernar la pobreza. Prácticas de caridad y beneficencia en la ciudad de Santiago, 1830 y 1890*. También es destacable el análisis de Alfredo Jocelyn-Holt, quien nos explica el carácter de la pugna de poder entre el Reformismo Borbón y la Iglesia: Alfredo Jocelyn-Holt, *La independencia de Chile. Tradición, modernización y mito*, Tercera edición. (Santiago: DeBolsillo, 2012), 65-127.

18 Ponce de León, *Gobernar la pobreza. Prácticas de caridad y beneficencia en la ciudad de Santiago, 1830 y 1890*, 46.

los *movimientos de salvadores del niño*. En nuestro país, ya sea motivados por razones humanitarias de carácter cristiano, por el prestigio de la caridad e incluso –como demuestra la literatura especializada¹⁹– con el objeto de tener posibilidades de ascenso en el gobierno, este movimiento ejercía una caridad impuesta a los niños y niñas provenientes de las masas. En el discurso de las autoridades, estas eran catalogadas como “pueblo escoria”, aquél considerado proveniente de pestilentes arrabales, en los términos de Vicuña Mackenna, una suerte de “Cairo infecto”, viviendo con insolencia en las fuentes del vicio y el pecado consideradas contrarios a los valores del orden social imperante²⁰.

Sin perjuicio de ser un discurso autoproclamado como *humanitario*, destinado a enfrentar la miseria que debían subvertir las clases populares, formaba parte de un enfoque que jurídicamente denominamos *tutelar*, pues consideraba a niños, niñas y adolescentes como meros *objetos* de protección antes que como *sujetos* de derechos.

El actuar de las instituciones dedicadas al cuidado de los desvalidos – tanto de la infancia como del mundo adulto– se caracterizaba por un discurso *moralizador* y de asistencia. Las acciones de cuidado eran vistas como beneficios y no como obligaciones, no reconocían la autonomía progresiva de niñas y niños ni la dignidad de quienes requerían solidaridad edificante. Invisibilizados(as) en el discurso de derechos, no existían mecanismos jurídicos para evitar castigos desmedidos y vejaciones en su contra, siendo la gran masa de desvalidos(as) considerados(as) objetos de caridad-represión.

Este enfoque del modelo tutelar presente en el discurso del Derecho no será exclusivo de las instituciones de caridad, extendiéndose con distinta intensidad a toda la institucionalidad de la infancia.

19 Ponce de León, *Gobernar la pobreza. Prácticas de caridad y beneficencia en la ciudad de Santiago, 1830 y 1890*.

20 En fuentes primarias relativas a la “cuestión social” es fácil encontrar deleznable denominaciones para referirse al “bajo pueblo”, incluso presentes en las instituciones de caridad y ligadas a la asistencia sanitaria. Al respecto, ver María Angélica Illanes, *En el nombre del pueblo, del Estado y de la Ciencia. Historia Social de la Salud Pública en Chile 1880-1973 (Hacia una historia social del siglo XX)*, Segunda Edición (Santiago: Ministerio de Salud Ediciones, 2010), y también, desde la perspectiva del “niño huacho”, Gabriel Salazar, *Ser niño “huacho” en la historia de Chile (siglo XIX)* (Santiago: LOM Ediciones, 2007). Cabe señalar que dicho discurso estigmatizador y de disciplina tiene por origen los postulados ilustrados insertos en los tiempos modernos. Al respecto, nos remitimos a lo escrito en Francisco Urtubia, «Disciplina para huachos: Historia social de la infancia presente en las instituciones de protección del Chile Republicano» (Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019).

Otro elemento de aquel enfoque consiste en la falta de un régimen especial para la infancia. En esta perspectiva, se entendía como consecuencia de la convivencia de los niños y niñas del período con el mundo de los adultos, que estos debían ser tratados como verdaderos “adultos en miniatura”.

Adicionalmente, para el sistema jurídico, la infancia era entendida como un objeto de extensión de la potestad paterna, sin atender a sus particularidades ni mucho menos a sus derechos. Como constata Miguel Cillero, el Código Civil permitía en el ejercicio de la patria potestad, disponer no sólo de los bienes de los hijos sino de los sujetos mismos, cosificándolos; a tal punto de quedar a exclusiva discrecionalidad del padre imponer una pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional a sus hijos menores de dieciséis años²¹.

Sin perjuicio de lo anterior, el paulatino descubrimiento de la infancia puede apreciarse en el primer Código Penal de 1875: inspirado en los criterios de punibilidad enarbolados por la Escuela Clásica del Derecho Penal, estableció un sistema de exención de responsabilidad para menores de diez años, que alcanzaba también a quienes fueran mayores de dicha edad y menores de dieciséis, siempre y cuando el juez calificara que *no han obrado con discernimiento*, esto es, cuando tengan “conocimiento efectivo de la ilicitud del hecho cometido”.²² Cabe señalar que dicho Código establecía también una responsabilidad penal atenuada para el menor que haya sido declarado con discernimiento²³.

Todo ello indica que el Código Civil reconocía una voluntad disminuida en el caso de los “menores”, esgrimiéndose desde las leyes generales un tratamiento diferenciado al de los adultos, sin perjuicio de contemplar dogmáticamente

21 Miguel Cillero Bruñol, «Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile», *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*, coord. por Francisco Pilotti (Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 1994): 75-153.

22 Dicha definición de la Escuela Clásica se desprende de la dogmática penal mientras dicha institución se encontraba vigente. Ver Antonio Bascañán Valdés, *La responsabilidad penal del menor* (Santiago: Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, 1974), 197-210.

23 Cillero, «Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile».

idénticas garantías procesales.²⁴

En cuanto al ejercicio de la caridad dentro de los centros de protección, cabe destacar que si bien dentro de estas instituciones las mujeres no eran parte de los directorios de las Juntas de Beneficencia, ellas eran doblemente protagonistas. *Desde arriba* la administración de las instituciones preocupadas por la infancia desvalida era ejercida por mujeres de fuertes lazos internacionales vinculadas a la Iglesia, quienes promovían un catolicismo de acción y no meramente contemplativo.²⁵ Mientras que *desde abajo* eran mujeres populares las que tenían la labor de alimentar a los niños y niñas abandonados, dejando entrever que la forma en que se realizaba la caridad dejaba en exposición mecanismos deficientes y desconsolantes para las clases populares.

Así lo constata la literatura especializada:

“Las nodrizas o “amas” eran un pilar fundamental del funcionamiento de la institución. En la misma Casa, las “amas de pecho internas” eran la única fuente de alimentación de los menores abandonados en los primeros meses de vida. En los meses siguientes debían cuidarlos las “amas externas”, que los recibían por un salario en sus hogares particulares. Los informes administrativos señalan siempre el escaso número de amas que se lograba reclutar, no obstante que no se era muy severo en hacer cumplir las exigentes condiciones que se suponía debían cumplir (...). Las amas internas eran las más difíciles de conseguir. En los años 1901 y 1902 se contrató sólo a 230 y se recibieron en cambio 1.332 huérfanos, con una

24 Como veremos con mayor detalle en el próximo apartado, el origen de las primeras leyes que reconocen las diferencias entre niños(as) y adultos tiene como uno de sus principales antecedentes un discurso de indignación frente a las excesivas atribuciones derivadas de la patria potestad y la caracterización dada a la institución del discernimiento, en tanto ésta fue catalogada como un fracaso para disminuir los índices de delitos, críticas que estarán unidas a las paupérrimas condiciones de salubridad presentes en las instituciones abocadas al cuidado y castigo de los niños(as), y la ausencia de un régimen especializado para los —entonces denominados— *menores*.

25 Ya sea en torno a la educación primaria popular o el cuidado de los desvalidos, desde el gobierno era predominante la perspectiva de considerar dichas labores como propiamente femeninas. En razón de la ineficiencia en la protección de los infantes el gobierno permitió la asistencia de la Iglesia, principalmente de las *Hermanas de la Caridad*, que, como destacan la literatura especializada: “fueron el paradigma de un nuevo tipo de sociabilidad femenina y religiosa para la cual el servicio de los pobres era la forma de relacionarse con el mundo exterior haciendo del trabajo un medio de santificación personal, desconocido hasta ese entonces. Su fundación data de 1633 por la mística figura de San Vicente de Paul, secundado por Louise de Marillac. En su afán por enrolar a los laicos dentro del espíritu de la caridad, fundó las Hermanas de la Caridad dedicadas al servicio de los pobres, de enfermos, de prisioneros y de niños abandonados. (...) Este fue el ideal de “vida activa” expandido desde Francia hacia el resto de Europa en el XVII, y desde Europa hasta América Latina dos siglos después”. Ver Ponce de León, *Gobernar la pobreza...*, 67.

proporción superior a seis niños ingresados por cada ama contratada. Luego de aceptar el trabajo, las mujeres eran sometidas a un régimen de sobrealimentación; sin embargo, rara vez eran capaces de alimentar a más de un niño (...) Las condiciones en que se desarrollaba la crianza de los niños fuera de la Casa de Huérfanos tampoco eran excepcionales, de modo que sólo atenuaban los riesgos de la muerte (...). El salario que se les pagaba, nunca superior a cinco pesos, se ocupaba más en las necesidades del hogar que en las del niño. A veces residían en lugares tan alejados como Buin, Pirque, Malloco, Isla de Maipo, etc.”²⁶

Las *nodrizas* eran en el exterior de los centros una cara visible de las perniciosas vivencias en el cuidado de los niños y niñas. Mientras que en el interior, además del maltrato y la carencia de insumos básicos para su desarrollo alimenticio y educacional, los infantes demostraban en períodos críticos masivas muertes producto de epidemias descontroladas:

Tabla 3 - Cifras de mortalidad infantil en Chile y Santiago por cada 1000 niñas y niños nacidos vivos (1850-1900)

Chile		Santiago		
		Provincia	Departamento	Santiago Urbano
1850	225,83	389,69	427,46	359,32
1854	274,71	400,78	458,33	416,96
1860	337,80	501,14	574,59	584,82
1865	443,99	537,69	603,86	614,52
1870	353,83	413,63	418,77	438,85
1875	399,32	500,70	549,67	649,22
1880	-----			
1890-1894*	338,00			
1895-1899	290,00			
1900	343,00			

Fuente: Ponce de León, *Gobernar la pobreza...*

26 René Salinas y Manuel Delgado, «Los hijos del vicio y del pecado. La mortalidad de los niños abandonados (1750-1930)», *Proposiciones (Área de Estudios e Investigaciones de Sur)*, n.º 19 (1986), 53.

Tabla 4 - Tasa de mortalidad infantil en Chile y Santiago por cada 1000 niñas y niños nacidos vivos (1850-1900)

Chile		Santiago		
		Provincia	Departamento	Santiago Urbano
1850	50%	68%	76%	74%
1854	55%	68%	75%	73%
1860	56%	68%	75%	80%
1865	54%	67%	77%	79%
1870	60%	68%	69%	75%
1875	60%	69%	70%	76%

Fuente: Ponce de León, *Gobernar la pobreza...*

Como puede apreciarse en las tablas precedentes, durante el fenómeno conocido como “la cuestión social”, los niños y niñas eran los más vulnerables en tiempos de increíbles índices de mortalidad, tasas que se mantuvieron incluso hasta mediados del siglo XX, en donde la literatura especializada señala categóricamente que Chile alcanzó uno de los índices de mortalidad infantil más altos del mundo²⁷.

El problema de la caridad paulatinamente pasó de ser un asunto disputado con la Iglesia a ser una problemática de salud pública, volviéndose a los ojos de la élite una preocupación que debía ser resuelta directamente por y desde el Estado.

En coherencia con los tiempos modernos, desde la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile se organizaría el I Congreso Médico Chileno en el año 1889, dando a conocer las enfermedades más frecuentes que azotaban al pueblo y la necesidad de establecer un servicio de salubridad pública y un Consejo de Higiene²⁸. Desde una perspectiva científica, el movimiento *higienista* proliferaría en los últimos lustros del Chile decimonónico con la pretensión de profesionalizar la asistencia hospitalaria y fortalecer el rol del Estado en la protección de los

27 Rojas Flores, *Historia de la infancia en el Chile republicano*.

28 Como destaca el médico Nelson Vargas: “Los académicos estaban claramente involucrados en la lucha por mejorar la salud del país. En 1892 se crearon el Consejo Superior de Higiene Pública (sic) y el Instituto de Higiene, que asumieron y perfeccionaron la labor de las Juntas de Beneficencia. El primero fue dirigido por José Joaquín Aguirre, y sus memorias anuales (así como las del Instituto) muestran un enorme e intenso trabajo, que llegaba a otros países”. Ver Nelson Vargas, «170 años de la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile: su aporte a la salud infantil y del adolescente en Chile», *Revista Chilena de Pediatría* 74 (2003): 141-148.

desvalidos, despertando la duda sobre la eficiencia de las prácticas de caridad lideradas hasta ese entonces por los *movimientos de salvadores del niño*.

El fortalecimiento de la alianza entre el movimiento higienista y el Gobierno hizo que el Estado les confiase la implementación de las primeras políticas públicas dirigidas a la salud de los desvalidos, además de asumir y perfeccionar la labor de las Juntas de Beneficencia. Desde allí, los nacieses defensores del discurso de derechos empezarán a levantar sus consignas. Al respecto, un ejemplo paradigmático corresponde a la labor de Luis Calvo Mackenna:

Se había hecho cargo de la dirección de la Casa de Huérfanos, donde comenzó a incorporar varios cambios que disminuyeron notablemente la mortalidad infantil, redujeron el número de ingresos y facilitaron un sistema de adopción. Los resultados se debieron más a la labor personal de Calvo Mackenna que a una transformación institucional, que demoraría unos años más en imponerse. En julio de 1929, también por su iniciativa, se cambió el nombre a la Casa de Huérfanos de Santiago por el de Casa del Niño, para evitar que se asociara al estigma del abandono. Esta idea, como hemos visto, estaba contenida entre los derechos proclamados por el Instituto. Se dice que el doctor Calvo mandó a colocar letreros en todo el establecimiento que decían: “Aquí se defienden los Derechos del Niño”²⁹.

Sin perjuicio de destacables labores individuales, como constata Carlos Molina, no estamos en presencia de esfuerzos aislados ni “relámpagos en cielo azul, sino la expresión meditada y documentada de un proceso de percepción y conocimiento colectivo, desarrollado en el seno de la profesión médica organizada de entonces en la Sociedad Médica de Santiago, a partir de su propia praxis profesional, volcada desde sus inicios al ámbito de la trascendencia social”³⁰.

Como señala el autor, desde el colectivo médico comenzó a ser considerada la salud en consonancia con los tiempos modernos, siendo ya no caracterizada como ausencia de enfermedad o mortalidad sino más bien como sinónimo de bienestar en el curso de la vida, procurando con ello un correcto desarrollo físico, mental e incluso social, afectándose de esa forma la visión médica frente a los niños.

29 Jorge Rojas, «Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930», en *Historia* 40, n° 1 (2007): 129-144.

30 Carlos Molina, *Institucionalidad sanitaria chilena. 1889-1989* (Santiago: LOM Ediciones, 2010), 16.

La creciente injerencia de la ciencia médica dentro del Estado traería consigo notables avances normativos, principalmente durante el gobierno de Balmaceda, como la dictación de la primera ley de vacuna obligatoria en 1887, la creación de la Junta General de Salubridad como órgano asesor al gobierno en la administración del servicio sanitario para combatir epidemias; y, en línea con las críticas a las excesivas atribuciones emanadas de la patria potestad, la dictación de la ley de Protección de la Infancia Desvalida en 1912.

Como puede apreciarse en el siguiente extracto, en ella el Estado vendría a disputar a los padres y madres el cuidado de hijas e hijos por primera vez:

“Art. 1.- Se presume de derecho el abandono a que se refiere el inciso 2º del art. 267, en los casos que se establecieron judicialmente los siguientes hechos:

- 1.º Cuando el padre no velare por la crianza, cuidado personal i educacion del hijo, al extremo de que éste se encuentre sin hogar ni medios de subsistencia;
- 2.º Cuando el padre consintiere en que el hijo se entregue, en lugares públicos, a la vagancia o a la mendicidad, sea en forma franca, sea bajo pretesto de una profesion u oficio;
- 3.º Cuando el menor se entregare habitualmente a la prostitución o a la embriaguez; i
- 4.º Cuando el impúber fuere encontrado al servicio de acróbatas titiriteros, saltimbanquis, domadores de fieras, casas de prostitución, de juego u otras semejantes”.

La mencionada ley además establecía casos de *depravación del menor por conductas del padre*, tales como la vagancia, el secuestro de menores, y delitos cometidos contra sus hijos. En todas aquellas hipótesis, el artículo 4 de dicho cuerpo legal establece que el menor debía ser “confiado provisionalmente al cuidado de un establecimiento de reforma, al representante legal de una beneficencia con personalidad jurídica, o cualquier otro establecimiento autorizado para estos efectos”.

Si bien la Ley de Protección de Infancia Desvalida tuvo dificultades en su eficacia³¹, aquella será expresiva de la protección jurídica a los desvalidos, con un pujante carácter especializado, limitativa de la potestad paterna y de la

31 Rojas, «Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930».

entonces elocuente separación entre el mundo de los adultos y el de niñas y niños.

Descubrir las particularidades de estos últimos y el cuestionamiento a la patria potestad de los padres constituyeron pasos gravitantes para fraguar el incipiente discurso de derechos para *menores* que comenzará esta vez desde el Estado a inicios del siglo XX³².

“Menores en situación irregular” (1928-1990): los peligros de los primeros discursos de derechos

“Que el problema metafísico de establecer si el menor, en un momento dado, obró o no con discernimiento, aparte de ser vago y complejo, carece de interés ante el problema verdaderamente humano y práctico de saber si el inculpaado, atendida sus condiciones de vida, representa o no un peligro para la sociedad”³³.

Durante el Primer Congreso Nacional de Protección a la Infancia, celebrado en Santiago entre el 21 y el 26 de septiembre de 1912, se expusieron los desarrollos dogmáticos gestados internacionalmente por los movimientos ligados a la higiene pública, que señalaban los derechos de los niños a no ser maltratados físicamente y a vivir en condiciones adecuadas para su correcto desarrollo físico y educativo. Sin perjuicio de estos avances, se estaba bastante lejos de poner fin al modelo tutelar. Es más, este modelo extendería sus alcances durante el siglo XX, demostrando que el fortalecimiento de la política pública para *menores* y el discurso de derechos no pone fin a los mecanismos de control

32 Cabe advertir que, para los fines tratados en este artículo, se ha omitido desarrollar el análisis crítico relativo a la Ley de Protección de la Infancia Desvalida, reproduciendo la versión esgrimida por los movimientos de salvadores del niño de la época, tendiente a considerar que dicha ley es una expresión institucional de las limitaciones a la potestad paterna. Si bien es la primera ley pensada para la infancia, dicha ley, en la práctica, no hace más que establecer presunciones a disposiciones normativas ya presentes en el Código Civil, estableciendo mecanismos para fundamentar el encierro de los sectores que vulneraban los valores del orden social –principalmente la propiedad privada– en las Casas de Corrección. Al respecto, nos remitimos a lo escrito en Urtubia, «Disciplina para huachos...».

33 Extracto de la sentencia del Tribunal de Menores de Santiago ante el menor X., procesado por hurto (1928), extraído de Samuel Gajardo, *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente* (Santiago: Editorial Nascimento, 1929).

presentes en las prácticas y discursos de caridad del tipo moralizantes.³⁴

Después de tres proyectos de ley tendientes a concretar los intereses de quienes eran parte de la ciencia médica, surge en 1928 la Ley de Protección de Menores, la cual crea los primeros *Tribunales de Menores* y asienta la práctica de las élites adherentes al positivismo criminológico de corte lombroseano en buena parte de Europa y Latinoamérica.

Inspirados en la propuesta pseudocientífica que ofrecía predecir el fenómeno delictivo a partir de rasgos exteriores, los movimientos de salvadores del niño abocaron sus prácticas a asistir a los *menores en situación irregular* – según una denominación legal que perduraría latamente–, con el objeto de evitar una delincuencia provocada por, como diría el primer juez menores de nuestro país, *la tiranía del ambiente*:

“La ley 4.447 se basa en un criterio moderno para apreciar la conducta del niño delincuente, y, en consecuencia, abandona la idea de expiación y de castigo con que era tratado por el Código Penal. Con ello se ha puesto al nivel de las legislaciones más progresistas de la materia.

La idea fundamental consiste en considerar al niño en forma diversa que al adulto, en armonía con las características propias de su vida psíquica (...). El niño (a diferencia del adulto) se halla más cerca que el adulto de la vida humana y animal. Por eso se le ha comparado con el salvaje, y se ha dicho que representa los caracteres de la Humanidad primitiva. Lombroso sostiene que los gérmenes de la locura y la moral y de los crímenes se encuentran, no por excepción, sino de una manera normal, en los primeros años del hombre. El niño, según él, tiene todos los vicios y todas las particularidades del crimen”³⁵.

Cabe señalar que la repercusión de los postulados de Lombroso en la élite fue considerable en nuestro país. Además de los dichos precedentes emitidos por

34 Es interesante señalar que en dicho Congreso se discutió expresamente en torno al reconocimiento de los Derechos del Niño, cuestionándose la posibilidad de que los “menores” fuesen reconocidos como sujetos de derecho y, por tanto, pudiesen exigir frente al Estado el cumplimiento de medidas positivas para paliar aquellos aspectos contrarios a su desarrollo. La opinión ampliamente mayoritaria del Congreso fue la de mantener la “atención de menores” como un asunto de caridad privada, y en donde el Estado tuviera un rol de coordinador, sin perjuicio del buen recibimiento de las ideas exportadas del positivismo criminológico, que como veremos en este apartado, se validó del discurso de los derechos del niño para castigar a quienes vivían en la pobreza. Un análisis más detallado de las discusiones del Congreso relativo a lo expresado en esta cita se encuentra en Urtubia, «Disciplina para huachos...».

35 Gajardo, *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente*, 53.

el juez Gajardo, ello se expresó en las incontables tesis de pregrado presentes en las Escuelas de Derecho y de Medicina abocadas a recoger los postulados de Lombroso, como también en el recibimiento presencial de uno de sus discípulos más renombrados: Enrique Ferri³⁶.

En el Teatro Municipal de Santiago, Ferri fue bienvenido con bombos y platillos, presentado por nada menos que en el ese entonces flamante diputado Arturo Alessandri Palma, quien, sin escatimar en halagos, señaló:

“Corresponde a Enrique Ferri la honra de haber creado la sociología criminal, rama importante de la ciencia que se desarrolla lánguidamente envuelta en el ropaje de la escuela clásica. Un día César Lombroso arrojó sobre ella un rayo de luz, creando la Antropología Criminal y tras de él vino Ferri, para enseñarnos que el delito considerado por los clásicos una entidad abstracta, no era sino un producto social cuya génesis y desarrollo podríamos seguir y estudiar para poder aplicarle un día el termocauterio que los intereses de la sociedad exigirán.”³⁷

Los postulados de exponentes como Ferri y Lombroso corresponden a lo que es catalogado en nuestros días como *etiología criminal*. Dicha corriente ofrece predecir el fenómeno delictivo con severa precisión, estableciendo como causas inexorables al actuar delictivo la morfología de los sujetos y las variables sociales en donde se desenvuelven.

En los postulados de la escuelas de Lombroso y Ferri, el fenómeno delictivo entonces no debe ser comprendido desde las abstracciones que propone la Escuela Clásica, consideradas como metafísica inútil, sino que más bien desde las condiciones fácticas que *determinan* el actuar de los sujetos; mutando el Derecho Penal desde un asunto de quebramiento del Derecho ante

36 Como constata Pierre Matus, a fines de siglo XIX y con el impulso del profesor de Derecho Administrativo y posterior Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Valentín Letelier, se promovieron de forma considerable los postulados del positivismo criminológico. Según consigna nuestro autor, más del 60% de las monografías escritas entre 1875 y 1920 correspondían a textos que se referían a la Escuela positiva del derecho penal, siendo bastante expresivos de sus postulados los títulos como *La Escuela Criminal Positiva* (1917); *el delito y su represión* (1907); *De las penas y los sistemas penitenciarios* (1902); *Antropología criminal y Derecho Penal* (1911), *Los menores ante la legislación penal* (1917). Véase Jean Pierre Matus, «El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente», en *Revista de Derecho XX*, n° 1 (2007): 175-203.

37 Marco León, *Construyendo un sujeto criminal. Criminología, criminalidad y sociedad en Chile. Siglos XIX y XX* (Santiago: Editorial Universitaria, 2016), 73.

un acto libre y merecedor de castigo, a una rama más bien orientada a identificar aquellas causas que nos permiten *anticiparnos* a la consecución de los actos contrarios a Derecho. De esa forma, la etiología criminal pretende anticiparse en la identificación de los sujetos que constituyen un *peligro* para la sociedad para predecir y prevenir su comportamiento.

Revisemos el detalle de los axiomas de estos postulados. El modelo tutelar de este periodo concibe la infancia vulnerable como *menores en situación irregular* y, alejado del discurso del castigo, establece una *sanción* distinta: una *sanción administrativa*³⁸.

Al respecto, el juez Gajardo nos describe su actuar en el primer tribunal de menores:

“Este Tribunal ofrece un aspecto característico, que lo diferencia de todos los demás Tribunales de la República, y es su doble misión administrativa y judicial. El juzgamiento de un menor que ha delinquido o se encuentra abandonado en peligro moral o material no constituye un juicio. Es un mero procedimiento de investigación, en que se trata de acumular todos los datos y circunstancias necesarias para apreciar la verdadera situación en que se encuentra, a fin de adoptar a su respecto la medida de protección que lo coloque fuera del peligro”³⁹.

Dicho discurso legitimador traerá dos deplorables consecuencias. La primera es que, frente a una sanción administrativa, no corresponde dar aplicación de las garantías propias del sistema penal.

En efecto, desde la dictación de la Ley de Protección de Infancia Desvalida se consideró razonable que la ley estableciera un procedimiento “sin forma de juicio”, “sin escritos, rebeldías ni traslados” ni “cosa juzgada”, no debiendo discutir otro derecho que no sea el “bienestar personal” y la “normalidad de la vida del menor”⁴⁰.

En la práctica, estábamos frente a arbitrariedades increíbles que ni siquiera

38 El debate relativo a la ontología distinta entre sanciones administrativas y penales es de larga data, pero en nuestros días tiene un cariz distinto al expresado en este apartado. Para evitar equívocos, consideremos que, actualmente, la pugna doctrinaria tiene como eje principal si las garantías penales proceden en casos ajenos a aquellos en donde se ve afectada la libertad personal. Al respecto, véase Raúl Letelier, «Garantías penales y sanciones administrativas», en *Política Criminal 12, n° 24* (2017): 622-689.

39 Gajardo, *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente*, 94-95.

40 Gajardo, *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente*, 95.

respetaban las garantías modernas del procedimiento administrativo, a tal punto de que, como demuestra la extensa investigación liderada por el profesor Antonio Bascuñán Valdés, la amplia mayoría de sentencias provenientes de tribunales de menores que declaraban el discernimiento de los jóvenes infractores de ley – por tanto, volviéndolos susceptibles de ser sancionados penalmente– ni siquiera explicitaban los fundamentos de su decisión:

Tabla 5 - Fundamentación del discernimiento de jóvenes infractores de ley en sentencias judiciales de Tribunales de Menores (1971)

Considerandos	Santiago	San Miguel	Valparaíso
Sin	99.38%	40.0%	51.87%
Con	0.62%	60.0%	48.12%

Fuente: Bascuñán Valdés, *La responsabilidad penal del menor*.

Como se expresa en la tabla precedente, de 910 sentencias analizadas en los tres tribunales más importantes del país durante 1971, era tendencia del Tribunal de Menores de Santiago –cuyos casos representaban el 71.09% del total (647 casos)– no explicitar los fundamentos de su decisión. Este porcentaje es especialmente preocupante si consideramos, por ejemplo, que en dicha muestra, el mencionado tribunal adoptó como medida principal para los menores declarados con discernimiento el ingreso a una cárcel de adultos, sin siquiera enviar los antecedentes al Juez del Crimen para que este declarase, previamente, el acto jurisdiccional que suponía irrogar la sanción penal.

Por otra parte, al no ser considerado un acto jurisdiccional ni expresión del *ius puniendi estatal*, no era necesario acreditar los elementos básicos para la configuración del delito: en tanto el foco era la reinserción de los menores, no se precisaba configurar y acreditar la realización de una conducta antijurídica para establecer una sanción, bastando con identificar aquellas causas consideradas un peligro para la sociedad, es decir, bastaba comprobar que estábamos frente a lo que hoy denominamos *la infancia vulnerable*. A contrario sensu, incluso cuando estábamos frente a un delito, no se aplicaba sanción alguna si se consideraba que el infractor no constituía un peligro para el resto, es decir, a los jóvenes infractores de situación económica favorable se los dejaba en total impunidad.

Así, durante este período y sin perjuicio de estériles distinciones

legislativas, se diluía en la práctica la diferenciación entre infractores de ley e infancia en riesgo social, castigando, sin mayores resquemores, a quienes vivían en la pobreza⁴¹.

Expresivo de lo anterior era la jurisprudencia de la época. Por ejemplo, en un caso el tribunal argumentaba la imputación de un delito de homicidio a un menor aun contra un peritaje que determinó, de manera indubitada, estar frente a un suicidio de la supuesta víctima:

“6° Que a este Tribunal corresponde, no solamente el juzgamiento de los menores que han incurrido en delitos, sino también la protección de los que, por cualquier causa, se hallaren en peligro moral o material;

7° Que el examen social, psicológico y médico de la menor revela los siguientes hechos:

- a) Que ha llevado una vida desordenada a consecuencia de no haber tenido en su hogar una dirección enérgica;
- b) Que su carácter es impulsivo, su instrucción escasa y sus facultades mentales deficientes (...)

9° Que, dejar a la menor en libertad en las condiciones antedichas, sería abandonarla en medio del peligro, con sus fatales, ineludibles consecuencias”⁴².

Cabe destacar que, no obstante un discurso que negaba el carácter jurisdiccional de los tribunales de menores, en la práctica estábamos frente al establecimiento de *penas indeterminadas*, subsistiendo el encierro del menor hasta su “readaptación” o “rehabilitación”, posibilitando ello reclusiones de tiempos considerablemente mayores a los establecidos incluso en el sistema de responsabilidad penal de adultos⁴³.

La indolencia latente de dicho discurso descansaba en el argumento de

41 Sobre la ausencia de un régimen diferenciado entre infractores de ley e infancia “en riesgo social” hay una amplia literatura. Al respecto, son destacables los trabajos de García Méndez, «Para una historia del control socio-penal de la infancia», y Julio Cortés Morales, «A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente», *Justicia y Derechos del Niño* 1, (1999): 63-78

42 Gajardo, *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente*, 142.

43 En el famoso caso *Gault*, se condenó en el Estado de Arizona (EUA) a un niño de 15 años a la medida de internación en la escuela industrial del Estado por un periodo que se extendió hasta la fecha que cumpliera 21 años, por ser acusado de realizar *llamadas obscenas a una vecina*. Ello se hizo sin mediar garantías procesales, siendo la pena establecida como sanción para un régimen de adultos equivalente a una multa de 5 a 50 dólares o prisión por dos meses como máximo. Al respecto, ver Cortés, «A 100 años de...».

que los menores teóricamente no eran enviados a cárceles de adultos, sino que a centros especializados y pensados para su reinserción y desarrollo denominados “Casas de Menores” y “Reformatorios”. En la práctica, ante la tenue oferta de las mencionadas instituciones, los menores eran derivados principalmente a una familia para recibir trabajo asalariado del tipo moralizante o, principalmente en caso de estar frente a supuestos infractores de ley, eran enviados directamente a las cárceles de adultos, quedando dudas en si había una separación efectiva dentro del recinto penal con la población penal adulta, problemática que se mantuvo incluso hasta fines del siglo XX⁴⁴.

Como segunda gran consecuencia, en tanto estábamos frente a una sanción administrativa que permitía negar el carácter jurisdiccional de la controversia, en el discurso era considerado razonable señalar que el juez debía actuar en aquellos aspectos que *no eran propios del Derecho*. Así, se consideró plausible que el juez de menores fuera “un jurista diestro en cubileteos legales. Se le caracterizó como a un hombre humano, un verdadero maestro, un psicólogo capaz de ponerse al nivel del alma infantil y comprender los valores afectivos de la personalidad del niño”, distanciándolo de la imparcialidad y de toda la batería de principios que resguardan a los sujetos del castigo, incluso tan básicos como el principio de legalidad⁴⁵.

Si bien el reglamento de ejecución de la Ley de Protección de Menores estableció como requisitos para investir como juez acreditar conocimientos de psicología, las consideraciones de dicho discurso autodenominado “humanitario” eludieron la abulia del legislador y de la Administración, quienes –quizás por notable falta de interés– no consolidaron la creación de estos tribunales a lo largo del país. Es más, tras reformas legislativas que ampliaron la cobertura y que supeditaron la creación de dichos tribunales a la discrecionalidad del Presidente de la República, sólo cumplían con los requisitos objetivos establecidos por ley durante la década de los setenta los tribunales de Santiago, San Miguel y Valparaíso⁴⁶. La presencia de tribunales de menores en regiones distintas a la

44 En el caso de Roberto Martínez, *El Tila*, desde joven estuvo en centros penales donde niños convivían con adultos, quienes, a pesar de una separación estructural –pabellones–, mantenían contacto con población penal adulta y *asimilaban* la jerarquía imperante en dichos recintos. Véase Cristino et al., *El Tila. Un sicópata al acecho*.

45 Gajardo, *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente*, 38.

46 Bascuñán Valdés, *La responsabilidad penal del menor*.

Metropolitana que acreditaran los mencionados conocimientos especializados era mínima, debiendo la amplia mayoría de los menores en situación irregular sujetarse directamente a la jurisdicción de adultos para el establecimiento de su discernimiento⁴⁷.

En cuanto al aparato administrativo del período, se avanzó paulatinamente hacia una institucionalidad que se abocó a la problemática de la infancia desde una perspectiva no exclusivamente sanitaria. Ello se realizó en alianza con la institucionalidad benéfica proveniente del mundo privado, quienes durante todo el siglo XX no sólo mantuvieron el amplio predominio de la oferta de centros destinados a la protección de los menores, sino también asistieron en la labor de los tribunales realizando los peritajes necesarios para determinar el discernimiento –y por tanto, la responsabilidad penal del menor–, esto es, en lenguaje legislativo, determinar el “peligro material o moral” en que se encuentran⁴⁸.

En esta alianza público-privada, la creación en 1934 del Consejo de Defensa del Niño, organismo dependiente del Ministerio de Justicia, destaca “como la institución que daría unidad a la acción pública y privada en orden a la asistencia del niño indigente y de proponer al gobierno proyectos de ley que juzgue necesarios para llevar a cabo la protección efectiva del niño desvalido”, según extrae Anríquez de la primera memoria del Consejo en 1935. Como destaca nuestra autora, en 1938 el Consejo pasó a ser una Fundación de derecho privado, estipulándose para su financiamiento un aporte proveniente

47 Como destaca Cillero: “La Ley 4.447 establece los Juzgados de Menores, creando uno de ellos en la ciudad de Santiago y facultando al Presidente de la República para crear otros en cada ciudad asiento de Corte de Apelaciones. En el artículo primero transitorio se estableció que en los departamentos donde no existen Jueces de Menores, la aplicación de la Ley 4.447, y por ende, su competencia, corresponde al Juez de Letras de Mayor Cuantía. De este modo, es posible apreciar que toda la competencia tutelar propiamente tal, que era creación original de esta ley, fue confiada a Jueces no especializados, quienes debían regirse por las normas de procedimiento establecidas en la Ley 4.447, las cuales, como se dijo, eran muy generales y otorgaban considerables facultades discrecionales al Juez.” (Cillero, «Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile», 100).

48 Un repaso de las instituciones privadas más importantes del período lo encontramos en María Teresa Anríquez, «La atención privada a la infancia en Chile», en *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*, coord. por Francisco Pilotti (Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 1994): 153-213. En cuanto al diagnóstico de la situación irregular, la Ley de Protección de Menores confirió dicha tarea a las *visitadoras sociales*, quienes educadas por la institucionalidad benéfica del período llevaban el discurso moralizador y de asistencia a los hogares de las clases populares (Cristina Moyano y Javier Rivas, «Visitadoras sociales en la industria: creación de un campo de expertos del “bienestar”, 1920-1950», en *Historia* (2017): 171-199). Con la especialización de la atención privada y la profesionalización de los crecientes sectores medios, la labor de las visitadoras sociales será reemplazada por las asistentes sociales.

del presupuesto nacional⁴⁹.

A partir de dicha labor, se crea la conocida Ciudad del Niño en 1943, complejo asistencial que en sus inicios contaba con 19 hogares, plazas, calles, canchas de juegos, jardines y teatro con capacidad para 1.100 niños. Hasta el día de hoy, el Consejo de Defensa del Niño, persona jurídica de derecho privado que desde el 2014 se denomina Fundación Ciudad del Niño, ejecuta más de un centenar de programas en las líneas de Protección, Responsabilidad Penal Adolescente y Prevención, estimándose que su trabajo implica una cobertura anual de más de 16.000 niños, niñas, jóvenes y sus familias⁵⁰.

Como instituciones parte de la Administración del Estado, dentro de varios intentos de órganos coordinadores de las instituciones de caridad, resalta también la creación del poco estudiado Consejo Nacional de Menores (CONAME), creado por la Ley de Menores del año 1969, cuerpo legal que además de reforzar los postulados del positivismo criminológico, se estableció como un órgano administrativo descentralizado encargado “de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento de las entidades y servicios públicos o privados que presten asistencia y protección a los menores en situación irregular”.

El tiempo de funcionamiento de CONAME fue bastante escueto. Como veremos en el próximo apartado, en razón de sus deficiencias operativas, a través del Decreto Ley 2.465 se crea el Servicio Nacional de Menores (SENAME), dependiente del Ministerio de Justicia.

En razón de su importancia, el desenvolvimiento del SENAME será tratado en el próximo apartado, sin perjuicio de mantenerse en dicho período la infancia catalogada como en “situación irregular”, etiqueta que, como veremos, convivirá con la denominación de infancia “en riesgo social”.

49 Anríquez, «La atención privada a la infancia en Chile».

50 Así está descrito en su sitio web <<https://www.ciudaddelnino.cl/quienes-somos/>> [consulta en línea: 20.11.2020].

Infancia en riesgo social (1990 en adelante): la llegada del modelo de protección integral de derechos tras la Convención de los Derechos del Niño

“Sr. Insulza,

Siendo yo un delincuente, desde niño creí que el sistema judicial está en pie para aplicar justicia y no para secar a un individuo en la cárcel. Independientemente de mi edad, creo que en el pasado, usted de haber sido consultado, habría propuesto lo mismo. Observo que por la calidad de sus ingresos, difícilmente sus hijos lleguen a estar en riesgo social. Usted habla de mi vida como si fuese para delinquir y no en delitos que cometí, intentando mejorar el remedo de vida y familia que tengo. Creo que a eso a su merced no le aplicaría ni una gota de empatía. Afirmando esto en base a sus declaraciones a la prensa y en la observación a su alcurnia. Solicito a usted como profesional de informes, burocracia y estadísticas, se dé un tiempo en su apretada agenda para leer los tales. Quizás, de esa manera, ya que nunca será en terreno, se dé cuenta que muchos chilenos y yo no nacimos delincuentes. Respetuosa y atentamente se despide de usted,

Roberto José Martínez V. Delincuente Habitual⁵¹

La doctrina de la situación irregular se mantuvo durante todo el siglo XX en buena parte invariable en nuestro país, manteniéndose incluso tras el surgimiento de una institucionalidad que contaba con la intención de barrer con las deficiencias operativas provenientes del Consejo Nacional del Menor. Como adelantábamos, el origen de SENAME está lejos de fundarse en un nuevo paradigma de atención a la infancia vulnerable, sino más bien, al menos hasta sus primeros años, se gestó como una labor de profundización del modelo

51 Carta de Roberto Martínez en respuesta a los dichos de José Miguel Insulza, Ministro del Interior de la época, quien señaló en el discurso público que el Tila se “seque en la cárcel”. Extraído de Cristino et al., *El Tila. Un sicópata al acecho*.

descrito en los apartados anteriores⁵².

La principal deficiencia a resolver decía relación con las nulas facultades operativas con las que contaba el Servicio para crear por sí mismo centros destinados a la atención de la infancia, en tanto se mantenía en la Ley de Menores el eterno descanso en la oferta privada y negaba a la Administración inmiscuirse en aspectos ajenos a la fiscalización de dichas instituciones. De esa forma, durante un primer período, la dictadura cívico militar, a petición de los Tribunales de Menores, optó por aumentar la oferta estatal disponible y la regularización de la existente, la cual se había valido de subterfugios para que, desde la Administración del Estado, se pudiese tener labores que fueran mucho más allá de lo que hasta ese entonces era un perenne rol subsidiario⁵³.

52 En efecto, si bien es destacable en el mencionado decreto la supresión legislativa de la mención de menores “en situación irregular”, ello no configuró un cambio de modelo, pues a través de la vía reglamentaria se mantuvieron conceptos de continuidad como el “peligro material o moral” o “problemas de adaptación social”, caracteres que están presentes incluso en la Ley de Protección de Menores de 1928. Véase Cillero, «Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile».

53 Las limitaciones establecidas a CONAME se encontraron en conflicto con la intensa labor ejercida por los tribunales de menores que, por razones de utilidad social –en el discurso, “los derechos de los niños”– se encontraban facultados para enviar a quienes estuvieran “en peligro material o moral” a una escasa oferta de centros de protección. Como nos señala Álvarez, para paliar dicha situación, en tiempos de vigencia de la Ley de Menores se dio uso de un resquicio legal para crear la Fundación del Niño Chileno (FUCICH), de personalidad jurídica de derecho privado, que tuvo como propósito crear y administrar centros a través del financiamiento estatal, es decir, se creó “el brazo operativo de CONAME en materia de asistencia”. Como constata nuestro autor, además de FUNICH, el Estado también entregaba asistencia a menores en situación irregular a través de otras instituciones. Así, mediante el Ministerio de Salud, se financiaban proyectos de rehabilitación y diagnóstico; el Ministerio de Educación mantenía Escuelas Hogares en diversas regiones del país; a través de la Secretaría de la Mujer, se mantenían centros de prevención o de atención diurna; a través de Carabineros de Chile, se administraban Clubes de Menores; a través de Gendarmería, se mantenían cárceles destinadas a la permanencia de jóvenes con fines de diagnóstico o por medidas de protección. No obstante lo anterior, de los “33.564 niños o jóvenes que el sistema brindaba asistencia en 1979, un 27% era asistido en el sector estatal y un 73% en instituciones de carácter privado, las cuales recibían un aporte estatal denominado “mantención institucional”. En otros términos, el protagonismo del Estado en este sector era bastante débil en comparación al sector privado”. Véase Jorge Álvarez, «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social», en *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*, coord. por Francisco J. Pilotti (Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 1994): 265-292.

Tabla 6 - NNA atendidos por sistema asistencial público y privado (1980)

Sistema asistencial	Sector público	Sector privado	Total
Prevención	4.540	4.053	8.593
Protección	5.907	18.623	24.530
Rehabilitación	1.614	294	1.908
Observación y diagnóstico	1.560	9	1.569
TOTAL	13.621 (37%)	22.979 (63%)	36.600

Fuente: Álvarez, «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social».

Sin perjuicio de un notable y pujante crecimiento en la oferta estatal, como se aprecia en la tabla precedente, ella siguió siendo considerablemente menor a la privada, indicando el mantenimiento de la valoración estatal dirigida hacia la labor proveniente de los movimientos de salvadores del niño, sin perjuicio de las notables deficiencias del sistema en términos de rehabilitación y prevención ligados al fenómeno delictivo⁵⁴, aspectos que, como hemos visto, eran altamente valorados por los artífices del modelo tutelar.

Otra de las falencias operativas decía relación con las subvenciones otorgadas al sector privado. El Decreto Ley 2.465 dotó de mayor transparencia el sistema de subvenciones, contemplando a éste como un estímulo para incentivar la labor privada⁵⁵.

Con el objeto de esclarecer una política de subvenciones que había estado marcada históricamente por el proselitismo, por primera vez se establecen parámetros de atención que se autoproclaman objetivos, estableciéndose un sistema de subvenciones –hasta nuestros días, problemático–, cuya principal característica era estar subordinado al *número de niños atendidos*.

A su vez, se estableció por primera vez que las instituciones colaboradoras debían firmar un Convenio entre la Entidad Privada y SENAME, en donde debían estar presentes “las condiciones bajo las cuales se atenderá a los menores, el número total de plazas en el establecimiento, el tipo de problemas que se atenderá, el conducto de derivación y los requisitos de ingreso de los niños”⁵⁶.

En esa línea, el cambio legislativo también supuso otorgar instrumentos

54 Álvarez, «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social».

55 Anríquez, «La atención privada a la infancia en Chile».

56 Anríquez, «La atención privada a la infancia en Chile».

legales destinados a sancionar a las instituciones que no cumplieran con las normas o las medidas impartidas por SENAME. Se estableció como facultad de este Servicio recurrir a los tribunales de justicia para que éstos, conforme al artículo 17 del decreto aquí reseñado, prohíban “mediante resolución fundada, la continuación de las acciones de asistencia o protección de menores, realizadas por personas naturales o por entidades públicas o privadas (...) cuando existan indicios graves de que la forma en que las desarrollan pueden poner en peligro material o moral a los menores”.

La pujante expansión del rol estatal, tanto en la atención como en sus facultades de control sobre el sector privado, sufrirá cambios considerables con la irrupción de la hegemonía neoliberal desde 1981. La extensión de los ideales neoliberales, que hasta ese entonces había estado presente en las carteras de Hacienda y Economía, se extenderá al Ministerio de Justicia para radicalizar un sistema subsidiario en la protección de menores, patrón que, como hemos visto, está presente desde los anales del modelo sostenido por las instituciones que ostentan las consignas de la protección.

En primer lugar, la irrupción neoliberal trajo consigo una disminución del hasta ese momento creciente Servicio. Como constata Álvarez, durante los años 1981 y 1982, se traspasaron a las instituciones privadas los cuarenta centros que a la fecha eran dependientes de SENAME, de la mano de la reducción de atribuciones de fiscalización y control del Servicio⁵⁷.

Por otra parte, modificaciones importantes tuvo el sistema de subvenciones. Sin perjuicio de que en un inicio la irrupción de la dictadura supuso un aumento de la subvención *por niño* –un incremento de 130%–, buscando incentivar la labor privada, la literatura especializada nos señala que ya en 1982 el sistema de subvenciones tendría mermas considerables en sus montos.

En efecto, el 1 de enero de 1982 se rebajó en un 5% el valor de las subvenciones. Luego, en julio del mismo año se suspendió su reajustabilidad automática, y en los años siguientes sólo se concedieron reajustes esporádicos. Este deterioro progresivo alcanzó en 1989 a un 135% menos de lo que se entregaba en 1981 a las instituciones por cada menor atendido, en términos

57 Álvarez, «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social».

reales⁵⁸.

La disminución de los montos de subvención trajo consigo diversos problemas. Al considerar el diseño institucional que estamos frente a una problemática de mercado, la disminución de la subvención trajo consigo desincentivos para las instituciones abocadas a la problemática de menores, viéndose de esa forma mermada la potestad sancionadora de la Administración, en tanto resultaba cada vez más pernicioso para el mantenimiento de las lógicas del Servicio caducar convenios a instituciones por mal funcionamiento⁵⁹.

El modelo no trajo un mejor devenir en la protección de los niños, niñas y adolescentes, pues estuvo orientado a aumentar la cobertura del Servicio, sin considerar las particularidades de los sujetos que reciben atención, profundizando el modelo tutelar y alejándonos de una práctica institucional que tuviera por eje el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, aquél que considera estar frente a sujetos de derecho y no meros objetos de caridad-represión.

Permaneciendo cuestionables patrones de impronta decimonónica, la práctica institucional aquí esbozada será la que estará presente en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

Con sus conceptos indeterminados y la laxitud que ofrece la Convención de los Derechos del Niño (CDN), la ha llevado a ser una de las más ratificadas en el mundo, sin ser nuestro país una excepción a ella, adscribiendo desde su ratificación en 1990 a la doctrina de la protección integral de los derechos de los niños.

Sin perjuicio de ser una herramienta de legitimación para dotar de mayor vigor la llegada del régimen democrático, es indudable que la CDN ha traído repercusiones significativas en nuestro ordenamiento jurídico a favor de los niños, niñas y adolescentes. Es dable señalar que desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño se ha dictado una batería legislativa que señala estar acorde con la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, destacándose bajo los aspectos esbozados en este artículo, la ley que pone fin a la estigmatizadora distinción entre hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio –denominados “legítimos” e “ilegítimos”, popularmente

58 Álvarez, «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social», 276.

59 Álvarez, «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social», 277.

denominados *huachos*—, la creación de los Tribunales de Familia⁶⁰, en desmedro de variadas potestades que ostentaban los extintos Juzgados de menores, y la dictación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente⁶¹, la cual establece un régimen penal juvenil especializado para los jóvenes infractores de ley.

Sin perjuicio de estos avances, como sugiere una amplia literatura y se estudia en los restantes capítulos del presente informe, el sistema de protección a la infancia está en evidente crisis, no lográndose subvertir una práctica institucional —vale decir, tanto pública como privada— que comete prácticas deleznable bajo el amparo del discurso de la protección⁶².

El enfoque de vulnerabilidad en perspectiva histórica: para qué identificar los riesgos

“Pues si llegué a comprender y agradecer lo que se me está dando, ha sido porque por primera vez en treinta y cinco años estoy recibiendo no dádivas sino comprensión y amor; no teatrales exhibiciones de caridad sino lecciones calladas de dignificación; no lástima o conmiseración espectacular sino silenciosa y edificante solidaridad”⁶³.

El carácter subterráneo del modelo tutelar y en particular de la doctrina de

60 Para un análisis del proyecto de ley que creó los Tribunales de Familia, véase Susana Turner, «Los Tribunales de Familia», *Ius et Praxis VIII*, n° 2 (2002), 413-433.

61 Sobre la dictación de dicha ley y el funcionamiento del sistema de responsabilidad penal adolescente en sus primeros años, véase Gonzalo Berríos, «La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas», en *Política Criminal 6* (2011), 163-191. En cuanto al fundamento dogmático del derecho penal juvenil, vale decir que la teoría de la pena puede alejarse de criterios de utilidad orientados a prevenir el fenómeno delictivo, véase Jonatan Valenzuela, «La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil», *Revista de Estudios de la Justicia* (2009), 235-261.

62 Además de las fuentes presentes de manera transversal en este Informe Temático, se sugiere revisar el interesante debate relativo a la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes presente en Fabiola Lathrop, Gonzalo Berríos, y Miguel Cillero, «Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes», *Anuario de Derechos Humanos 14* (2018): 15-31. Por otra parte, es importante precisar que el nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente no está exento de críticas: se ha cuestionado su coherencia con el modelo de protección integral de los derechos del niño (Julio Cortés Morales, «La ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones a largo plazo en el ámbito del control social punitivo», *El Observador*, n° 5 (2009): 58-82), la efectiva diferenciación y el respeto de garantías en comparación al sistema penal de adultos (Berríos, «La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas») y el mantenimiento de atisbos del positivismo criminológico (Matus, «El positivismo en el derecho penal chileno...»).

63 Extracto de la Carta de Alfredo Gómez Morel a Loreley Friedman, Directora del Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad de Chile (1962).

la situación irregular, vuelve complejo establecer una esquematización en donde se ponga término a dicho período y se señale con exactitud en qué momento comienza un modelo de protección integral de los derechos del niño, en buena parte debido a que, como lo sostiene la literatura especializada, a pesar de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, en nuestros días estamos frente a una *mutua convivencia* entre ambos modelos⁶⁴.

La indeterminación propia del Derecho ha llevado a que en nuestros días se sigan cometiendo vulneraciones de las garantías constitucionales de niños, niñas y adolescentes, a través del discurso de la protección impuesta, lejos de escuchar la voz de quienes dice proteger. Conceptos de carga histórica tutelar como el “interés superior del niño” son, sin duda, de los que más contribuyen a dicha tarea, dificultando el desarme del modelo tutelar y haciendo uso del DIDH para castigar –cual doctrina de la situación irregular– a la infancia más vulnerable.

En razón de esta indeterminación del Derecho, la pugna dogmática orientada a la protección de los niños, niñas y adolescentes es marcadamente hermenéutica, siendo la labor de la jurisprudencia el principal mecanismo para hacer exigibles los fundamentos dogmáticos que emanan de la Convención de los Derechos del Niño, permitiéndonos de esa forma distanciarnos del enfoque tutelar⁶⁵.

Entendiendo ello, y contribuyendo a la caracterización de la infancia a través de los factores de riesgo, la labor reciente de la Corte IDH, ha dado uso del enfoque de *vulnerabilidad* en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, concepto que es el eje de análisis del presente informe temático.

Teniendo por origen las inquietudes ante desastres naturales, el enfoque

64 Beloff, «Un modelo para armar !y otro para desarmar!».

65 Sobre la indeterminación del Derecho, comprendiéndolo como una herramienta discursiva estéril para dar coherencia a los mitos que le otorgan hermetismo y objetividad, véase Joseph William Singer, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», *The Yale Law Journal* *XCIV*, 94(1) (1984). En una línea argumental similar, reconociendo además de la indeterminación, el carácter político presente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase Martti Koskenniemi, «Human rights, politics and love», en *Mennesker & Rettigheter* (2001): 33-45. Finalmente, para un análisis crítico sobre la relevancia hermenéutica para la protección de los Derechos Humanos, véase Costas Douzinas, «El fin(al) de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 7(1) (2006): 309-340.

de vulnerabilidad nace desde las ciencias sociales como un modelo de riesgo pensado para orientar las medidas positivas tendientes a prevenir las perniciosas consecuencias que tienen por causa *hechos provocados por la naturaleza*. De esa forma, a través de una migración transdisciplinaria, la Corte IDH está utilizando las herramientas conceptuales –pensadas originalmente para prevenir desastres ambientales– ahora con el propósito de identificar la vulnerabilidad de sectores específicos de la población, y así establecer medidas positivas dirigidas para proteger y respetar a los niños, niñas y adolescentes, que se derivan de los deberes y compromisos internacionales asumidos por los Estados⁶⁶.

Así, como se deduce del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH que está presente en este informe temático, en la elaboración del *test de vulnerabilidad* realizado por la Corte IDH, son considerados factores como la *raza*, la *pobreza* y el *género*.

En este sentido, vale preguntarse si dicha propuesta puede ser utilizada como un discurso legitimador de prácticas penocustodiales o de caridad lejana a un enfoque de derechos humanos deseable bajo la doctrina del modelo de protección integral de derechos. O, dicho en otros términos, así como sus antecesoras, si acaso las nobles consignas de la protección de derechos pueden devenir en la legitimación discursiva del castigo dirigido hacia la pobreza en miras a la seguridad de la sociedad, brindando uso de herramientas que permiten identificar causas que estigmatizan a determinados sectores de la población por ser contrarios a los valores del orden social imperante.

La experiencia de los enfoques de riesgo incrementa nuestras dudas. Como demuestra la literatura especializada, aún persisten modelos de riesgo orientados a la prevención del delito que, apoyándose en métodos que señalan ser de aplicación universal y tienen como base conceptos extraordinariamente vagos, vulneran los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principalmente afectando sus garantías procesales, manteniéndose la disolución entre jóvenes infractores e infancia en riesgo social, tal como ocurría en tiempos de hegemonía

66 Rosmerlin Estupiñan-Silva, «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología», *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, coord. por Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014): 193-231.

de la doctrina de la situación irregular⁶⁷. Por otro lado, vale señalar que, a diferencia de sus antecesoras, el enfoque basado en riesgos hoy en día puede reproducir aún más la vulnerabilidad de los sujetos, sobre todo si consideramos que las nuevas tecnologías facilitan herramientas de estigmatización que tienen el potencial de ofrecernos ilusoriamente la promesa incumplible del positivismo criminológico: predecir el delito sin necesidad de una conducta positiva por el agente.

A pesar de todas las deficiencias, pareciera ser que los modelos de riesgo no van a ser desterrados de la política pública, promoviéndose por parte de la literatura especializada un nuevo foco frente a los modelos de prevención⁶⁸.

En coherencia con los valores democráticos y la vigencia de la doctrina de la protección integral de los derechos de los niños, los *test de vulnerabilidad* en la política pública no deben convertirse en excusa para disminuir las garantías procesales de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Desde la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño por nuestro país, no es considerado aceptable supeditar dicho enfoque de riesgo a criterios de peligrosidad y/o utilidad social, tal como ocurre con los postulados del positivismo criminológico ya descrito, reconociéndose discursivamente que el discurso de la protección no debe ser una excusa para legitimar la caridad-represión de los niños, niñas y adolescentes. Así, consideramos que el enfoque de riesgo bajo la doctrina de la protección integral puede estar orientado, entre otros aspectos, a analizar los factores de ingreso a la justicia juvenil –como por ejemplo, la deserción escolar y consumo de drogas–, pero dichas herramientas deben estar orientadas al desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes vulnerables y no a su criminalización, pudiendo establecerse, a partir de la información obtenida, medidas preventivas al delito centradas en el desarrollo del sujeto y no en la seguridad de la sociedad.⁶⁹

Por otra parte, bajo un modelo de protección integral es necesario considerar

67 Al respecto, nos remitimos al trabajo de Stephen Case, «Questioning the "Evidence" of Risk that Underpins Evidence-led Youth Justice Interventions», *Youth Justice* 7(2) (2006): 91-105, doi:10.1177/1473225407078771.

68 Case, «Questioning the "Evidence" of Risk that Underpins Evidence-led Youth Justice Interventions».

69 En nuestro país se han realizado enfoques de riesgo orientados a identificar las causales de ingreso a los recintos de justicia juvenil. Al respecto, véase Jorge Álvarez, «Factores de riesgo asociados para ingresar al circuito de justicia juvenil del SENAME», *Revista Señales*, n.º 12 (2014): 6-24.

los testimonios de los sujetos que reciben el tratamiento institucional ligado al reproche penal juvenil, no sólo pensado en asimetrías de información y control sobre el buen funcionamiento de las instituciones que reciben subsidio estatal, sino también teniendo en cuenta que omitir escuchar a los NNA supone excluir a los sujetos del espacio público que es propio de la democracia, negándoles su calidad de sujetos de derecho.⁷⁰

La advertencia aquí presentada coincide con la proveniente de la historia de los sujetos que han recibido las vejaciones de quienes enarbolan las consignas de la protección. La memoria de los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos nos señala que las medidas tendientes a protegerles no deben cubrirse bajo el velo de la misericordia y las dádivas que dan lugar al castigo impune, sino que más bien ella nos exige, recurriendo a los términos de Alfredo Gómez Morel, una “edificante solidaridad” que resulta impensada bajo un enfoque tutelar o caritativo.

Hablar de *vulnerabilidad* en niños, niñas y adolescentes bajo un enfoque de *protección integral de derechos* debe ser considerado como un sinónimo del deber que tiene la sociedad en su conjunto para discutir políticamente la realización de dichos sujetos, en un genuino ejercicio de mediación entre NNA y adultos. Ya no basta con hablar de NNA *vulnerables* –en su forma de *desvalidos*, *menores irregulares* o *en riesgo social*–, sino que, como bien ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se desprende de la *memoria* de quienes han recibido disciplina moralizante y castigos desmedidos, es necesario adoptar medidas positivas para paliar el riesgo social y prevenir la vulneración futura de sus derechos. Así, la adopción de un paradigma de protección integral se plantea en el marco de un desafío histórico para materializar un reconocimiento efectivo de derechos, dignidad y desarrollo armónico de niños, niñas y adolescentes, aún pendiente.

70 Sobre la política y lo necesario de la participación infantil en el espacio público, nos remitimos al trabajo de Eduardo Bustelo, *El recreo de la infancia: argumentos para otro comienzo*, Segunda edición (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011).

Referencias

ÁLVAREZ, Jorge. «Factores de riesgo asociados para ingresar al circuito de justicia juvenil del SENAME». *Revista Señales*, n.º 12 (2014): 6-24.

ÁLVAREZ, Jorge. «La experiencia neoliberal en la atención de menores en riesgo social». *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*, coord. por Francisco J. Pilotti: 265-292. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 1994.

ÁNRIQUEZ, María Teresa. «La atención privada a la infancia en Chile». En *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico*, de coord. por Francisco J. Pilotti: 153-213. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 1994.

ARIÈS, Philippe. «El niño y la vida familiar en el antiguo régimen». *El Observador*, n.º 8 (2011): 82-110.

BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio. *La responsabilidad penal del menor*. Santiago: Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas, 1974.

BELOFF, Mary. «Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de los derechos del niño vs. modelo de la situación irregular». En *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, coord. por Mary Beloff: 1-47. Buenos Aires: Ediciones Del Puerto, 2009.

BERRÍOS, Gonzalo. «La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas». *Política Criminal* 6 (2011): 163-191.

BUSTELO, Eduardo. *El recreo de la infancia: argumentos para otro comienzo*. Segunda edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

CASE, Stephen. «Questioning the “Evidence” of Risk that Underpins Evidence-led Youth Justice Interventions». *Youth Justice* (2006): 91-105.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. «Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile». En *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectivas del Servicio Nacional de Menores y*

su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico, coord. por Francisco J. Pilotti: 75-153. Montevideo: Instituto Interamericano del Niño, 1994.

CORTÉS MORALES, Julio. «A 100 años de la creación del primer tribunal de menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente». *Justicia y Derechos del Niño* 1 (1999): 63-78.

CORTÉS MORALES, Julio. «La ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones a largo plazo en el ámbito del control social punitivo». *El Observador*, n.º 5 (2009): 58-82.

CRISTINO, Constanza, Daniela Rosales, Fernanda Varela, y Noelia Zunino. *El Tila. Un sicópata al acecho*. Santiago: Catalonia, 2016.

DOUZINAS, Costas. «El fin(al) de los derechos humanos». *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 7(1) (2006): 309-340

EGAÑA, María Loreto. *La educación primaria popular en el siglo XIX en Chile: una práctica de política estatal*. Santiago: LOM Ediciones, 2000.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología». *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, coord. por Laurence Burgogue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014): 193-231.

GAJARDO, Samuel. *Los derechos del niño y la tiranía del ambiente*. Santiago: Editorial Nacimiento, 1929.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. «Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social». En *Infancia. De los derechos y de la justicia*, editado por Emilio García Méndez: 33-57. México: Fontamara, 2007.

GÓMEZ MOREL, Alfredo. *El Río*. Santiago: Tajamar Editores, 2012.

ILLANES, María Angélica. *En el nombre del pueblo, del Estado y de la Ciencia. Historia Social de la Salud Pública en Chile 1880-1973 (Hacia una historia social del siglo XX)*. Segunda Edición. Santiago: Ministerio de Salud Ediciones, 2010.

JOCELYN-HOLT, Alfredo. *La independencia de Chile. Tradición, modernización y*

mito. Tercera edición. Santiago: DeBolsillo, 2012.

KOSKENNIEMI, Martti. «Human rights, politics and love». *Mennesker & Rettigheter* (2001): 33-45.

LATHROP, Fabiola, Gonzalo Berríos, y Miguel Cillero. «Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes», *Anuario de Derechos Humanos* 14 (2018): 15-31.

LEÓN, Marco. *Construyendo un sujeto criminal. Criminología, criminalidad y sociedad en Chile. Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Universitaria, 2016.

LETELIER, Raúl. «Garantías penales y sanciones administrativas». *Política Criminal* 12, n.º 24 (2017): 622-689.

LLANOS, Edison. *Mi infierno en el SENAME (ansias de libertad)*. Santiago: CEIBO Ediciones, 2017.

MATUS, Jean Pierre. «El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente». *Revista de Derecho XX*, n.º 1 (2007): 175-203.

MOLINA, Carlos. *Institucionalidad sanitaria chilena. 1889-1989*. Santiago: LOM Ediciones, 2010.

MORENO, Rosario. *Huellas imborrables. Testimonios de niños, padres, jueces, gendarmes, directores y funcionarios de centros del SENAME*. Santiago: Editorial Planeta, 2018.

MOYANO, Cristina y Javier Rivas. «Visitadoras sociales en la industria: creación de un campo de expertos del “bienestar”, 1920-1950». *Historia* (2017): 171-199.

PALMA, Marison y Peter Mason. «La ventana indiscreta de Sergio Larraín. Genealogías fotográficas y construcciones etnográficas de lo marginal». *Diálogo Andino* (2016): 155-165.

PONCE DE LEÓN, Macarena. *Gobernar la pobreza. Prácticas de caridad y beneficencia en la ciudad de Santiago, 1830 y 1890*. Santiago: Editorial Universitaria, 2011.

ROJAS FLORES, Jorge. *Historia de la infancia en el Chile republicano*. Santiago: Ediciones de la Junji, 2016.

ROJAS FLORES. «Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930». *Historia* 40, n.º 1 (2007): 129-144.

SALAZAR, Gabriel. *Ser niño “huacho” en la historia de Chile (siglo XIX)*. Santiago: LOM Ediciones, 2007.

SALINAS, René y Manuel Delgado. «Los hijos del vicio y del pecado. La mortalidad de los niños abandonados (1750-1930)». *Proposiciones* (Área de Estudios e Investigaciones de Sur), n.º 19 (1986): 44-54.

SINGER, Joseph William. «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory». *The Yale Law Journal* XCIV, n.º 1 (1984).

TODOROV, Tzvetan. *Los abusos de la memoria*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2000.

TURNER, Susana. «Los Tribunales de Familia». *Ius et Praxis* VIII, n.º 2 (2002): 413-433.

URRUTIA, Cecilia. *Los niños de Chile*. Santiago: Editorial Quimantú, 1972.

URTUBIA, Francisco. «Disciplina para huachos: Historia social de la infancia presente en las instituciones de protección del Chile Republicano». Memoria de Prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019.

VALENZUELA, Jonatan. «La pena y la educación. Una aproximación al fundamento de la pena juvenil». *Revista de Estudios de la Justicia* (2009): 235-261.

VARGAS, Nelson. «170 años de la Escuela de Medicina de la Universidad de Chile: su aporte a la salud infantil y del adolescente en Chile». *Revista Chilena de Pediatría* 74 (2003): 141-148.

Capítulo II. Infancia vulnerada en Chile: estudio del sistema residencial SENAME y políticas públicas*

Niñas, niños y adolescentes en Chile

En marzo de 2015, Daniela Belén Vargas, niña de 13 años bajo cuidado del SENAME, falleció producto de una insuficiencia cardíaca en un hospital de Puerto Montt. Sin embargo, el hecho se hizo público dos años después, causando polémica, pues a pesar de requerir un trasplante de corazón, no fue ingresada en la lista de espera. La Red de Salud “UC Christus”, centro de referencia al que Daniela fue derivada, declaró que, para este caso en particular, el trasplante no estaría indicado como tratamiento, debido a que no se reunían las condiciones necesarias para un pre y post operatorio exitoso, ya que la condición de precariedad social, familiar y personal de la paciente no aseguraban la existencia de un adulto responsable dedicado a las necesidades médicas de la niña, así como tampoco condiciones adecuadas en su vivienda que asegurasen el éxito del procedimiento¹. El Centro de Salud requirió al SENAME, institución a cargo de la protección de Daniela, mejorar sus condiciones para entonces reevaluar la decisión. En la espera de esa respuesta, Daniela fue derivada al hospital de Puerto Montt, donde falleció al poco tiempo.

Este caso paradigmático ejemplifica el estado en que se encuentran muchos niños, niñas y adolescentes en los centros SENAME, institución que no asegura siquiera las medidas conducentes para un tratamiento médico complejo que permita vivir a una niña.

En este apartado se presenta una caracterización de NNA del país a partir de los datos del Censo 2017, Casen 2015 y 2017, así como de los proporcionados por diversas encuestas y estudios de otros servicios públicos y organizaciones privadas. Se exponen cifras generales y también de grupos de interés particular, como los relativos a infancia migrante e indígena, y también

* El presente capítulo fue elaborado por Valentina Canales Guzmán, Rodrigo Mallea Cardemil, Camilo Ruz Ibáñez y Cecilia Vera Castillo, ayudantes de investigación equipo CDH, bajo la dirección de la profesora Rita Lages de Oliveira.

1 «Declaración Pública de la Red Salud UC Christus sobre caso Daniela Vargas», Red Salud UC Christus. <<https://medicina.uc.cl/noticias/declaracion-publica-la-red-salud-uc-christus-caso-daniela-vargas/>> [consulta en línea: 20.11.2020].

fenómenos particulares que afectan a NNA, como el consumo de drogas y embarazo adolescente.

De acuerdo al Censo 2017, en Chile hay una población total de 17.574.003 personas². Del total, 4.259.155 corresponden a NNA de entre 0 y 17 años, lo que es equivalente a un 24,24% de la población total del país. A diferencia de lo que ocurre en la estadística de población total, para el caso del segmento de niños, niñas y adolescentes, la mayoría la integran niños y adolescentes de sexo masculino. La distribución geográfica de NNA a lo largo del país es relativamente equitativa; la región de Tarapacá es aquella con mayor porcentaje, y la región de Magallanes y Antártica Chilena es aquella con menor presencia, con 27,81% y 22,59% de NNA en relación con la población total, respectivamente.

El total de población infantil y adolescente se puede desagregar en rangos etarios diferenciados, que abarcan distintas etapas del curso de vida que están comprendidas en la niñez y la adolescencia, de acuerdo a la propuesta utilizada por la encuesta CASEN en su último informe de niñez: 0 a 3 años, 4 a 5 años, 6 a 9 años, 10 a 13 años y 14 a 17 años³. A su vez, de acuerdo con los datos del Censo 2017, se observa que un 21,77% del total corresponde al primer segmento. El siguiente rango representa un 11,22% de los NNA el país. Luego, en el grupo que oscila entre los 6 y 9 años, se concentra un 22,81% de la población, mientras que un 21,40% de los NNA tiene entre 10 y 13 años. El 22,81% restante de NNA son aquellos que tienen entre 14 y 17 años.

En relación con la situación socioeconómica, los NNA se caracterizan por ser un grupo etario con mayor susceptibilidad a la pobreza respecto al total de la población. En efecto, hay una diferencia estadísticamente significativa entre NNA y la población adulta en la incidencia de la pobreza por ingresos⁴. En los niños de 0 a 3 años, esta es de un 15% y en el grupo entre 4 a 17 años es de un 13,6%. A medida que avanzan en edad, los niveles de pobreza en los NNA van

-
- 2 INE contempla una proyección estadística actualizada a junio de 2019, de acuerdo a la cual la población total a nivel nacional estimada es de 19.107.216. Ver sitio web <https://www.ine.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/proyecciones-de-poblacion> [consulta en línea: 20.11.2020].
 - 3 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Niños, niñas y adolescentes, síntesis de resultados* (Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo Social, División Social, 2018). <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php> [consulta en línea: 20.11.2020].
 - 4 Entendida, de acuerdo con la encuesta Casen, como el porcentaje de personas en una población determinada que forma parte de hogares cuyos ingresos son inferiores a la línea de pobreza.

disminuyendo, ostentando un 8,5% en las personas entre 18 y 29 años, 8,4% entre los 30 y 44 años, 6,5% en las personas entre 45 y 59 años, y de un 4,5% en las personas de 60 años y más⁵. Pese a que la tendencia en los últimos años es que los niveles de pobreza en cada grupo de edad y a nivel país descieran, NNA se mantienen como la población con mayor incidencia de pobreza. En cuanto a los indicadores de pobreza multidimensional⁶, los grupos menores de 18 años presentan mayores niveles de incidencia. Según los datos de 2017, el tramo de personas entre 0 y 17 años tiene un 22,9% de incidencia, número que va disminuyendo a medida que aumentan los rangos de edad, excepto en el grupo de 60 años y más, donde hay un aumento⁷.

Los datos de la encuesta CASEN de 2017 muestran que, si se observa el detalle de cada uno de los 18 indicadores que mide dicho instrumento –entre los que se encuentran *escolaridad*, *malnutrición*, *ocupación*, *servicios básicos*, *trato igualitario*, entre otros– y se contrasta la situación de hogares con y sin presencia de NNA, es posible apreciar que en los hogares con presencia de NNA los porcentajes de carencia son mayores, en 11 de los indicadores, en relación a aquellos hogares sin NNA⁸. Así, se puede observar que la niñez representa un grupo especialmente susceptible a la incidencia de la pobreza en sus distintos niveles. Esta desigualdad en la distribución del ingreso es una situación conocida, y conlleva múltiples efectos negativos, tanto a nivel de integración y cohesión social como en diferencias de oportunidades a las que acceden los NNA, y que se traducen en inequidades en ámbitos tan sensibles como educación, salud, vivienda, entre otros, teniendo en cuenta también la distribución inequitativa en las distintas regiones del país. Esta desigualdad ha sido advertida por el Comité de Derechos del Niño de la ONU al Estado chileno⁹.

5 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Situación de pobreza, síntesis de resultados* (Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo social, División Social, 2018). <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php> [consulta en línea: 20.11.2020].

6 Entendida, de acuerdo con la encuesta Casen, como la situación de personas que forman parte de hogares que no logran alcanzar condiciones adecuadas de vida en un conjunto de dimensiones relevantes del bienestar, que son Educación, Salud, Trabajo y Seguridad social, Vivienda y Entorno, y Redes y Cohesión Social.

7 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Situación de pobreza, síntesis de resultados*.

8 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Niños, niñas y adolescentes, síntesis de resultados*.

9 Naciones Unidas (Comité de Derechos del Niño), "Observaciones finales al segundo informe periódico de Chile. 2007", párr. 59-60. <<https://undocs.org/es/CRC/C/CHL/CO/3>> [consulta en línea: 20.11.2020].

La educación y el acceso que NNA tienen a esta es un dominio en el que estas desigualdades se observan. De acuerdo con datos de la encuesta CASEN 2017, la menor tasa de asistencia a recintos educacionales se observa en el segmento de la educación parvularia, en donde sólo un 51,2% de la población entre 0 y 5 años asiste, y la principal razón de esta tasa de asistencia es que las familias no lo consideran como algo necesario. En el caso de la educación básica, la tasa neta de asistencia en 2017 fue de un 91,4%, sin haber diferencias significativas por género, ni por situación de pobreza. En educación media, la tasa neta de asistencia en 2017 fue de 73,4%. La principal razón de no asistencia de los jóvenes es por “motivos personales”, como por ejemplo, ayudar en la casa o quehaceres del hogar, embarazo, maternidad o paternidad, enfermedad que lo inhabilita, problemas familiares, entre otros. En este nivel sí hay diferencias de género: en hombres, la tasa de asistencia fue de 71,5%, mientras que en mujeres alcanzó un 75,5%. También existen diferencias según la situación socioeconómica: los NNA en situación de pobreza por ingresos asisten un 8% menos que aquellos que están sobre la línea de la pobreza¹⁰.

La realidad de NNA también se cruza con situaciones de desigualdad y exclusión y hace visible a grupos de especial interés respecto a la protección de sus derechos¹¹. Uno de estos casos es el de la niñez indígena. De acuerdo a la CASEN 2017, un 12,9% de la población menor a 18 años pertenece a algún pueblo indígena, mientras que en la población adulta este porcentaje corresponde a un 8,5%. El porcentaje de NNA que pertenece a un pueblo indígena, y además se encuentra en situación de pobreza por ingresos, es de un 19,7%, mientras que aquellos NNA que no pertenecen a algún pueblo indígena, tienen una incidencia de la pobreza de un 13,1%. Lo mismo ocurre respecto a la pobreza multidimensional, en donde los niveles de pobreza de la población indígena son más altos respecto a la población no indígena: el nivel de incidencia de pobreza para NNA es de 30,6%, mientras que la población no indígena, menor a 18 años,

10 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Educación, síntesis de resultados* (Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo social, División Social, 2018). <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php> (consulta 15.10.2020).

11 Consejo Nacional de la Infancia, *Política nacional de niñez y adolescencia. Sistema integral de garantías de derechos de la niñez y adolescencia 2015-2025* (Santiago de Chile: Consejo Nacional de la Infancia, 2016), 48. <<http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/Politica-Nacional-de-Nin%CC%83ez-y-Adolescencia.pdf>> (consulta 15.10.2020).

es de un 21,7%¹².

Respecto de la situación migratoria, de acuerdo con la CASEN 2017, un 4,4% del total general de la población es migrante, y 2,8% del total de NNA es migrante. La tendencia en la incidencia de la pobreza por ingresos en los últimos años en NNA migrantes ha ido en aumento, siendo de 14,9% en 2013, 17,6% en 2015, y 22,1% en 2017, a diferencia de lo que ocurre en la población de NNA nacidos en el país. Además, de acuerdo a este estudio, la población migrante proveniente de América Latina y el Caribe supera a la nacional en la incidencia de la pobreza por ingresos, al menos en lo que respecta a la población de NNA. La situación es similar si se observa la pobreza multidimensional: los NNA nacidos en el extranjero tienen una incidencia de la pobreza de 31,9%, mientras que en NNA nacidos en el país alcanza un 22,6%. Para los adultos, es de un 23,4% en el caso de extranjeros y un 19,8% para los nacidos en el país¹³. Así, de acuerdo con este indicador, el grupo de NNA migrantes está en una situación de pobreza considerablemente mayor a su par nacional, así como respecto a la población adulta. En relación con el acceso a la educación, para el nivel de educación media, los NNA migrantes también tienen una menor tasa de asistencia a la escuela: los jóvenes nacidos fuera de Chile muestran un porcentaje 14 puntos menos de asistencia respecto a sus pares nacidos en el país¹⁴.

En cuanto a NNA en situación de discapacidad, de acuerdo con el Segundo Estudio Nacional de la discapacidad, elaborado por el Servicio Nacional de la Discapacidad (SENADIS) en 2015, un 5,8% de la población entre 2 y 17 años está en situación de discapacidad, siendo el grupo de edad con menor presencia de personas en situación de discapacidad de la población, y que se concentra mayoritariamente en hombres¹⁵. Además, resulta preocupante que el 40% de NNA en situación de discapacidad se concentre en el primer quintil¹⁶.

En cuanto a los NNA que viven en zonas rurales, un 11,6% del total de

12 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Niños, niñas y adolescentes, síntesis de resultados*.

13 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Niños, niñas y adolescentes, síntesis de resultados*.

14 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Educación, síntesis de resultados*.

15 Servicio Nacional de la Discapacidad, *II Estudio Nacional de la Discapacidad 2015* (Santiago de Chile: Servicio Nacional de la Discapacidad, 2016).

16 Consejo Nacional de la Infancia, *Política nacional de niñez y adolescencia...*, 48.

NNA del país se ubica en zonas rurales, de acuerdo con datos del CENSO 2017. De por sí, la pobreza por ingresos en zonas rurales es mayor que en zonas urbanas. En el caso particular de NNA, si la pobreza por ingresos para este grupo en zonas urbanas es de 12,4; en zonas rurales es de 24,2. Además, la distancia entre adultos y menores de 18 años en zonas urbanas (6,5 puntos) es menor que la diferencia en zonas rurales (10 puntos). Lo mismo ocurre en el caso de la pobreza multidimensional, en donde para NNA de zona urbana su incidencia es de 20,8% y 37,4% en zonas rurales, lo que se vincula con el escaso y/o difícil acceso a servicios y redes en zonas rurales¹⁷.

En lo relativo a NNA lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), existen escasos registros y datos, lo que constituye una situación preocupante e importante desafío para avanzar en la protección, reconocimiento y garantía de sus derechos¹⁸. En este grupo, aumenta el riesgo de ser víctima de *bullying*, discriminación y maltrato¹⁹. Considerando que el riesgo de suicidio es particularmente alto en quienes son víctimas de *bullying*, NNA LGTBI tienen un riesgo hasta cuatro veces mayor de cometer suicidio que el resto de sus pares, lo que se eleva a ocho veces más cuando son rechazados por sus familias²⁰.

Otras situaciones relevantes para la caracterización de la niñez en Chile son el embarazo adolescente, el consumo de drogas y el trabajo infantil. De acuerdo con la Corporación Miles Chile, a noviembre de 2015, se registró un total de 10.410 madres niñas y/o adolescentes. En esta cifra total, se cuentan 4.749 adolescentes de 17 años, y 14 niñas de apenas 11 años dando a luz²¹. El embarazo adolescente está vinculado a la ausencia de derechos sexuales y reproductivos de la mujer, existiendo una alta proporción de embarazos no deseados durante la niñez y adolescencia, así como consecuencia de violencia sexual. Estos embarazos implican también grandes desigualdades de género, ya que la responsabilidad de la maternidad se le adjudica netamente a la niña o

17 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Niños, niñas y adolescentes, síntesis de resultados*.

18 Consejo Nacional de la Infancia, *Diversidad sexual en niños, niñas y adolescentes. Propuestas mesa técnica* (Santiago de Chile: Consejo Nacional de la Infancia, 2016). <http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/3.-Diversidad-sexual_en_ninos_ninas_adolescentes.pdf> (consulta 15.10.2020).

19 Consejo Nacional de la Infancia, *Política nacional de niñez y adolescencia...*

20 Consejo Nacional de la Infancia, *Diversidad sexual en niños, niñas y adolescentes...*, 17.

21 Claudia Dides y Constanza Fernández, *Primer Informe Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Estado de la situación 2016* (Santiago de Chile: Corporación Miles Chile, 2016), 46. <http://www.mileschile.cl/documentos/Informe_DDSSRR_2016_Miles.pdf> (consulta 15.10.2020).

adolescente violentada. Además, afecta en mayor medida a niñas y adolescentes en situación de pobreza y con menor nivel educativo, que luego tienden a dejar sus estudios y a conseguir trabajos precarios, de bajos salarios y sin cobertura de seguridad social²². Otro dato importante es que, de acuerdo con la CASEN 2015, los NNA cuya madre tenía menos de 18 años al nacer, tienden a concentrarse en los primeros quintiles y, a medida que aumenta la edad que tenía la madre al momento del nacimiento, deja de ser tan marcada esta concentración, revelándose el embarazo adolescente como un fenómeno que repercute tanto en las madres adolescentes como en sus hijos/as²³.

En el caso del consumo de drogas, en 2016, un 12,6% de los jóvenes entre 12 y 18 años tenía una prevalencia de consumo de marihuana. Para el caso del consumo de clorhidrato de cocaína, esta cifra es de un 0,3%, al igual que para el consumo de pasta base. En el caso del alcohol, la prevalencia de su consumo en el grupo de entre 12 y 18 años es de un 18,7%. La cifra respecto al consumo diario de tabaco para este grupo es de un 5,5%. Se expone también la porción de NNA entre 12 y 18 años que declara les sería “fácil” conseguir droga: l un 51,6% señala esto para acceder a marihuana, un 20,7% para el caso de cocaína y un 18,4% lo haría para el caso de la pasta base. Cabe destacar que esta percepción de facilidad de acceso a drogas en los tres casos es menor en el grupo de NNA que en el total de la población general²⁴.

En relación con el trabajo infantil y sus consecuencias en la integridad física, psicológica y moral de NNA, en general hay pocos datos disponibles, lo que dificulta los esfuerzos para identificarlo y erradicarlo²⁵. En 2013, se realizó la Encuesta Nacional sobre actividades de NNA (EANNA) que entrega cifras al respecto, la que arrojó que existen 229 mil NNA de 5 a 17 años (6,9% del total) que se encuentran ocupados y 219 mil NNA que realizan trabajo infantil (6,6% del

22 Dides y Fernández, *Primer Informe Salud Sexual...*,41.

23 Ministerio de Desarrollo Social, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2015 (CASEN). Niñez y adolescencia, síntesis de resultados*.

24 Observatorio Chileno de Drogas, *Décimo Segundo Estudio Nacional de Drogas en Población General de Chile, 2016* (Santiago de Chile: Senda, 2017) <https://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/media/estudios/PG/2016_Estudio_Drogas_Poblacion_General.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

25 OIT, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Ministerio de Desarrollo Social, *Magnitud y características del trabajo infantil en Chile – Informe 2013* (Santiago de Chile: OIT, IPEC, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Ministerio de Desarrollo Social de Chile, 2013), 11. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_582519.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

total). La mayoría de los NNA ocupados o trabajando se encuentran en el tramo entre 15 y 17 años. Del total de NNA ocupados, 10 mil se dedican a trabajo no peligroso en dicho tramo etéreo. El resto entra en la categoría de trabajo infantil (ilegal): 94 mil NNA que cuentan entre 5 a 14 años realizan trabajos sin contar con la edad mínima para ello, y 125 mil NNA de 15 a 17 años realizan labores calificadas como peligrosas²⁶.

Por último, resulta interesante contrastar el panorama general que ofrecen los distintos indicadores mencionados respecto a la niñez en el país con la visión que los propios NNA tienen respecto de su experiencia de ser niño, niña y adolescente. Esto se aborda en la Primera Encuesta de Desarrollo Humano en NNA, desarrollada por el PNUD en 2017. Los resultados generales apuntan a una experiencia subjetiva positiva de la niñez en el país, en donde los NNA encuestados manifiestan satisfacción por diversos ámbitos de sus vidas, como educación, salud, vivienda, entre otros²⁷. Los resultados de la encuesta, que en sí misma constituye un ejercicio del derecho de NNA a participar y un avance hacia la valoración de sus opiniones, contrastan con el panorama general que entregan cifras institucionales, que dan cuenta de la intersección entre situaciones de niñez, situación socioeconómica, sexo, género, pertenencia a un pueblo indígena, entre otras.

El Servicio Nacional de Menores y su población

El SENAME es la principal institución a cargo de la infancia vulnerada en sus derechos. De acuerdo al Decreto Ley N° 2465 del año 1979, su objetivo es contribuir a proteger y promover los derechos de los NNA que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal²⁸. Este órgano depende del Ministerio de Justicia y los Derechos Humanos y cuenta con centros de atención directa y con una red de colaboradores acreditados sujetos a un sistema de licitaciones públicas.

26 OIT, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Ministerio de Desarrollo Social, *Magnitud y características del trabajo infantil en Chile – Informe 2013*.

27 PNUD, *Primera Encuesta de Desarrollo Humano en niños, niñas y adolescentes* (Santiago de Chile: PNUD, 2018). <https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/human_development/primer-encuesta-de-desarrollo-humano-en-ninos--ninas-y-adolesce.html> [consulta en línea: 20.11.2020].

28 Decreto Ley N°2465, que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica (D.O. 10 de enero de 1979), Artículo 1.

Según información de SENAME, los centros de atención directa utilizan el 37% del presupuesto total, mientras que los órganos colaboradores el 67% restante²⁹. Como dato adicional, cabe señalar que sólo 69 centros y programas son administrados por el SENAME de forma directa, mientras 1.776 se encuentran a cargo de los Organismos Colaboradores Acreditados (OCAS), correspondiendo al 96,2% de la oferta total.

Su intervención tiene cuatro líneas principales de acción, a saber: (1) *protección y restitución de derechos*, (2) *justicia juvenil*, (3) *adopción* y, la recientemente incluida, (4) *prevención y participación*, en la que tienen rol preponderante las Oficinas de Protección de Derechos (OPD).

De acuerdo al anuario estadístico del SENAME de 2017, 56.512 niñas y 55.299 niños estaban siendo atendidos en el área de protección de derechos, existiendo un total de 111.811 niños, niñas, adolescentes y adultos que se encontraban en un programa o residencia de la red SENAME, siendo la principal causa de ingreso casos de negligencia de las personas a cargo del cuidado de NNA, que se traducen en el 33% de las atenciones³⁰.

Tabla 7 - Población SENAME

Sexo		Primera Infancia (0-3 años)	Primera Infancia II (4-8 años)	Segunda Infancia (9-13 años)	Adolescencia (14-17 años)	Mayores de 18 años	En gestación	Total
Total NNA Hombres	Recuento	5.927	17.025	17.613	13.664	1070	-----	55.299
	% dentro de tramo de edad	100%	100%	100%	100%	100%	-----	100%
Total NNA Mujeres	Recuento	5.642	15.235	16.919	17.270	1.382	64	56.512
	% dentro de tramo de edad	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Fuente: SENAME, Anuario estadístico SENAME 2017.

29 Ver descripción institucional en sitio web <http://www.sename.cl/web/nuestra-institucion/> [consulta en línea 20.11.2020].

30 SENAME, *Anuario estadístico SENAME 2017* (Santiago de Chile: Sename, 2018). <<https://www.sename.cl/anuario-estadistico-nv-2020/Anuario-Estadistico-2017-nv.pdf>> [consulta en línea: 20.11.2020].

Por otro lado, siguiendo la misma fuente, y en relación al área de justicia penal, los datos entregados nos muestran que, respecto a las atenciones vigentes y a la modalidad libre medio, referidas a medidas cautelares ambulatorias, programa de libertad asistida, programa de libertad asistida especial, programa de salidas alternativas y servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño, la cantidad total de NNA y adultos correspondía a 9.604. Por su parte, la modalidad privativa de libertad, correspondiente a centros de internación provisoria, centro de régimen cerrado y centro de régimen semicerrado sumaba un total de 1.387 atención vigentes³¹.

De lo anteriormente señalado podemos observar que la población de NNA y adultos que son atendidos en los programas o residencias de la red SENAME se concentran principalmente en la línea de acción de *protección y restitución de derechos*, cuyo funcionamiento se basa en la existencia de más de 280 centros de residenciales a lo largo del país, de los cuales diez de ellos corresponden a Centros de Reparación de Administración Directa (CREAD), y el resto a centros administrados por las instituciones colaboradoras.

La crisis del SENAME: principales informes

El 11 de abril de 2016, y tras conocerse la noticia sobre la muerte de Lissette Villa Poblete, una niña de 11 años que residía en el Centro de Reparación de Administración Galvarino de la comuna de Pudahuel, la crisis del SENAME se hizo evidente. La consecuencia inmediata de dicha crisis fue que en octubre de ese mismo año la entonces directora de SENAME Solange Huerta diera a conocer la verdad acerca de las muertes ocurridas al interior de los centros de administración directa del SENAME y de sus organismos colaboradores: la cifra de NNA y adultos fallecidos bajo la tutela de la institución ascendía a un total de 1.313 entre 2005 y 2016, período que comprendió tres distintos gobiernos.

Con anterioridad a este trágico suceso, sin embargo, ya existían cuestionamientos hacia SENAME tanto de la sociedad civil como de órganos políticos e instituciones públicas.

A continuación, se estudian los principales informes sobre el estado del

31 SENAME, *Anuario estadístico SENAME 2017*, 208-209.

SENAME. Para efectos de este informe temático, cada uno de estos documentos ha sido tratado por separado, en razón de sus particularidades. El objetivo de este apartado es ofrecer un levantamiento extenso de información relevante para caracterizar dicho sistema residencial, posibilitando, a su vez, un análisis exhaustivo de los resultados de dicha investigación.

1.- Informe de la Cámara de Diputados respecto del Informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (2014)

Este informe comenzó a elaborarse en 2013, luego de que el Centro de Investigación Periodística (CIPER Chile)³² diera a conocer parte del contenido del informe titulado “Proyecto de levantamiento y unificación de información referente a los niños, niñas y adolescentes en sistema residencial en Chile”, realizado por el Poder Judicial con colaboración de UNICEF, que daba cuenta de las reales condiciones en las que se encontraban los centros residenciales del SENAME y las situaciones de abuso, drogadicción, explotación sexual, falta de recursos y fiscalización, entre otras.

Este informe se refiere a irregularidades metodológicas del Informe de la Comisión Especial, debido a la falta de información cuantitativa y cualitativa y a la interrupción de su desarrollo por cambios en la comisión investigadora, traduciéndose en la omisión de información importante para la caracterización del sistema residencial. Sus principales ejes temáticos son presentados a continuación.

Diagnóstico inicial y problemas detectados en el proyecto levantamiento y unificación de información de niños en sistemas residenciales

El informe puntualiza sobre algunos de los nudos críticos del levantamiento de información referido, tanto por la falta de claridad diagnóstica o estadística, o bien por la problematización de los resultados.

En la misma línea, se señala que existen problemas en el funcionamiento

32 Juan Andrés Guzmán, “Niños protegidos por el Estado: los estremecedores informes que el Poder Judicial mantiene ocultos”. Ciper Chile, 4 de julio de 2013. <<https://ciperchile.cl/2013/07/04/ninos-protegidos-por-el-estado-los-estremecedores-informes-que-el-poder-judicial-mantiene-ocultos/>> [consulta en línea: 20.11.2020].

de los Tribunales de Familia, en el orden de establecer ingresos infringiendo las normas, es decir, sin determinar plazos, motivos ni objetivos para la intervención. Asimismo, sentencias que importan una victimización secundaria a la población infante, vulnerando sus derechos y situación vital ordenando posteriores indagaciones, incluso llegando a internarse y mantenerse a NNA en residencias sin existir una orden previa como mandato.

Se evidencia una falta de fiscalización material y de criterios para realizarla de manera ordenada y objetiva. Ello permitiría filtrar, por ejemplo, los problemas de desarraigo de NNA de sus lugares de origen, cuando son ubicados en instituciones de más de 150 km. de distancia de sus territorios.

En los OCAS del SENAME también se evidenciaron falencias estructurales en temas de capacitación, gestión y cuidado. Se criticaba la falta de información para la intervención y la heterogeneidad de reserva de información en los registros y carpetas correspondientes. Ello es agravado por la falta de personal para realizar labores de cuidado y la propia de intervención, el que no siempre resulta ser idóneo.

Asimismo, la recuperación del NNA para su resocialización social y familiar es nula, advirtiendo la falta de un trabajo sostenido de SENAME y colaboradores para restablecer convivencia familiar, solucionar abandonos, gestionar adopciones y reinsertar en medios comunitarios. También se evidencia la falta de programas especiales para su recuperación en temas de consumo de drogas, trastornos de salud mental y complejas patologías de diversa índole.

Características generales del acogimiento de NNA y situación de derechos fundamentales

Se evalúa el desenvolvimiento de los aspectos generales de las implicancias del acogimiento en torno a la edad y a las condiciones de ingreso a las residencias, como el tiempo y el lugar correspondiente. El informe realiza una pormenorización por región, en detalle. Las tendencias reflejadas son que respecto al derecho a vivir en familia, predomina la situación de NNA en situación de completo abandono en todas las regiones de Chile sin excepción, por el doble o triple de cantidad de niños, o incluso, casi diez veces mayor cantidad, como es el caso de la Región del Maule.

Respecto al derecho a recibir tratamiento, existen altos niveles de NNA sin diagnósticos, sobre todo en las regiones del Maule y Los Lagos, ascendiendo el total a 1004, y por su parte, son 540 aquellos que requieren intervención especializada para su reparación. Por último, se identificó en 248 NNA que sufren de abuso sexual intraresidencial, siendo caracterizado por la Comisión como una “realidad instalada en el sistema residencial”.

Riesgos en las residencias por anomalías e incumplimiento de directivos y funcionarios

Abocándose exclusivamente a las políticas públicas y gestión, existen déficit en las necesidades básicas del desarrollo de NNA, siendo uno de los comunes denominadores la situación de riesgo y el abandono implícito en el sistema residencial, lo que sin duda es una afectación a sus necesidades básicas y, por lo tanto, a sus más inherentes derechos.

Respecto a la salud física, existen necesidades básicas claras: alimento, vivienda, higiene, descanso, espacios exteriores, inclusive salud sexual. De la misma forma, para desarrollarse como seres autónomos, deben ser estimulados en su participación activa en actividades sociales, cumplir normas de conducta, vinculación afectiva, interactuar con adultos, ocio, entre otras.

A partir de esto, se definen los llamados factores de riesgo, es decir, aquellas condiciones que afectan de mayor medida a NNA y constituyen un índice de medición de su situación residencial: vinculación afectiva, carencia de historial médico conocido por la residencia, ausencia de contacto con otras personas, rezago escolar, larga institucionalización (más de dos años), suspensión del derecho a vivir con sus padres por parte del Tribunal.

El informe concluye lo siguiente:

- a) *Ámbito normativo y programático*: creación del Consejo Nacional de la Infancia y Secretaría Ejecutiva para asesorar a la Presidencia de la República y la mejor ejecución de políticas públicas como coordinación de organismos competentes; Coordinación Interministerial de planes, programas, políticas y medidas; formulación de una política nacional de protección de la infancia y adolescencia y plan de acción; estudio de la legislación vigente; proyecto de ley sistema de garantías de derechos de la niñez; proyecto de ley que crea la subsecretaría de la niñez en el

- ministerio de desarrollo social; proyecto de ley que crea la defensoría de los derechos de la niñez; proyecto de ley que crea el servicio especializado de protección de derechos del niño en el ministerio de desarrollo social; entre otras medidas.
- b) *Ámbito residencial*: inicio de la Coordinación con los Ministerios de Educación, Salud y Desarrollo Social; Intervención a las 40 residencias críticas; Fortalecimiento protocolos SENAME.
 - c) *Medidas contra abusos y maltrato*: programa de defensa del niño y creación de unidad del comisionado para la infancia y adolescencia de SENAME; aumento de la oferta de los programas de representación jurídica; desarrollo de programas de protección especializada maltrato y abuso sexual (PRM); desarrollo de programa de protección especializada en explotación sexual comercial infantil y adolescente (PEE).
 - d) *Mejoramiento de sistema de cuidados alternativos*: el plan de acción intersectorial 2014-2017 de transición hacia un sistema residencial de protección especializada de base familiar y comunitaria para la primera infancia; refuerzo de los CREAD y el sistema de evaluación periódica.
 - e) *Ámbito personal y capacitación*: profesionales suficientes para intervención psicosocial, en residencias críticas y abarcando integralidad de materias; Capacitación en la unidad de fiscalización de centros de menores sobre el modelo de asesoría técnica (MAT); capacitación de manual de conductas de auto-protección en las rutinas diarias.

2. Informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas formuladas en Informe anterior (2016)³³

En 2016 se constituye una nueva Comisión Especial para la investigación del SENAME con el objetivo de concluir un informe final sobre las materias dadas a su competencia. Esto se gesta de forma paralela a la creciente preocupación nacional respecto a la situación del SENAME y el levantamiento de información

33 Cámara de Diputadas y Diputados, *Informe de la Comisión Especial Investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la Comisión Investigadora del Sename en el 2014 y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental* (2016). < <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmtipo=siAL&prmlD=35387> [consulta en línea: 20.11.2020].

alternativa que sugeriría una profunda crisis en el sistema residencial y de protección de la infancia.

La relevancia de este informe para la presente investigación radica en la riqueza del levantamiento de información al analizar aspectos críticos de la estructura del sistema residencial.

Crisis del modelo de financiamiento del Sename y de las instituciones colaboradoras

Se evidencia el problema del carácter de subsidiario del SENAME frente a organismos colaboradores que reciben dinero de manera directa para ejecución libre y sin rendición fiscalizada de cuentas respecto a los gastos. El Estado sólo se hace cargo de un 3,82% de NNA que requieren ser acogidos, lo que permite visibilizar la reducida cobertura que tiene frente a privados.

Un problema estructural develado es que las subvenciones son otorgadas bajo un sistema de cantidad de NNA atendidos/as. Sin embargo, ello no determina que la intervención sea completa, ni mucho menos que su resultado sea exitoso. Como no existe información del diagnóstico al ingreso es imposible realizar este cometido y urge fortalecer esta etapa, de modo que se sistematicen las causas de ingreso de cada NNA a residencias.

Graves y sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos en contra de NNA cometidas por el Estado

Se observan aspectos gravísimos en la afectación de derechos de NNA en centros dependientes del SENAME.

El gobierno informó que entre 2005 y 2016 habrían muerto 185 NNA, lo que implicó un reconocimiento del Estado del incumplimiento de su propia labor resguardando derechos de niños y niñas. Sin embargo, el asunto se agrava tras establecer el informe en comento que dicha cifra es muy inferior a la que realmente corresponde, la que en realidad asciende a 477 NNA fallecidos(as) entre 2010 y 2015. El informe consigna que son características comunes a NNA bajo cuidado de SENAME hallarse en situación de pobreza y carecer de vínculos afectivos o parentales idóneos.

Además, se informa sobre episodios de tortura cometidos en contra de NNA en centros dependientes del SENAME. Uno de los casos emblemáticos es el

de Lissette. En 2016 se informa de su fallecimiento por un paro cardiorespiratorio y, de acuerdo a la entonces Directora del Sename, Marcela Labraña, la opinión del médico fue atribuir la muerte de la niña a hechos inverosímiles, a tal punto de establecer que habría muerto de pena. La correspondiente investigación penal habría develado que ella fue víctima de violencia física bajo el cuidado del CREAD Galvarino, provocándole dolores y tormentos para disciplinarla.

Al caso anterior se suma el de CREAD Playa Ancha, de abril de 2016, en donde 25 NNA fueron víctimas de maltratos y golpes, resultando en una querrela por el delito de tortura.

Otra situación informada es la de NNA víctimas de violaciones y de explotación sexual. Se expone el caso del centro “Arrullo”, de Concepción, en el cual se dan estas vulneraciones bajo un contexto irregular de falta de supervisión de adultos y funcionarios responsables, así como el incumplimiento grave del protocolo de constatación de lesiones y denuncia correspondiente. También se expone el caso del CREAD Playa Ancha, en que una adolescente se escapa de un hogar sin supervisión adulta y es violada en plena calle.

Por último, el informe consigna precarias condiciones de cuidado y atención de salud, constatando un contexto de falta de higiene y limpieza altamente descuidada. En este acápite se establece un vínculo con el informe de Contraloría, haciendo referencia a problemas de gestión, infraestructura y recursos humanos. En general, se evidencia la inexistencia de control sobre la entrada y salida de medicamentos, sin registro ni regulación.

Fracaso de las políticas públicas en materia de infancia

La investigación de la Cámara de Diputados dedicó un acápite al incumplimiento de las obligaciones del Estado de Chile respecto de las condiciones mínimas que debería otorgar a NNA:

- a) *Situación de vulnerabilidad de NNA*: determinada por la carencia de vínculos familiares fuera de los hogares, y la falta de un enfoque estatal global e integral de tratamiento a la infancia, el que más bien se entiende hoy como paternalista y castigador.
- b) *Contagio criminógeno*: el Estado no distingue NNA en función de los motivos que justificaran su ingreso al SENAME. El resultado, en un contexto de falta de fiscalización, control y recursos humanos, fue que las residencias

permitían el aprendizaje de conductas conflictivas de NNA que debiesen tener una intervención especializada en un régimen separado.

- c) *Adopciones*: el Estado no atiende a las necesidades de NNA de resocializarse. Entre 2010 y 2017 se realizaron 732 adopciones. Destaca el gran número de adopciones internacionales: el 70% fue para familias italianas por transacciones millonarias .
- d) *Insuficiencia del sistema de protección social*: la institucionalización de NNA se debe principalmente a las situaciones de vulnerabilidad social de las familias, cuestión que debe ser resuelta desde una política estatal integral.
- e) *Rol subsidiario del Estado*: debido a que el Estado sólo actúa en ausencia de actividad de privados, las instituciones privadas se han visto inmersas en una lógica de negocios y empresas, por subvención estatal y competencia por recursos.

3. Informe de la Contraloría General de la República N°981-2015. Auditoría realizada a los Centros colaboradores del SENAME (2015)³⁴

Este informe fue realizado en 2014, bajo las facultades generales de fiscalización que tiene la Contraloría General de la República de Chile y recayó sobre los procedimientos aplicados en los centros colaboradores del SENAME que se encontraban incluidos en la denuncia realizada a este organismo por parte de la Corporación de Desarrollo y Promoción de Niños, Jóvenes y Familia, incluyendo además aquellos centros que recibían mayores aportes hasta esa fecha. En total fueron requeridos 89 centros, que correspondían al 27,3% del total de los centros colaboradores³⁵.

La auditoría se realizó en base a la revisión de la correcta aplicación de la Ley N°20.032 que establece el sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención, el cumplimiento del Decreto Supremo N°841, de 2005, del Ministerio de Justicia, y la correcta aplicación de la Circular N°19, de 2005, de SENAME, que establecía

34 Contraloría General de la República, *Informe 981-2015, Auditoría a centros colaboradores del Servicio Nacional de Menores* (2 de diciembre de 2015). <<http://www.contraloria.cl/SicaProd/SICAv3-BIFAPortalCGR/faces/detalleInforme?docIdcm=c811e7b862ca83893e033ecafb5a3a66>> [consulta en línea: 20.11.2020].

35 De acuerdo al informe, en la fecha del inicio de la auditoría, los centros habilitados colaboradores del SENAME en funcionamiento eran 326 en total.

las normas e instrucciones sobre rendiciones de cuentas de fondos traspasados.

Los aspectos revisados corresponden principalmente al financiamiento, infraestructura y cumplimiento de obligaciones tanto de los centros colaboradores del SENAME, como de éste para con los centros.

Las cuestiones más relevantes del informe son:

- En el ítem “Examen de cuentas”, los retrasos en la entrega de fondos mensuales por parte del SENAME a las entidades colaboradoras en más de una región.
- En relación al ítem “Validaciones efectuadas respecto del funcionamiento de los centros”, se observan grandes deficiencias en la infraestructura básica de los centros, referidas a la existencia de adecuadas zonas de higiene y salubridad (diecinueve centros no cumplían con la regla mínima), el estado de los alimentos consumidos (nueve centros utilizaban alimentos vencidos) y en las medidas de seguridad (catorce carecían de extintores y tres no tenían señalizadas las vías de escape).
- En cuanto a planes de intervención adecuados, por lo menos veinte hogares prescindían de la elaboración de estos, catorce no contaban con evaluaciones de ingreso ni del proceso de intervención de cada uno. Por último, doce no remitían de acuerdo a los plazos establecidos los informes solicitados por tribunales de familia.
- En cuanto al ítem “recursos humanos”, sus principales falencias eran la falta de acreditación escolar e idoneidad de las personas para desarrollar funciones de dirección o los servicios de aseo. El capital humano es escaso y, en general, el personal de educación no cumplía con el número mínimo.

Los resultados del informe se dieron a conocer al Ministerio de Justicia, al SENAME y a sus respectivas divisiones administrativas competentes para rendir cuenta. Sin embargo, no deja de llamar la atención la directa relación entre las deficiencias particulares de cada uno de los centros y la crisis estructural en el SENAME, que se ha traducido, de manera lamentable, en la precariedad de vida y desarrollo humano de NNA que ahí viven.

4.-Informe Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre la Misión de Observación SENAME (2017)

A principios de 2017, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) se adentró en una investigación en terreno respecto a los centros del SENAME. Dicha investigación se llamó “Misión de Observación Sename 2017” y abarcó un total de 171 centros de la red nacional, es decir, el 83% del total. Este informe caracterizó la realidad vivida por NNA al alero de la protección directa del Estado chileno³⁶.

Caracterización de los centros

El total de centros existentes es de 215 en todo el país. Sin embargo, el espectro estudiado por el informe del INDH correspondió al 83% de dicho número, es decir, 171 centros residenciales, incluyendo CREAD y OCAS. En esta muestra, se estudió la población de NNA y trabajadores de estos, respecto de la cual existe una caracterización segregada por región, sexo y edad.

Dentro de esta clasificación, existen distintos tipos de centros: centros de lactantes y preescolares y centros de mayores, que corresponden a 151 centros. Del resto, diez corresponden a centros especializados en discapacidad, en nivel leve, moderada y severa, cuatro centros de madres adolescentes y seis CREAD fuera de la muestra.

El sistema de protección se estructura orgánicamente como un organismo centralizado, sin personalidad jurídica propia. La incorporación de NNA debe encontrarse fundamentada en una resolución judicial en sede de familia, condicionado a ser establecida como una medida excepcional, evitando las residencias masivas (más de 40 NNA) y promoviendo un sistema de acogimiento personalizado.

Condiciones de vida

Por “condiciones de vida” se entiende los factores que determinan la habitabilidad de los centros y las posibilidades de desarrollo personales, intelectuales y físicas de NNA. En otras palabras, se refiere al bienestar integral de sus vidas.

³⁶ INDH, *Informe del INDH. Misión de Observación Sename 2017. Diagnóstico de la situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en centros de protección de la red SENAME. Informe de cierre del trabajo de campo* (Santiago de Chile: INDH, 2017), 5-6.

En cuanto a la infraestructura, se califica de “heterogénea”, existiendo diferencias de calidad y disponibilidad en los centros. Por un lado, algunos poseen infraestructura de calidad y en buen estado, otros presentan deficiencias de espacios al interior y exterior de sus dependencias, en malas condiciones y con manifiesta falta de mantenimiento. Al respecto, se identifica que sólo un 59,3% de los centros cuenta con áreas verdes. Otros espacios comunes también son escasos. A mayor abundamiento, la convivencia de NNA se caracteriza por la disparidad etaria, incluso en sus dormitorios, mezclados adolescentes de entre 6 hasta 18 años, lo que afecta su desarrollo. Incluso, se evidencia que sus dormitorios no se encuentran personalizados para quienes lo habitan en un porcentaje del 37,2% .

El estudio se avoca también a las actividades recreativas. Un 99,3% de los centros las realizan y un 91,8% con frecuencia semanal. En un 7,5% de los centros, la frecuencia de dichas actividades es problemática, siendo sólo realizadas mensualmente. Dichas actividades varían también de forma heterogénea, cuando se refieren a actividades dentro de los centros o fuera de ellos. El indicador es respondido positivamente, incluso permitiendo la elección libre a NNA de escoger qué tipo de actividad realizar .

Vinculación con el medio

Se consideran ejes como la proximidad a servicios y espacios públicos, el contacto permitido con las familias y su entorno social y las posibilidades de socialización que existan.

El estudio arroja que el 100% de los centros se localiza a menos de 20 cuadras de un centro educacional, y cuentan con acceso a servicios de transporte público a distancias viables. En todos los centros trabajan organizaciones sociales externas, y un 97% de los centros recibe colaboración a mano de organizaciones religiosas, donaciones de bienes y trabajos voluntarios .

Sin embargo, se aprecia un bajo porcentaje de acceso a programas públicos de nivelación de estudios (57,1%) y capacitación en oficios (26,9%), lo que se vincula negativamente con el derecho a la educación en materias de infancia. Existe un 76,8% de acceso a centros recreativos municipales, enmarcado en una falta de contacto y participación de organizaciones y actividades comunitarias. Más de la mitad de la muestra califica como “poco frecuentes” las actividades

fuera de los centros, lo que el INDH alerta que representaría una situación de aislamiento al interior de estas residencias. Esto se materializa en la dificultad de sostener relaciones sociales y ser partícipe de espacios sociales de crecimiento y desarrollo.

El acceso a la judicatura se encuentra garantizado en la CDN, por lo que es parte de lo estudiado por el informe. Si bien 94,5% de los centros reportan que NNA están autorizados a hablar directamente con el juez de familia, los mismos centros indican que un 72,1% de ellos(as) lo hicieron así sólo durante su última visita .

Educación

De la muestra se desprende que un 92,1% puede leer y escribir, un 4,1% sólo puede hacer una de las dos, y un 3,2% no sabe leer ni escribir. A su vez, un 92,9% asiste a establecimientos educacionales, y un 7% no lo hace. De este último grupo, un 61,4% señala que es una situación que ocurre desde el año pasado, lo que preocupa en materia de reinserción escolar.

En relación con la asistencia escolar, esta es positiva en un espectro de 89 a 95% en todas las edades. Asimismo, un 75,2% no tendría retraso escolar, mientras que un 19,8% sí presentaría retraso escolar.

Respecto a la participación de padres o madres en reuniones de apoderados, el porcentaje alcanzado es el 76,7%, lo que obligaría a la toma de medidas especiales para el restablecimiento del vínculo familiar. De todos modos, la conclusión es la insuficiencia de la información con la que se cuenta para generar políticas públicas efectivas en la materia.

Familia e identidad

Respecto a esta materia es relevante mencionar el régimen y formas de las visitas. Así, el 94,7% de los centros permiten visitas (58,9% semana y fin de semana, 35,8% sólo durante la semana) y un 5,3% no permiten visitas o sólo durante el fin de semana. Asimismo, un 67,3% lo permite solamente fuera del horario laboral y un 32,7% sólo en horario laboral. Un 50% de los centros restringe la cantidad de visitas y no queda claro las orientaciones ni el marco de interés detrás de ello, sobre todo en función de la necesidad de reunificar las familias. Finalmente, un 29,7% de los centros no cuentan con un lugar privado

para la realización de visitas de padres o familiares de los y las niñas.

Salud mental

Según consigna el informe, existe una prevalencia del 15% de trastornos mentales en estas edades. Muchas veces estas manifestaciones acompañan a las personas en toda su vida, por lo que se vuelve aún más necesario contener dichas situaciones de forma preventiva y temprana. Sin embargo, en Chile no existe una política pública ni plan o estructura nacional que aborde la salud mental en NNA: sólo se cuenta con algunas guías clínicas y programas generales de salud, lo que a todas luces es insuficiente. Esto se demuestra al verificar que en 2012, menos de un 30% de usuarios menores a 20 años accedieron a sistemas públicos de salud mental, siendo que dicho grupo corresponde al 56,1% de la población.

Un 68,6% de NNA mayores de 14 años presentan síntomas que permite sospechar un cuadro depresivo. En adición, un 43% de las personas encuestadas informa estar usando medicamentos para tratamientos de salud mental, de los que destacan ansiolíticos, antidepresivos, estabilizadores del ánimo o antipsicóticos. No obstante esto, se consigna en la investigación que el SENAME tiene una escasa oferta especializada, ausencia de planes y residencias especializadas con atención psiquiátrica, por lo que la red es insuficiente.

5. Informe del Observatorio Nacional de Derechos de la Niñez sobre Situación de NNA en Chile 2017³⁷

El 14 de marzo de 2014, vía decreto supremo N° 21, la Presidenta Michelle Bachelet ordenó la creación del Consejo Nacional de la Infancia, cuya misión sería la de asesorar a la mandataria en la identificación y formulación de políticas, planes y programas relacionados con la garantía, promoción y protección del ejercicio de los derechos de NNA en Chile. Dentro de sus compromisos estaría el de desarrollar el “Observatorio Nacional de la Infancia”.

En 2018 se dio a conocer el segundo informe sobre la situación que

37 Consejo Nacional de la Infancia, *Informe: Situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile 2017* (Santiago de Chile: Consejo Nacional de la Infancia, 2018) <<http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/Informe-Monitoreo-Derechos-2017-2.pdf>>(consulta 15.10.2020).

viven NNA en nuestro país, elaborado en el segundo semestre de 2017 por este Observatorio. Dicho informe revisa el estado de la niñez en vinculación con ciertos derechos reconocidos por el DIDH. A continuación, nos referimos a los más relevantes.

A. *Derecho a la vida y al desarrollo*

Se encuentra consagrado en el artículo 6 de la CDN y para su análisis se diferenció entre derecho a la vida y al desarrollo.

En relación con el derecho a la vida, se observaron los niveles de *mortalidad de NNA* y la *esperanza de vida al nacer*. Para la primera variable, se consideró la mortalidad en tramos de menores de 1 año, entre 1 y 9 años y entre 10 y 19 años, observándose que en los niños y niñas menores de un año ésta correspondía en 2015 a un 6,9%, lo que ubicaba a Chile entre los países con menor mortalidad en la edad indicada de Latinoamérica. De todas formas, se manifiesta el estancamiento de la tendencia a la baja que se observaba desde 1990.

Respecto de los otros rangos etarios, las cifras muestran una baja progresiva con estancamiento, correspondiendo al primer rango etario 0,33, mientras que al segundo 0,20.

En relación con la esperanza de vida al nacer, de acuerdo a los datos del Banco Mundial, corresponde a 79,2 años, encontrándose por encima del promedio de Latinoamérica y el Caribe (75,3 años).

De acuerdo a lo indicado en el informe, se hace necesaria una revisión de las políticas públicas a cargo de la disminución de la mortalidad infantil en atención a su estancamiento, pues si bien en el pasado fueron útiles para su cometido, nada asegura que en la actualidad lo sean de igual forma, considerando contextos tecnológicos, económicos y sociales.

Por último, en relación al nivel de desarrollo en NNA se estudian dos indicadores: el “porcentaje de niños/as en calificación de moderada o extremadamente baja en desarrollo cognitivo de acuerdo al instrumento TVIP³⁸” y el “porcentaje niños/as con riesgo clínico en área socioemocional según el

38 Sigla correspondiente a “Test de Vocabulario en Imágenes Peabody”, en su adaptación hispanoamericana (TVIP).

instrumento CBCL³⁹. Cabe señalar que los registros de estos datos se obtuvieron por la aplicación de la “Encuesta Longitudinal de Primera Infancia” (ELPI) realizada en 2010 y 2012⁴⁰.

En cuanto al primero, y en comparación a los resultados obtenidos en su primera aplicación, se observa un incremento en el total de niños y niñas con desempeño moderado o extremadamente bajo en esta prueba. En 2010 fue de un 8,3% , mientras que en 2012 fue de un 13,1% .

Por su parte, en la evaluación de los problemas emocionales se distingue el porcentaje de niños y niñas con riesgo clínico en el área socioemocional, que desciende de un 34,8% a un 23,8% entre 2010 y 2012.

B. Derecho a la identidad

Este derecho se traduce en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos perteneciente a un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar su dignidad individual y colectiva. Los niños y niñas que no cuentan con un registro de nacimiento que los ligue con una determinada relación de parentesco o con un documento de identificación que los vincule con un Estado o nación corren el riesgo de quedar en situación de exclusión social o con dificultades en el acceso a servicios fundamentales para su supervivencia⁴¹.

De esta manera, de lo establecido en los artículos 7 y 8 de la CDN, se obtienen tres variables que fueron analizadas por el informe: la primera, asociada al nivel de inscripción civil inmediata, busca determinar si existen los medios para realización expedita del trámite. En 2015, el 98,47% de niños y niñas nacidos en el país era inscrito en el Registro Civil el mismo año de su nacimiento. Sobre la segunda variable, que revisa el nivel de reconocimiento del hijo(a) por los progenitores o el reconocimiento que realizan los padres o uno de ellos al momento de inscribir al hijo(a) en el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación, un 10,89% de los niños y niñas tienen filiación indeterminada (no reconocidos o no reconocidos por uno de sus padres). Finalmente, la tercera variable corresponde al reconocimiento de la nacionalidad legal de los niños y

39 Sigla correspondiente a “Child Behavior Check List”.

40 En 2010, fue responsabilidad del Ministerio de Educación y en 2012, del Ministerio del Trabajo.

41 Consejo Nacional de la Infancia, *Informe: Situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile 2017*, 40.

niñas nacidas en el país, sobre lo cual no existen datos que puedan analizarse. Sin embargo, se manifiesta la importancia del estudio futuro de esta variable.

C. Derecho a la protección especial en caso de estar privado de los padres

Este derecho se desprende de lo establecido en el artículo 20 de la CDN, que establece que los NNA que se encuentren privados de su medio familiar tienen el derecho a ser protegidos y asistidos por el Estado.

En el informe en comento cabe señalar que, en relación a los NNA internados en algún centro residencial que no han sido visitados por adultos, ya sea responsables de ellos con anterioridad o con quienes tenga algún tipo de vínculo sanguíneo o afectivo, no existen cifras oficiales, siendo preocupante el deficiente seguimiento a los casos.

A lo anterior se suma la información que alerta sobre el aumento del período de permanencia que viven los NNA en los centros residenciales, información que se trabaja en base a la determinación de “dos edades claves: 3 años y 8 años, mediante lo cual, se han podido realizar dos mediciones, (30 de Junio del año 2016 y 30 de Junio 2017). De esta manera, se ha podido verificar que los resultados han empeorado. El año 2016, el 59,3% de los niños/as de 3 años han permanecido más de 6 meses en el sistema, mientras que en el año 2017 aumentó al 65,4%. Entre los niños/as de 8 años que permanecieron más de 12 meses en el sistema, se incrementó desde el 45,7% el año 2016 al 46,6% el año 2017”⁴².

Por último, se hace presente que, en cuanto a “niños/as fallecidos y niños/as abusados sexualmente estando en cuidados alternativos, existe información parcial, especialmente en el tema de los niños/as fallecidos que se ha hecho pública. Por lo tanto, se requiere su publicación oficial por parte de SENAME. Debiera también indicarse – en virtud de la gravedad de las situaciones - las circunstancias de tales abusos y/o muertes”⁴³.

42 Consejo Nacional de la Infancia, *Informe: Situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile 2017*, 54.

43 Consejo Nacional de la Infancia, *Informe: Situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile 2017*, 54.

La respuesta institucional: políticas públicas e infancia vulnerable

Tras el conocimiento de la crisis del SENAME en 2014, los sucesivos gobiernos han impulsado distintas iniciativas en busca de una nueva política pública para NNA y la reforma integral al sistema de protección de derechos. Tres son los documentos que hasta el momento estructuran su diseño y orientación: la *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025* (en adelante, “Política Nacional” o “la Política”), el *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025* (en adelante, “Plan de Acción Nacional” o “Plan de Acción”) y el *Acuerdo Nacional por la Infancia* (en adelante, “Acuerdo Nacional”). La aparición de estos documentos que organizan esta nueva política pública ha sido complementada con el envío intercalado por parte del Ejecutivo de diversos proyectos de ley que materializan algunos de sus aspectos más relevantes.

Así, si bien la Política Nacional fue entregada al Ejecutivo en marzo de 2016, antes, el 24 de septiembre de 2015, se envió al Congreso el proyecto de ley que Crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, definido como el conjunto de políticas, instituciones y normas orientadas a velar por el desarrollo físico, mental, espiritual y social de los NNA, de acuerdo con la Política Nacional⁴⁴.

El 29 del mismo mes fue enviado el proyecto de ley que Crea la Subsecretaría de la Niñez, organismo articulador del nuevo sistema y de colaboración directa del Ministerio de Desarrollo Social, órgano rector.

Luego, el 22 de marzo de 2016, fue enviado el proyecto de ley que Crea la Defensoría de la Niñez, órgano encargado de vigilar el correcto funcionamiento del nuevo Sistema y, en definitiva, de promoción, protección y defensa los derechos de la niñez.

El proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de NNA fue presentado al Congreso el 4 de abril de 2017. Su objeto era la creación de un nuevo sistema de protección enfocado en la restitución del ejercicio de los derechos vulnerados de niños y niñas debido a abuso, maltrato y trata, según lo definan las leyes respectivas, explotación sexual y laboral infantil, abandono

44 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 75.

(cuando carezcan de cuidados maternos o paternos), y a la atención de niños y niñas sujetos de adopción. Adicionalmente, señala que la protección especializada estará dirigida también a la reparación de las consecuencias de la vulneración de derechos⁴⁵.

En marzo de 2018 vio la luz el Plan de Acción Nacional 2018-2025, que desarrolla en términos operativos los lineamientos y las orientaciones de la Política Nacional, actualizando su diagnóstico y organizando el texto por ejes de derechos, con el propósito de utilizar el esquema de operación de la CDN como parámetro internacional⁴⁶.

Posteriormente, el 4 de abril de 2018, el Ejecutivo envió al Congreso dos proyectos de ley: (1) el proyecto de ley que modifica la ley 20.032 que establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia, a través de la red de colaboradores del Servicio Nacional de Menores, y su régimen de subvención, y el Decreto Ley N° 2.465, del año 1979, del Ministerio de Justicia, que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica, el 4 de abril de 2018, cuyo objeto, como se indica en su nombre, es la reforma al sistema de subvenciones a los organismos privados que colaboran con el SENAME; y (2) el proyecto de ley que Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, que busca implementar un nuevo servicio público que atienda a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Seguidamente, en mayo de 2018, se presentó el Acuerdo Nacional por la Infancia, que profundiza y actualiza los desafíos planteados en la Política Nacional.

Por último, se envió al Parlamento el proyecto ley que crea el Servicio de Protección a la Niñez y Adolescencia, el 17 de agosto de 2018.

En términos generales, el despliegue de las acciones que dependen del funcionamiento del Estado, como la generación de políticas públicas y el envío de proyectos por parte del Ejecutivo, así como la tramitación legislativa por parte

45 Iniciativa 11176-07 con que se inicia un proyecto de ley que Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de Niños y Niñas y modifica normas legales existentes.

46 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025* (Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, 2018), 11. <http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/Plan_Accion_NNA_2018-2025.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

del Congreso, ha sido objeto de críticas por su enorme lentitud y dispersión.

Distintos actores sociales han señalado que el estado de vulneración de derechos de NNA en el país es tal que urge reformar el sistema lo antes posible. De igual manera, la mayor o menor agilidad en la tramitación de los proyectos ha generado paradojas, principalmente la discusión de leyes y materias específicas (como la creación de un servicio de protección especializada o la instauración de un nuevo sistema de reinserción juvenil) en ausencia de una ley marco (Ley de Sistema de Garantías de Derechos de la Niñez y Adolescencia).

En lo sucesivo de esta sección se expone un análisis de los tres instrumentos de política pública mencionados que forman parte de la reacción del Poder Ejecutivo luego de la crisis desatada en SENAME, enfocándonos en el ámbito de la protección de derechos y reacción ante las vulneraciones, para luego exponer los puntos críticos que han formado parte de la discusión en torno al proyecto del Sistema de Garantías.

A continuación, se da cuenta del estado de avance de los demás proyectos presentados para su discusión parlamentaria y que giran en torno a la protección de la infancia.

Finalmente, se proponen conclusiones sobre el desarrollo de las políticas públicas en el periodo objeto de análisis.

A. Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025⁴⁷

Fruto de un proceso de participación ciudadana en distintos niveles, la Política Nacional propone una reforma completa a las políticas públicas en materia de infancia, cuyo objetivo manifiesto es aplicar integralmente la CDN, asumiendo como eje central un enfoque de derechos. Para garantizar los derechos de NNA, propone la creación de un Sistema de Garantías de la Niñez y Adolescencia, así como orientaciones prioritarias, áreas estratégicas y lineamientos transversales de actuación que permitan la debida implementación de esta política de nuevo enfoque.

La Política está construida sobre la base de un diagnóstico que identifica

47 *La Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025* fue la primera gran reacción organizada desde el Ejecutivo para hacer frente a la crisis en el sistema de protección de derechos de NNA. Fue elaborada entre los años 2014 y 2015 bajo la dirección de la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de la Infancia y presentada al Ejecutivo en marzo de 2016. Véase Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*.

graves deficiencias en varias áreas, bajo el rótulo “desafíos pendientes”⁴⁸. Estas deficiencias abarcan una gran cantidad de aspectos⁴⁹ y sirven de base para los enfoques⁵⁰ y principios generales de la Política. Como ya se ha señalado, el eje central está puesto en el Enfoque de Derechos que emana directamente de la Convención, por ser esta el instrumento de derechos humanos que consolida esta Política⁵¹. La CDN constituye un programa de acción para los Estados que la ratifican e implica un deber de adecuación normativa⁵².

Por su parte, “[l]os principios rectores de la Política constituyen los soportes básicos sobre los cuales se sostiene toda acción y/o decisión que se emprenda en materia de niñez y adolescencia o que afecte su desarrollo y el ejercicio de sus derechos. En términos generales, emanan de la normativa internacional”⁵³. Estos principios rectores son: Sujeto de Derechos, Interés superior del Niño y la Niña, Autonomía Progresiva, Igualdad y No discriminación, Participación y Derecho a ser oído, Vida, Desarrollo y Entorno Adecuado, Rol del Estado, la Familia y la Sociedad en su conjunto en la Garantía de Derechos⁵⁴.

En cuanto a los objetivos, la Política se propone tres objetivos estratégicos⁵⁵: (a) adecuación normativa y generación de condiciones político institucionales que regulen la institucionalidad competente del Estado y la ciudadanía para garantizar el ejercicio de los derechos de los NNA que habitan en el país; (b) fortalecimiento y promoción de la gestión pública y la calidad de las políticas públicas, así como la de los programas y servicios considerando la perspectiva de derechos y (c) fortalecimiento de las condiciones familiares, comunitarias, sociales, económicas y culturales que permitan el ejercicio efectivo de los derechos de los NNA.

48 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 43.

49 El documento de la Política Nacional reconoce desafíos pendientes en cuatro ámbitos: Desigualdad, Violencia hacia los niños, niñas y adolescentes, Participación e Institucionalidad y Gestión Pública. Véase Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 44-54.

50 La Política Nacional describe cinco enfoques: Enfoque de Derechos, Enfoque de Desarrollo Humano, Enfoque en Curso de Vida, Enfoque Intercultural y Enfoque de Género. Según señala la Política: “Estos enfoques interpelan a todas las políticas, los planes y programas destinados a los niños, niñas, adolescentes y sus familias, donde el diseño, la implementación, el monitoreo y la evaluación de los mismos identifican el impacto en el desarrollo de ellos(as) y en el cumplimiento de los principios de la Convención, resguardando así que la niñez y la adolescencia sean una prioridad efectiva” (Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 55)

51 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 56.

52 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 56 y 57.

53 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 62.

54 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 62-67.

55 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 71.

Estos objetivos son abordados a través de tres tipos de lineamientos que encauzan la actividad que el Estado debiese desplegar⁵⁶: (a) la instalación del Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, definido como el conjunto de políticas, instituciones y normas orientadas a velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los NNA; (b) las orientaciones prioritarias para la próxima década agrupadas en cinco áreas estratégicas en el marco de los derechos de la Niñez y Adolescencia, y a las cuales deberá abocarse la gestión del Sistema y (c) las condiciones transversales que orientan las acciones o procesos de gestión del Estado. En lo que sigue se revisan resumidamente estas tres líneas de acción.

Línea de acción N°1: instalación del Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez

En resumen, el centro de la Política está en la reforma general de la institucionalidad en materia de infancia, cuyo corazón es la creación del “Sistema de Garantía de los Derechos de la Niñez”, formado por tres componentes centrales⁵⁷: (a) *político-institucional*, correspondiente a las condiciones institucionales necesarias para garantizar los derechos de los NNA; (b) *programático*, que consiste en el conjunto de definiciones y acciones orientadas a la provisión de servicios y prestaciones a la niñez y adolescencia y (c) *normativo*, relativo a las herramientas jurídicas necesarias para el funcionamiento del Sistema.

a) Componente Político-institucional

Establece varios niveles de actuación: estratégico, de articulación y de ejecución, prestación y adopción de medidas. Implica posicionar al Ministerio de Desarrollo Social y el Comité Interministerial de Desarrollo Social de la Niñez como órganos directores y rectores del sistema, encargados de su coordinación, gestión y articulación. Implica, también, la existencia de una Subsecretaría de la Niñez, órgano de colaboración directa del Ministerio de Desarrollo Social, cuyas funciones consisten en la elaboración de políticas públicas, planes y programas, así como en el levantamiento de información, realización de estudios e investigaciones en la materia. Finalmente, implica la creación de un órgano de vigilancia: la “Defensoría de los Derechos de la Niñez”, responsable

56 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 71.

57 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 75.

de la promoción, protección y defensa de los derechos de NNA , y órganos de participación: Consejo Nacional de NNA y un Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez, cuya labor consiste en representar las propuestas de los colectivos organizados en materias relacionada con la protección de la niñez y la garantía de sus derechos.

b) Componente Programático

Está formado por un conjunto de políticas sociales destinadas al acompañamiento de la niñez y adolescencia y sus familias, así como por un conjunto de políticas orientadas a enfrentar situaciones de vulneración de derechos u otras.

- Protección Integral a la Infancia, a través del fortalecimiento y extensión gradual del Programa “Chile Crece Contigo” , a cargo de la Subsecretaría de la Niñez.
- Protección Especializada, que se propone fortalecer el sistema para aquellos grupos de niños o niñas que necesiten una atención diferenciada, incorporando acciones de reparación psicosocial y restitución de derechos, cuando estos han sido amenazados o vulnerados. Se señala como punto central la entrega de servicios de especialización con miras a desjudicializar en lo posible la atención de niñas, niños y adolescentes vulnerados en sus derechos, e incorporar su atención a la red de prestaciones. Eso implicaría la creación de una nueva institucionalidad que reemplace al Servicio Nacional de Menores (Servicio de Protección Especializada) y la derogación de la ley de menores. Finalmente, señala que se asentarán los mecanismos que aseguren la calidad y efectividad de las prestaciones de los organismos privados prestadores de servicios especializados.
- Protección jurisdiccional, a través de la especialización de órganos y procedimientos con el fin de asegurar que los NNA sean tomados en cuenta en los ámbitos que les afecten, así como el establecimiento de mecanismos que aseguren su asistencia jurídica para el ejercicio de sus derechos. Se señala explícitamente el estudio de reformas legislativas e institucionales necesarias para fortalecer los mecanismos de protección judiciales, lo que incluye la protección de aquellos que han cometido infracciones a la ley penal, propendiendo a proteger su privacidad y desarrollo integral.

Termina señalando que en el nuevo marco institucional, la separación de NNA de sus padres, madres o personas que los tengan legalmente bajo su cuidado, no podrá hacerse sin una intervención judicial acorde con los procedimientos y requisitos contemplados en la ley.

c) *Componente Normativo*

Se refiere al ajuste de nuestra normativa interna en base a la Convención y sus protocolos facultativos para ser presentados al Congreso Nacional y el despliegue del Sistema con estabilidad y sustentabilidad. La Política anuncia una agenda legislativa, lo que constituye, en definitiva, el aspecto más concreto de las acciones que se compromete a realizar en el periodo inmediato. Esta agenda legislativa está compuesta por la derogación de la Ley de Menores N° 16.618, la reforma a la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia, con el objetivo de establecer nuevos procedimientos y asegurar el adecuado acceso a la justicia a NNA, el envío del proyecto de ley que crea el nuevo Servicio Especializado de Responsabilidad Penal Adolescente, el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección, para la atención de NNA vulnerados en sus derechos, el proyecto de ley que modifica el sistema de transferencias financieras a las instituciones que prestan servicios en el ámbito de la protección especial de los derechos, mediante reforma a la Ley 20.032, y el proyecto de ley que crea la Defensoría de la niñez y adolescencia.

Línea de acción N°2: Orientaciones prioritarias

Las orientaciones prioritarias buscan direccionar las políticas públicas y consolidar el Sistema de Garantías mediante el abordaje de ciertas áreas estratégicas. A cada una de estas áreas se le asocia una serie de derechos de la Convención que le empecen, y una serie de directrices que indican en términos generales los objetivos a los cuales debe propender el Sistema, lo que resulta particularmente interesante si se considera que el Estado chileno está utilizando la CDN como fondo y soporte en el cambio de enfoque que se pretende en la protección de NNA. Las áreas estratégicas son: Familia y comunidad, Salud Integral y Bienestar, Formación integral e inclusiva, y Protección, Reparación y Restitución de Derechos⁵⁸.

En relación al área de Protección, Reparación y Restitución de Derechos,

58 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 81-97.

la Política, buscando apegarse a la Convención en la promoción del desarrollo integral y en la identificación de riesgos y amenazas a la niñez y adolescencia, propone implementar mecanismos reforzados que garanticen el goce de los derechos e incluir respuestas de protección, restitución y reparación psicosocial ante las vulneraciones.

Dentro de esta área se consideran las siguientes orientaciones prioritarias⁵⁹:

- Generación de un diagnóstico específico sobre las diversas formas de violencia que se dan en el país a través de la visualización, cuantificación y caracterización de las distintas formas establecidas por el Comité de los Derechos del Niño. De igual forma, evaluar las formas de violencia a las que puedan ser sometidos NNA en situación de discapacidad, como esterilización forzada, violencia infligida bajo apariencia de tratamiento médico y la explotación con fines de mendicidad. El diagnóstico debe incorporar la respuesta institucional existente con la evaluación de su eficacia y pertinencia.
- Desarrollo de un plan nacional de buen trato y respuesta ante situaciones de violencia para promover que los NNA vivan en ambientes donde se garantice su derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia, ejerciendo así las recomendaciones del Estudio Mundial de la Violencia contra NNA y la Observación General N°13 del Comité para los Derechos del Niño.
- Instalación en la ciudadanía de la promoción y el respeto de los derechos de NNA en base al buen trato, respeto y valoración por los derechos humanos, modificando la actual normalización de la violencia contra los NNA.
- Promover que en las acciones del Estado –preventivas, protectoras o de asistencia–, se respete el derecho de los NNA a ser escuchados y que sus opiniones se validen. Igualmente, que dispongan de un modo claro, oportuno y pertinente de información y orientación, siendo el interés superior del niño el que regule toda práctica y decisiones y/o medidas que les afecten.

59 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 90-95.

- Reforzar el funcionamiento del sistema de respuesta del Estado de prevención, protección y reparación psicosocial como un todo integrado, para disminuir progresivamente los espacios que facilitan el surgimiento de la victimización secundaria. Para ello se requiere adecuar a las características de los NNA las condiciones para su atención (lugares físicos, recursos humanos especializados y sensibilizados), evitando la duplicidad de acciones a través de una atención oportuna y pertinente, generando una coordinación entre las distintas instancias y coberturas de programas especializados para abordar las necesidades disímiles presentes en este tipo de situaciones (necesidades sociales, económicas, psicológicas, jurídicas, legales, entre otras).
- Mejorar la asistencia jurídica para los NNA que requieran representación en juicios para que sus intereses queden representados.
- Énfasis en la prevención y protección contra la violencia en aquellos NNA que, por su condición, su origen social, género, pertenencia a pueblos indígenas, en situación migratoria, en situación de discapacidad o cualquier otro factor de desigualdad, están en un riesgo mayor de ser víctimas de violencia y discriminación.
- Avanzar hacia la erradicación de toda forma de violencia y explotación hacia NNA, incluyendo la erradicación del castigo corporal y del trabajo infantil, e incorporando la cautela necesaria en el trabajo adolescente para que se efectúe con respeto al marco establecido en la Convención.
- Priorizar dentro de la respuesta del Estado la protección de NNA ante emergencias de desastre y catástrofe, dando cumplimiento a los protocolos establecidos en la gestión del riesgo.
- En el caso de las Tecnologías de Información y Comunicación se requiere avanzar en la protección legal de los derechos de NNA en el ambiente digital, cautelando la existencia de redes de protección, denuncia, orientación y ayuda a las víctimas de delitos asociados al uso indebido de la tecnología. Resulta necesario abordar la prevención y protección de datos personales –privacidad, imagen e identidad–, y los riesgos en el uso de internet –*grooming*, *cyberbullyng*, *sexting*– mediante la promoción de conductas que refuercen el autocuidado y disminuyan la vulnerabilidad.
- Trabajar para que los procedimientos y prácticas institucionales se

ajusten al marco de los derechos de los NNA, erradicando prácticas discriminatorias y revictimizantes, con particular consideración hacia los sujetos y grupos expuestos a situaciones de violencia, discriminación y exclusión.

Línea de acción N°3: Condiciones transversales

Buscan generar las condiciones técnicas, administrativas y financieras que aseguren estándares de calidad para el Sistema. La Política determina lineamientos relevantes en torno a la gestión administrativa, la formación de personas vinculadas al trabajo con la niñez y adolescencia, procesos de aseguramiento de la calidad y pertinencia de la prestación de servicios⁶⁰.

En la elaboración de estos procesos transversales se vislumbra el quehacer del Estado para el funcionamiento del Sistema de Garantías. A pesar de su lenguaje amplio, se desglosa en acciones tendientes a la correcta implementación de la nueva forma de hacer política pública en materia de infancia.

B. Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia (2018-2025)

Dos años después de la aparición de la Política Nacional es presentado en marzo de 2018 el Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025, cuyo objetivo es traducir “en términos operativos los lineamientos y las orientaciones prioritarias de la Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025 definiendo resultados estratégicos, compromisos, indicador(es) para su monitoreo, línea base, líneas de acción, actividades al 2018, 2021 y 2025, responsables y corresponsables”⁶¹.

El Plan recoge los componentes político-institucional, programático y normativo de la Política, así como los denominados “procesos transversales que se requieren para la implementación del Sistema de Protección Integral de los Derechos de la Niñez”⁶². Cada uno de estos componentes se incorpora en el Plan, particularmente en lo referido a las acciones y atribuciones propias de la Administración. El Plan mismo forma parte de este Sistema⁶³.

60 Consejo Nacional de la Infancia, *Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015-2025*, 99-101.

61 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 21.

62 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 21.

63 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 21.

El Plan de Acción plantea la implementación de un Sistema de Protección Integral de Derechos (SPID) de NNA⁶⁴, con una estrategia de carácter sistémico que responda a los principios de indivisibilidad, interdependencia e interrelación que tienen los derechos. En relación a estos, el Plan llama la atención sobre los tipos de medidas que estos disponen y que se complementan entre sí: i) *universales* orientadas al cumplimiento de todos los derechos y para todos los NNA sin ningún tipo de discriminación⁶⁵; ii) *reforzadas*, destinadas a aquellas poblaciones de NNA que se encuentra en situación de desventaja, están excluidas o son víctimas de discriminación⁶⁶, como los NNA pertenecientes a pueblos indígenas, en situación migratoria, en situación de discapacidad, en situación de pobreza, diversos en su sexualidad, con medidas de protección, privados de libertad o en situación de emergencia, entre otros, y que tienen como propósito asegurar que estos grupos prioritarios accedan a sus derechos en igualdad de condiciones, y iii) *especializadas*, las cuales se aplican sólo en dos circunstancias: (a) cuando los NNA han sido víctimas de vulneraciones graves a sus derechos –por haber sufrido maltrato, violencia, abuso y/o explotación– y cuya finalidad es abordar y reparar de manera adecuada, oportuna y pertinente los daños que dichas vulneraciones hayan podido provocar en ellos, y (b) cuando los adolescentes entran en contacto con la ley penal, cuyo propósito es lograr su reinserción social y evitar la reincidencia⁶⁷.

Mediante estos tres tipos de medidas -universales, reforzadas y especializadas- se constituyen, a su vez, tres formas de protección: *integral*, *reforzada* y *especial*, respectivamente.

Además de las medidas, el Plan plantea un conjunto de resultados estratégicos ordenados según *ejes de derechos*. Estos ejes corresponden a: *supervivencia*, *desarrollo*, *protección* y *participación*. Para cada eje se proponen

64 Este Plan introduce una definición de los SPID como “un conjunto de órganos, entidades, mecanismos e instancias a nivel nacional, regional y local orientados a promover, proteger, restituir y restablecer los derechos de los niños y niñas y repara el daño ante la vulneración de los mismos establecidos por las legislaciones nacionales de infancia” (Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 10).

65 El plan señala que esto correspondería a la “protección integral de los derechos” (Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 10).

66 También considerados por este documento como “grupos prioritarios” (Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 10).

67 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 10.

una serie de resultados estratégicos agrupados en distintos ámbitos.

Así, en el eje de protección se consideran los siguientes resultados estratégicos: protección social; gestión de riesgos y desastres; derecho a vivir en familia; fin a la violencia contra NNA; restitución de derechos de los NNA privados de su medio familiar y justicia juvenil.

A su vez, para cada resultado estratégico se establecen una serie de compromisos. Por ejemplo: para el resultado estratégico de protección social se establece el compromiso de disminuir la desigualdad de ingresos de los hogares con NNA. Cada uno de estos compromisos es traducido en líneas de acción específicas. Siguiendo el mismo ejemplo, las líneas de acción propuestas son, entre otras, el incremento progresivo del acceso universal a prestaciones monetarias y sociales, y el fortalecimiento de las condiciones de empleabilidad y emprendimiento para adultos en hogares con NNA.

Para cada compromiso se establece también un indicador de cumplimiento y una línea base. En el caso del compromiso de disminuir la desigualdad de ingresos de los hogares con NNA, uno de los indicadores establecidos es la proporción de personas entre 0 y 17 años que viven por debajo del 50% de la mediana de los ingresos, utilizándose como línea base el dato de la encuesta CASEN 2016 de 30,61% correspondiente⁶⁸.

Finalmente, las líneas de acción se desglosan en acciones específicas a desarrollarse para 2018, 2021 y 2025, estableciéndose metas de corto, mediano y largo plazo para el cumplimiento de los resultados estratégicos. Al mismo tiempo, se identifica a un responsable de emprender las acciones y un corresponsable. Para la línea de acción que hemos venido comentando (incremento progresivo de acceso universal a prestaciones monetarias y sociales), se establecen como acciones:

- La constitución de una instancia de coordinación intersectorial para la elaboración de una estrategia intersectorial para el acceso y pertinencia de las prestaciones sociales, educacionales, de vivienda, acompañamiento familiar y de salud, para los hogares con NNA, para 2018.
- La implementación y seguimiento de dicha estrategia intersectorial para

68 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 119.

la resolución de brechas de accesibilidad y la pertinencia a prestaciones sociales, educacionales, de vivienda, acompañamiento y de salud de todos los hogares con NNA, para 2021, y

- La evaluación de la mencionada estrategia en 2025.

Es responsable de esta acción el Ministerio de Desarrollo Social y corresponsables diversas entidades de todos los sectores, como por ejemplo, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, Ministerio de Salud, SENADIS y SENAME.

Respecto al eje de *protección* es relevante el derecho de los NNA a vivir en familia, que constituye el entorno inmediato donde NNA se desarrollan y desenvuelven, y es el espacio ideal en el cual deben ser cuidados⁶⁹. La prevalencia del rol de la familia en la protección es una de las ideas más recurrentes a lo largo del desarrollo de la respuesta estatal después de la crisis del SENAME, entendiéndose siempre como el primer ámbito de protección ante la vulneración. Esta idea irá cobrando forma, tanto en el seno de los programas sociales asociados a su fortalecimiento, como en el articulado de proyectos futuros.

El eje de protección está constituido por seis resultados estratégicos, 9 compromisos y 37 líneas de acción, desglosadas en 137 acciones a ser desplegadas en el corto, mediano y largo plazo.

En este ámbito, el Plan identifica como desafíos los siguientes:

- Estimar línea base para el indicador que aborda el compromiso del resultado estratégico 11.3 “Proporción de NNA cubierto por los beneficios de protección”;
- Estimar línea base para el indicador que mide el compromiso del resultado estratégico 12.1 “Minimizar el impacto adverso en los NNA frente a amenazas de riesgos y desastres”, cuyo indicador propuesto es “Número de defunciones, desaparición y afectados entre los 0 y 17 años atribuidos a desastres por cada 100.000 NNA”;
- Estimar línea base para indicadores que miden el compromiso del resultado estratégico 13.2 “Aumentar el porcentaje de organizaciones

69 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 11.

públicas y privadas certificadas con el Sello Iguala-Conciliación”;

- Incluir una propuesta de indicador y su respectiva línea base para poder medir el compromiso correspondiente al resultado estratégico 16.2 “Garantizar el cumplimiento de los derechos humanos de los adolescentes que cumplen sanciones y medidas del sistema de responsabilidad penal adolescente⁷⁰.

Finalmente, el Plan de Acción Nacional establece desafíos para los demás poderes del Estado. Para el Poder Legislativo se establecen como desafíos: i) armonizar la legislación nacional con la CDN, atendiendo al interés superior del niño, ii) asegurar las leyes necesarias para el funcionamiento del Sistema de Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia, iii) fortalecer su labor fiscalizadora sobre la situación de NNA y el cumplimiento de sus derechos, especialmente de los que están en mayor situación de vulnerabilidad, y iv) fortalecer los marcos legales que protejan los derechos de las poblaciones prioritarias de NNA de acuerdo a la CDN.

Para el Poder Judicial se señala la necesidad de i) Adecuar los procedimientos judiciales, sensibles a los derechos de los NNA, de modo que el sistema de justicia respete y proteja la integridad de cada NNA, ya sea porque requiere de medidas de protección o bien porque ha incumplido la ley penal, ii) fortalecer los procesos de especialización de los actores judiciales intervinientes en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, tales como el Poder Judicial, la Defensoría Penal Pública y el Ministerio Público, avanzando hacia la instauración de procesos penales y profesionales intervinientes especializados y dedicados para este tipo de causas, iii) mayor articulación con el Ejecutivo en lo que compete a la protección especial de los NNA vulnerados en sus derechos y los adolescentes en conflicto con la ley penal, y iv) fortalecer su labor fiscalizadora sobre la situación de NNA y el cumplimiento de sus derechos, especialmente de los que están bajo protección del Estado y los adolescentes privados de libertad⁷¹.

C. Acuerdo Nacional por la Infancia (2018)

El Acuerdo Nacional por la Infancia de 2018 es el último documento que

70 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 214.

71 Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*, 217.

hace parte de la respuesta estatal frente a la necesidad de una reforma integral al sistema. Contó con un proceso de participación mucho más acotado que el de la Política Nacional y su elaboración tomó menos tiempo. Su contenido se traduce en 94 medidas ordenadas en torno a tres ejes: protección universal, protección a NNA en riesgo de vulneración de derechos, y protección y restitución de derechos.

El documento ha sido visto como un intento de retomar los compromisos adquiridos en materia de infancia por los gobiernos anteriores, pero que, en gran medida, no avanza en la solución de problemas concretos. Las organizaciones civiles han hecho presente la relevancia de legislar correctamente y de contar con una Ley de Sistema de Garantías. No obstante, algunos aspectos han sido percibidos como positivos.

Destaca el análisis realizado por el Bloque por la Infancia⁷², que en agosto de 2018 formuló una declaración que contiene las apreciaciones que les merecía el Acuerdo Nacional, señalando que valoraban el hecho de situar la CDN en el centro del estudio (lo que queda explicitado en el numeral 7 del Acuerdo Nacional⁷³), pero que faltaba mayor precisión y concreción en las propuestas, con la finalidad de evitar ambigüedades indeseadas en materia de derechos, reconociéndolos por un lado, pero relativizándolos por otro⁷⁴. Por otra parte, el Acuerdo también era criticable en la medida en que en sus 94 propuestas no se priorizaban aquellas que son relevantes para avanzar en las reformas pendientes, diferenciándose de otras que, siendo importantes e incluso urgentes, hacen parte (o así debiera entenderse siempre) del quehacer cotidiano de los gobiernos por mejorar los servicios y programas existentes. En el mismo sentido, los plazos de implementación fueron estimados como ambiguos y no habría en el texto estrategias de control y seguimiento de lo acordado⁷⁵.

72 Red de organizaciones de la sociedad civil cuya área de trabajo es la infancia en sus múltiples dimensiones.

73 El numeral 7 del Acuerdo Nacional dice: “La ley de garantías se constituirá en una ley de bases generales que propendan al reconocimiento de derechos, la promoción y protección del ejercicio de los mismos respecto de los NNA. Se propone tramitar esta ley bajo el enfoque de derechos de los NNA, teniendo la Convención de los Derechos del Niño como fuente primaria, y tomando en consideración las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño. Lo anterior a fin de garantizar la pertinencia de su contenido y comprometiendo, además, su tramitación en paralelo a la discusión parlamentaria de los restantes proyectos de ley”.

74 Declaración Posición del Bloque por la Infancia frente al Acuerdo Nacional (01 de agosto de 2018), párr. 2. <https://www.focosocial.cl/admin/docu/pub_109.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

75 Declaración Posición del Bloque por la Infancia frente al Acuerdo Nacional, párr. 2.

Para el Bloque por la Infancia, de las 94 medidas establecidas en el Acuerdo, sólo 16 de ellas abren oportunidades para avanzar en la construcción de un Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de la Niñez. Se hace un llamado al gobierno de considerar plazos más cortos, pues el proceso proyectado llevaría 7 años, con lo cual se sumarían 35 años de demora en la implementación de la CDN en nuestro país⁷⁶.

Proyectos de Ley

En términos generales, la reforma perfilada en los instrumentos de política pública se concreta con el Proyecto de Ley de Sistema de Garantías de la Niñez (Boletín 10315-18), ingresado al Parlamento el 24 de septiembre de 2015 y que, actualmente, se encuentra en segundo trámite constitucional, con urgencia simple.

Esta ley es concebida como una *ley de garantías*, es decir, busca la creación de un sistema que proteja integralmente los derechos de los NNA consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

En segundo lugar, es una *ley marco*. Esto quiere decir que sienta las bases generales del sistema de garantías de derechos de la niñez, lo que implica reconocer la naturaleza intersectorial de las materias vinculadas, la vocación articuladora de la institucionalidad, y la necesidad de que el enfoque de derechos se instale transversalmente en los órganos del Estado y la sociedad chilena. También implica que a partir de esta ley se desarrollen otros proyectos normativos complementarios que pongan en ejecución sus postulados. La idea de una ley marco es congruente con una respuesta pública sistémica a los problemas del tratamiento institucional a la infancia.

El proyecto consta de cinco títulos. El primero se refiere a los objetivos y definiciones de la ley, su aplicación e interpretación, y el segundo establece principios, derechos y garantías. El título tercero se refiere al Sistema de Protección Administrativa y Judicial, y el cuarto trata sobre la institucionalidad. Por último, el título quinto regula la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción.

76 Declaración Posición del Bloque por la Infancia frente al Acuerdo Nacional, párr. 9.

Entre los aspectos positivos se ha destacado que el proyecto establece una nueva institucionalidad, pero privilegia el fortalecimiento de los organismos existentes. Además, establece un sistema de protección administrativa, a cargo del Ministerio de Desarrollo Social para adoptar medidas de protección respecto de NNA que han sufrido restricción o privación de sus derechos. Con esto, se reserva exclusivamente a los tribunales el establecimiento de la medida que signifique la separación del niño de su familia y entorno.

También, el proyecto establece una acción especializada y de tramitación rápida que permitiría exigir a los órganos de la Administración del Estado la prestación de servicios que deben otorgar legamente, cuando el acceso a ellos haya sido negado o limitado.

En cuanto a los aspectos críticos, se ha observado que la técnica legislativa utilizada por el Ejecutivo pone en riesgo la efectividad de la Ley, debido a la existencia de varios proyectos en distintas Cámaras, lo que provoca una dispersión en el debate legislativo⁷⁷.

También se ha observado que el texto y lenguaje utilizado en el proyecto generaliza e invisibiliza situaciones específicas, al no utilizar, por ejemplo, regularmente lenguaje inclusivo o excluir la figura del adolescente a lo largo del texto. Esto fue advertido incluso por la Corte Suprema⁷⁸, lo que obligó a que durante la tramitación el Ejecutivo presentara indicaciones para incorporar la palabra “niña” cuando fuera pertinente. De todas formas, resulta plausible señalar que estas indicaciones no son suficientes, toda vez que sólo reconocen el binarismo sexual y no incluyen otras diversidades.

La Corte Suprema, en su informe sobre el proyecto, realizó algunas observaciones de fondo. En relación con el sistema de protección administrativa y judicial que reglamenta el proyecto, señaló que “el establecimiento de medidas intrusivas en los derechos de los padres o quienes tienen a su cuidado al niño o

77 Primer Informe de la Comisión Especial encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los NNA, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez. < <https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=19835&tipodoc=info> > [consulta en línea: 20.11.20]. Destacamos la recomendación realizada por la Directora del Centro UC de la Familia, Carmen Domínguez, para subsanar este defecto, apuntando a la necesidad de profundizar en dos aspectos: la disponibilidad de recursos destinados financiar el sistema y la Responsabilidad directa de las autoridades encargadas de desarrollar la política (43).

78 Corte Suprema, Oficio 123-2015, de 17 de noviembre de 2015, considerando séptimo.

niña, aplicables incluso a estos últimos, debiera analizarse con especial atención si se tiene en cuenta que se radica en el mismo ente a cargo de su provisión – asumiendo al Ejecutivo como uno solo- en razón de que tales disposiciones no sólo exigen la ponderación de derechos y necesidades de afectación propias del ámbito judicial, sino también hacen aconsejable la separación de roles para fomentar la fiscalización de su cumplimiento efectivo”⁷⁹. Desde otro punto de vista, la Corte Suprema llamó la atención respecto a la pretensión de limitar la actividad jurisdiccional a las hipótesis descritas, indicando que podría importar una renuncia a ciertas actividades que, por definición, debieran ser resueltas por los tribunales de justicia, particularmente cuando existe una situación de vulnerabilidad de un niño o niña y un padre, madre o cuidador presente que manifieste en algún sentido un interés diverso al impuesto u orientado por el órgano administrativo competente⁸⁰. Vinculado a esto, la Corte señala que un aspecto de preocupación es el referido a la delimitación de competencias, atribuciones y responsabilidades con el órgano administrativo, en lo referido a la aplicación de medidas de protección cuando existan limitaciones, privaciones o amenazas al ejercicio y goce de los derechos⁸¹. Esto, sumado a no contar con las modificaciones que lo establecido en el título III supone en la ley 19.968⁸², lo que hace difícil entender cómo, en la práctica, se implementaría el sistema de aplicación de medidas de protección que propone el proyecto⁸³.

La Corte también expresa preocupación respecto a varios otros temas, tales como: la garantía del derecho a la asistencia jurídica, señalando que es imperioso que el proyecto la especifique⁸⁴; la confusión percibida en el proyecto sobre las obligaciones de los órganos del estado de respetar, prevenir y proteger, cuya utilización indistinta en el proyecto requiere aclaración⁸⁵; la inexistencia de mecanismos y de un Servicio especializado, que la norma dice se creará posteriormente, para atender aquellos adolescentes que podrían ser separados de sus familias como resultado de la facultad entregada a los tribunales⁸⁶. Al

79 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando décimo.

80 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando undécimo.

81 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando duodécimo.

82 La derogación de la Ley N°19.968 es una iniciativa que se encuentra en la Política Nacional. Se compromete en el Plan de Acción, pero nada se dice en el Proyecto de Ley de Garantías de la Niñez.

83 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando duodécimo.

84 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando décimotercero.

85 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando décimoquinto.

86 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando décimocuarto.

mismo tiempo, llama la atención sobre el carácter de las obligaciones contraídas por los órganos de la administración del Estado que a lo largo del proyecto están sujetas al ámbito de sus competencias y a “disponibilidades presupuestarias”⁸⁷ y el supuesto carácter progresivo de las prestaciones que garantizarán los órganos de la Administración del Estado. También expresa preocupación respecto de la redacción del ámbito de aplicación personal de la norma, consagrada en el artículo 4 del proyecto, por no abarcar a todos los sujetos que debiese⁸⁸.

La Corte sostiene que los tratamientos de algunas materias son extremadamente generales y producen más interrogantes que certezas. En materias como la delimitación de funciones entre la entidad administrativa que se pretende crear y los tribunales de justicia, el estatuto normativo que deberán aplicar los tribunales de justicia al momento de conocer un caso en que exista privación o limitación de los derechos de NNA, el establecimiento de algún sistema de control de las decisiones de la Administración, la forma en que se deberá enfrentar el proceso de transición entre la realidad actual y la implementación de la nueva institucionalidad, el articulado no es claro ni suficiente⁸⁹.

La Corte concluye que es necesario suspender la tramitación de aquellos aspectos que se encuentran indeterminados en el proyecto, concentrados en los títulos III y IV, hasta que no se cuente con la totalidad de las propuestas legales que darán forma completa al sistema.

Las consecuencias de esta decisión de alguna manera reflejan el entrampamiento en el cual se encuentra la Ley de Sistema de Garantías de la Niñez, consistente en la falta de claridades respecto de las “bajadas concretas” que tendrá el nuevo Sistema de Garantías en torno al rol, estructura, funciones, atribuciones y despliegue territorial de los órganos de la Administración del Estado.

Esta incertidumbre se extiende a los demás proyectos de ley que se vinculan de forma directa con la ley de Sistema de Garantías, pues si no está establecido el rol de la Administración, con sus atribuciones específicas, difícilmente este sistema puede modularse en servicios concretos como el de protección especializada, o el de reinserción juvenil, que actualmente se encuentran en discusión parlamentaria.

87 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando décimocuarto.

88 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando décimo octavo.

89 Corte Suprema, Oficio 123-2015, considerando décimonoveno.

Estado de otros proyectos de ley vinculados a la protección de la niñez y adolescencia en Chile

Tabla 8 - Proyectos de ley enviados al Congreso en materia de infancia y adolescencia

Boletín	Fecha de ingreso	Nombre	Ámbito de aplicación	Estado de Tramitación
Boletín 9119-18	08-10-2013	Proyecto de Ley de Reforma integral al Sistema de Adopción en Chile	Nueva Normativa	Segundo trámite constitucional en Senado. Urgencia simple (09-06-2020)
Boletín 9245-07	22-01-2014	Proyecto de ley que regula entrevistas grabadas en vídeo y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales.	Nueva normativa	Tramitación terminada. Ley N° 21.057 (D.O. 20-01-2018)
Boletín 10315-18	24-09-2015	Proyecto de Ley que Crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la niñez.	Ley de Bases	Segundo trámite constitucional en Senado. Urgencia simple (09-06-2020)
Boletín 10314-06	29-09-2015	Proyecto de Ley que crea la Subsecretaría de la Niñez, modifica la ley N°20.530, sobre Ministerio de Desarrollo Social, y otros cuerpos legales que indica	Nueva institucionalidad	Tramitación terminada. Ley N° 21.090 (D.O. 18-04-2018)
Boletín 10584-07	22-03-2016	Ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez	Nueva Institucionalidad	Tramitación terminada. Ley N° 21.067 (D.O. 29-01-2018)
Boletín 10902-18	14-09-2016	Proyecto de ley que Modifica la ley N°20.032, que Establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename y su régimen de subvención, para establecer un tiempo mínimo de duración del derecho de visitas por parte de padres y parientes en los centros residenciales.	Nueva normativa	Primer trámite constitucional en Cámara de Diputados. En Comisión de familia y adulto mayor (27-09-2016)

Boletín 11700-07	19-04-218	Proyecto de ley que Modifica Carta Fundamental con el propósito de garantizar la protección de la infancia y adolescencia	Reforma constitucional	Primer trámite constitucional en Cámara de Diputados. Rechazada idea de legislar en discusión general (09-10-2019)
Boletín 11657-17	04-04-2018	Proyecto de ley que Modifica la ley N° 20.032, que Establece Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la red de colaboradores del Servicio Nacional de Menores (Sename), y su régimen de subvención y el decreto ley N° 2.465, del año 1979, del Ministerio de Justicia, que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica	Nueva normativa	Tramitación terminada. Ley N° 21.140 (D.O. 31-01-2019)
Boletín 11174-07	04-04-2017	Proyecto de ley que crea Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil	Nueva institucionalidad	Segundo trámite constitucional en C. Diputados. Suma urgencia (23-06-2020)
Boletín 11176-07	04-04-2017	Proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de Niños y Niñas	Nueva institucionalidad	Primer trámite constitucional en C. Diputados. Cuenta de oficio de la Comisión de la Familia y Adulto mayor por el cual solicita el acuerdo de la sala para que le sea remitido el proyecto (20-03-2018).
Boletín 11951-31	31-07-2018	Proyecto de ley que crea el Ministerio de Familia y Desarrollo Social.	Modificación de institucionalidad	Tramitación terminada. Ley N° 21.150 (D.O. 16-04-2019)
Boletín 12027-07	17-08-2018	Proyecto de ley que crea el Servicio de Protección de la Niñez y modifica normas legales que indica.	Nueva institucionalidad	Trámite finalización en Cámara de Origen: discusión veto en Cámara Revisora/Senado, retira y hace presente urgencia para discusión inmediata (13-10-2020)

Fuente: elaboración propia.

Referencias

CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, *Política nacional de niñez y adolescencia. Sistema integral de garantías de derechos de la niñez y adolescencia 2015-2025*. Santiago de Chile: Consejo Nacional de la Infancia, 2016. <<http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/Politica-Nacional-de-Nin%CC%83ez-y-Adolescencia.pdf>> [consulta en línea: 20.11.2020].

_____, *Diversidad sexual en niños, niñas y adolescentes. Propuestas mesa técnica*. Santiago de Chile: Consejo Nacional de la Infancia, 2016. <http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/3.-Diversidad-sexual_en_ninos_ninas-adolescentes.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

_____, *Informe: Situación de los derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile 2017*. Santiago de Chile: Consejo Nacional de la Infancia, 2018 <<http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/Informe-Monitoreo-Derechos-2017-2.pdf>> [consulta en línea: 20.11.2020].

DIDES, Claudia y Constanza Fernández. *Primer Informe Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Estado de la situación 2016*. Santiago de Chile: Corporación Miles Chile, 2016. <http://www.mileschile.cl/documentos/Informe_DDSSRR_2016_Miles.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y CONSEJO NACIONAL DE LA INFANCIA, *Plan de Acción Nacional de Niñez y Adolescencia 2018-2025*. Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo Social, Consejo Nacional de la Infancia, 2018. <http://www.creciendoconderechos.gob.cl/docs/Plan_Accion_NNA_2018-2025.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Niños, niñas y adolescentes, síntesis de resultados*. Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo Social, División Social, 2018. <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php> [consulta en línea: 20.11.2020].

_____. *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Situación de pobreza, síntesis de resultados*. Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo social, División Social, 2018. <<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial>

gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php> [consulta en línea: 20.11.2020].

_____, *Encuesta de Caracterización Socioeconómica 2017 (CASEN). Educación, síntesis de resultados* (Santiago de Chile: Ministerio de Desarrollo social, División Social, 2018). <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/casen_2017.php> [consulta en línea: 20.11.2020].

SERVICIO NACIONAL DE LA DISCAPACIDAD. *II Estudio Nacional de la Discapacidad, 2015*. Santiago de Chile: Senadis, 2016.

PNUD, *Primera Encuesta de Desarrollo Humano en niños, niñas y adolescentes*. Santiago de Chile: PNUD, 2018. <https://www.cl.undp.org/content/chile/es/home/library/human_development/primer-encuesta-de-desarrollo-humano-en-ninos--ninas-y-adolesce.html> [consulta en línea: 20.11.2020].

OIT, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Ministerio de Desarrollo Social, *Magnitud y características del trabajo infantil en Chile – Informe 2013*. Santiago de Chile: OIT, IPEC, Ministerio del Trabajo y Previsión Social y Ministerio de Desarrollo Social de Chile, 2013. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/publication/wcms_582519.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

Capítulo III. Estándares internacionales de derechos humanos sobre infancia en situación de vulnerabilidad*

I. Estándares internacionales de derechos humanos en materia de infancia

Durante décadas los niños, niñas y adolescentes estuvieron ausentes en las regulaciones internacionales en materia de protección de derechos, quedando expuestos a graves vulneraciones. Para obtener el debido reconocimiento de sus derechos humanos y ser visibilizados ante la sociedad, se desplegaron diversas iniciativas con el objeto de resguardar aspectos donde su integridad e intereses estuviesen involucrados, logrando, mediante la Convención sobre los Derechos del Niño, concederles el lugar que les corresponde, esto es, el de sujetos de derechos.

A continuación, desarrollaremos la evolución de los estándares internacionales en materia de infancia, cuyo contenido al pasar de los años adquirió mayor especificidad, en atención a las distintas realidades que atraviesan los NNA, siendo ello muestra del compromiso adquirido por los Estados en el reconocimiento integral de los derechos de la niñez.

La primera iniciativa con el fin de resguardar los derechos de los NNA, reconociendo su situación de vulnerabilidad, tanto por su fragilidad física e inmadurez, se materializó en 1924, año en que se aprueba por la Sociedad de Naciones (SDN) la “Declaración de Ginebra”, documento en el que se reconoce por primera vez derechos específicos a los NNA. Esta declaración, no vinculante para los Estados, se componía de cinco artículos, los que se centraron en la importancia del bienestar de los niños y su derecho al desarrollo, tanto material y espiritual, su educación y protección.

En el año 1948 se suscribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en su artículo 25, párrafo segundo, realiza una breve mención a la protección especial que requiere la infancia.

Mayor énfasis en esta materia lo podemos vislumbrar en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, instrumento que establece 10 principios, respecto

de los cuales destacamos el principio II¹, norma que por primera vez menciona el principio rector del Interés Superior del Niño (ISN), el cual es fundamental por su multiplicidad de funciones.

Posteriormente, en 1966, se aprueban tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, en su artículo 24, párrafo primero y artículo 10, párrafo tercero, respectivamente, señalan que los niños –por su condición de menor– requieren medidas de protección especial, tanto de parte de su familia, como de la sociedad y el Estado, en general.

En el mismo sentido, en 1969 se adopta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 19 reitera que los niños necesitan una protección especial.

En la década de los '70 destacamos dos hechos importantes: el primero de ellos acontece en 1973, año en el que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprueba el Convenio N° 138, el cual establece que los 18 años es la edad mínima para la admisión a un empleo, permitiendo un mayor desarrollo físico y espiritual de los niños (artículo 1°). Y el segundo acontecimiento se da en 1979, cuando se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), instrumento que protege los derechos humanos de las niñas y las mujeres. Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas declara 1979 como el “Año Internacional del Niño”, lo que será la antesala para la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Posteriormente, en 1980, se suscribe el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, cuyo preámbulo señala que los intereses de los menores son algo primordial respecto a cuestiones relativas a su custodia. Por otro lado, en 1984 se adopta el primer tratado multilateral interamericano en materia de infancia, a través de la OEA: la Convención

* El presente capítulo fue elaborado por Fernanda Cuevas Gallegos y Nicole Zúñiga De La Cuadra, ayudantes de investigación equipo CDH, bajo la dirección de la profesora Liliana Galdámez Zelada.

1 ONU, Declaración de los Derechos del Niño, adoptada el 20 de Noviembre de 1959, Principio II: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

Interamericana sobre Conflictos de leyes en materia de Adopción de Menores.

Ahora bien, 1985 es el año en que se aprueban las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, más conocidas como las “Reglas de Beijing”, las cuales “tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención”².

La década de los 80 finaliza con la aprobación de diversos pronunciamientos por parte de la OEA, tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado “Protocolo de San Salvador”, respecto del cual destacamos su artículo 16, norma que indica que todo niño, por su condición de menor, tiene derecho a medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, ambas adoptadas por la OEA el 15 de julio de 1989.

El modelo que imperaba previamente a la aprobación de la CDN era el *tutelar* –también conocido como de la *doctrina de la situación irregular*–, el cual distinguía entre “niños” y “menores”:

“la ley tutelar construyó un sujeto social mediante la producción de una división entre aquellos que serían socializados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños, sobre quienes no se aplican este tipo de leyes.”³

La *doctrina asistencialista* consideraba a los “menores” como “objetos” de protección, personas incompletas e incapaces⁴, quienes se encontraban en una situación irregular o de riesgo y requerían de la intervención represiva del Estado. Al respecto, Beloff considera que “en esta concepción la protección a la que son

2 “Reglas de Beijing”, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, primera parte, comentario párr. 1.

3 Mary Beloff, «Un modelo para armar !y otro para desarmar!: protección integral de los derechos del niño vs. modelo de la situación irregular», en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, coord. por Mary Beloff, (Buenos Aires: Ediciones Del Puerto, 2009), 24.

4 Beloff, «Un modelo para armar !y otro para desarmar!», 4.

sometidos ‘los menores’ con frecuencia viola o restringe derechos, precisamente porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos, como acción estatal dirigida a garantizar derechos”⁵. Ejemplo de ello es que, en casos de medidas de protección al menor, la internación era la opción preponderante, entendiendo que ello restringe su libertad.

La CDN se adopta en el año 1989, la cual tiene carácter vinculante para los Estados que la ratifiquen. Chile la ratificó en el 13 de agosto de 1990, promulgándola como ley de la República al día siguiente, mediante Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores (publicado en Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile).

Dicho instrumento normativo produce un cambio de paradigma⁶, ya que se despoja de la mirada de una protección segregativa y comienza a regir el modelo de la *protección integral*. Por tanto, se dejan de realizar diferencias entre “niños” y “menores”, siendo la CDN aplicable a todos los niños, niñas y adolescentes (NNA), a quienes se les considera como “sujetos” de derechos y se les reconoce todos los derechos reconocidos para todo ser humano, sumado a derechos específicos relacionados a la evolución de sus facultades⁷.

Como sostiene Cillero, “la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos”⁸.

Dentro de los derechos reconocidos en la CDN el que representa de mejor forma el cambio de paradigma es el derecho de los NNA a ser oídos, consagrado en el artículo 12, que permite el tránsito desde el tratamiento como incapaces a capaces, garantizando el derecho a participar de forma directa o a través de representantes (curador *ad litem*) en todo procedimiento judicial o administrativo

5 Beloff, «Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!», 24.

6 Miguel Cillero Bruñol, «Los Derechos del Niño: De la proclamación a la protección efectiva», *Justicia y Derechos del Niño* 3 (2001), 56.

7 Cillero Bruñol, «Los Derechos del Niño: De la proclamación a la protección efectiva», 57.

8 Miguel Cillero Bruñol, «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño», *Justicia y Derechos del Niño* 9 (2007), 130.

en que estén involucrados sus intereses, siendo sus opiniones debidamente tomadas en cuenta en virtud de su edad y madurez⁹.

Desde la CDN son abundantes las iniciativas e instrumentos que recogen este cambio de paradigma y desarrollan situaciones particulares para la garantía y protección de derechos de NNA.

En el ámbito de iniciativas globales, en 1990 se celebró la Cumbre Mundial en favor de la infancia (CMFI), en donde se aprobó la Declaración Mundial sobre la supervivencia, protección y desarrollo del NNA junto con un Plan de acción a llevar a cabo en plazos determinados durante esa década. Once años después, en 2002, se realizó una Sesión especial dedicada a la infancia mediante una reunión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual se renovó el compromiso adquirido en la CMFI de 1990 y se analizaron los avances alcanzados desde esa instancia, denominando dicha sesión especial N° 27 como “*Un mundo apropiado para los niños*”¹⁰, sesión que significó un hito al incorporar por primera vez a NNA como delegados(as) oficiales. Posteriormente, en el año 2007 se convocó a una reunión plenaria conmemorativa de alto nivel, con el fin de evaluar los progresos de lo pactado en 2002.

En relación con instrumentos, en 1990 se aprueban las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (“Directrices de Riad”) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. El mismo año se aprueba también la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que en sus artículos 17 y 18 establece derechos para NNA.

En 1993 se impulsaron acuerdos internacionales que se fundan en la CDN, tales como el Convenio relativo a la protección de los NNA y a la cooperación en materia de adopción internacional y Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, las cuales dicen relación con los artículos 21 y 23 de la CDN, respectivamente.

Con el objeto de reforzar lo consagrado en el artículo 23 CDN, en el año

9 ONU, *Observación General N° 12 (2009) «El derecho del niño a ser escuchado»*, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, 51° período de sesiones, 20 de Julio de 2009, CRC/C/GC/12, párr. 28-30.

10 ONU, *Resolución aprobada por la Asamblea General “Un mundo apropiado para los niños”, 27° período extraordinario de sesiones, 10 de Mayo de 2002, A/RES/S-27/2.*

2006 se aprueba la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual en su artículo 7 resalta la consideración primordial del ISN y el reconocimiento a los NNA de su derecho a expresar sus opiniones, en igualdad de condiciones con el resto de los NNA, garantizando que reciban asistencia en virtud de su discapacidad y edad.

En el año 1994 se adopta la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como la “Convención de Belém do Pará”, que en su artículo 9 recoge la situación de vulnerabilidad de las niñas y adolescentes y establece deberes de protección reforzada para los Estados.

Finalizando la década de los ‘90, en 1999 se suscribe el Convenio N° 182 presentado por la OIT, que estudia las peores formas de trabajo infantil, instrumento que dispone en su artículo 1° que todos los Estados que ratifiquen el Convenio deben adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, las que se encuentran descritas en su artículo 3°. Conjuntamente, se aprueba la Recomendación N°190 de la OIT, la cual complementa el plan de acción para eliminar las peores formas de trabajo infantil, señalando criterios para identificarlas.

Iniciando el siglo XXI, se suman en el año 2000 dos Protocolos Facultativos de la CDN, los cuales ahondan en temáticas consagradas en los artículos 34, 35 y 38 de la CDN. Estos son, por un lado, el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y, por otro lado, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva 17/02 de la Corte IDH de 2002, denominada “*Condición Jurídica y derechos humanos del niño*”, se pronuncia sobre la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la interpretación de los artículos 8 y 25 de la CADH, “con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen ‘límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados’ en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia

dentro del marco de la Convención Americana”¹¹.

Para Beloff, la importancia de dicha decisión radica en que “por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho”¹². Ello quedó plasmado en la primera conclusión de la OC-17/2002, la cual dispone “1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección”¹³.

En la OC-17/2002, la Corte IDH declara, por seis votos contra uno, trece conclusiones, cuyo voto disidente fue el Juez Jackman. Advertimos que dentro de las conclusiones no hubo grandes avances: a modo de ejemplo, no aportó en una definición del ISN, permitiéndonos afirmar que la solicitud realizada por la CIDH no fue resuelta. A mayor abundamiento, “las conclusiones de la OC 17 no concluyen, no responden claramente al confuso pedido de la Comisión, no avanzan en el establecimiento de un estándar más claro que el que ya está fijado en las normas internacionales y, como se indicará, requerirían un pedido de aclaratoria no previsto en los tratados y/o reglamentos para la función consultiva de la Corte”¹⁴.

Por otro lado, destacamos la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹⁵, aprobada en 2006, que en su artículo 7, párrafo segundo, letra b), califica la desaparición forzada de los NNA como una agravante y en su artículo 25, párrafos cuarto y quinto, recalca la importancia de preservar su identidad y el ISN, cuya consideración será primordial en toda circunstancia, al igual que el derecho de los NNA a ser oídos. En 2007 se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶ que, en relación al artículo 30 de la CDN,

11 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Serie A no. 17, párr. 1.

12 Mary Beloff, «Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de derechos humanos: “Condición Jurídica y derechos humanos del niño”», *Justicia y Derechos del Niño* 9 (2007), 51.

13 Corte IDH, OC-17/2002, párr. 137.

14 Beloff, «Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17», 118.

15 Aprobada por la resolución 61/177 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2006.

16 Aprobada por la resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 13 de septiembre de 2007.

señala, en sus artículo 21, párrafo segundo, y artículo 22, la necesidad de tomar medidas especiales en el caso de los NNA, prestándoles particular atención.

Más recientemente, en materia de niñas y niños migrantes, en 2017 se aprobaron dos Observaciones Generales Conjuntas (OGC) suscritas por el Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW) y el Comité de los Derechos del Niño (CRC). La primera de estas OGC versa sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de niñas y niños en el contexto de la migración internacional¹⁷ y la segunda se refiere a las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de niñas y niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno¹⁸. Ambas Observaciones, si bien son independientes una de otra, se complementan y se aplican de manera conjunta.

El objetivo de la primera OGC es “proporcionar una orientación autorizada sobre las medidas legislativas y de políticas y otras medidas apropiadas que deben adoptarse para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de las Convenciones, a fin de proteger plenamente los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional”¹⁹. Ahora bien, los principios sobre los cuales dichas medidas deben basarse son el de la no discriminación, el interés superior de niño, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y el derecho de los NNA a ser oídos²⁰.

Por otra parte, la segunda OGC señala diez obligaciones jurídicas que recaen sobre los Estados partes, con el fin de proteger a los NNA migrantes, relativas a los siguientes ámbitos: edad²¹, derecho a la libertad²², garantías procesales y acceso a la justicia²³, derecho a un nombre, una identidad y una

17 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 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*, 16 de Noviembre de 2017 (CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22).

18 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 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*, 16 de Noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23).

19 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 7.

20 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 19.

21 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 3-4.

22 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 5-13.

23 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 27-38.

nacionalidad, vida familiar, protección contra todas las formas de violencia y abuso, incluida la explotación, el trabajo infantil y el secuestro, y la venta o trata de niños²⁴, derecho a la protección contra la explotación económica, incluidos los trabajos prematuros y peligrosos, a condiciones de empleo y a la seguridad social²⁵, derecho a un nivel de vida adecuado²⁶, derecho a la salud²⁷ y derecho a la educación y la formación profesional²⁸.

Por último, queremos resaltar la labor de la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, creada en 1998 por la CIDH, y cuya Relatora actual es la Comisionada Esmeralda Arosemena de Troitiño²⁹.

La función de esta Relatoría es la promoción de los derechos humanos de los NNA, para lo cual realiza diversas tareas, tales como apoyo en el análisis de denuncias presentadas ante la CIDH, visitas a los Estados, organización de seminarios y talleres y, además, colaborar en la elaboración de informes temáticos de la CIDH, en los que se ha examinado la realidad de los derechos humanos de los NNA en América.

Tras destacar diversos acuerdos internacionales en materia de infancia, niñez y adolescencia, podemos constatar que, a lo largo de la historia, ha existido un interés en proteger los derechos de los NNA, cuya necesidad ha ido en ascenso a partir de la aprobación de la CDN, ya que el compromiso adquirido ha sido el de resguardar y promover los derechos de los NNA.

El enfoque que tienen el conjunto de pronunciamientos reseñados (reglas, protocolos, pactos, convenciones, convenios, etc.) es la vulnerabilidad de los NNA, situación que, sin ser definida explícitamente en alguno de estos instrumentos, es recogida de manera implícita en expresiones como “particular atención”, “medidas especiales” o “protección especial”.

Consideramos que la utilidad de dichos consensos internacionales radica, por un lado, en aportar estándares normativos para una protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, además de contribuir al debate público

24 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 39-44.

25 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 45-48.

26 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 49-53.

27 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 54-58.

28 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 59-63.

29 Ver sitio web institucional <<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/mandato/funciones.asp>> [consulta en línea: 20.11.2020]

y ampliar oportunidades para evaluar la realidad de cada país. Por otro lado, dan cuenta de la multiplicidad de dimensiones que se manifiesta la situación de vulnerabilidad de NNA, como por ejemplo, en ámbitos de trabajo infantil, discapacidad, pueblos indígenas, conflictos armados, infractores de ley penal y migrantes.

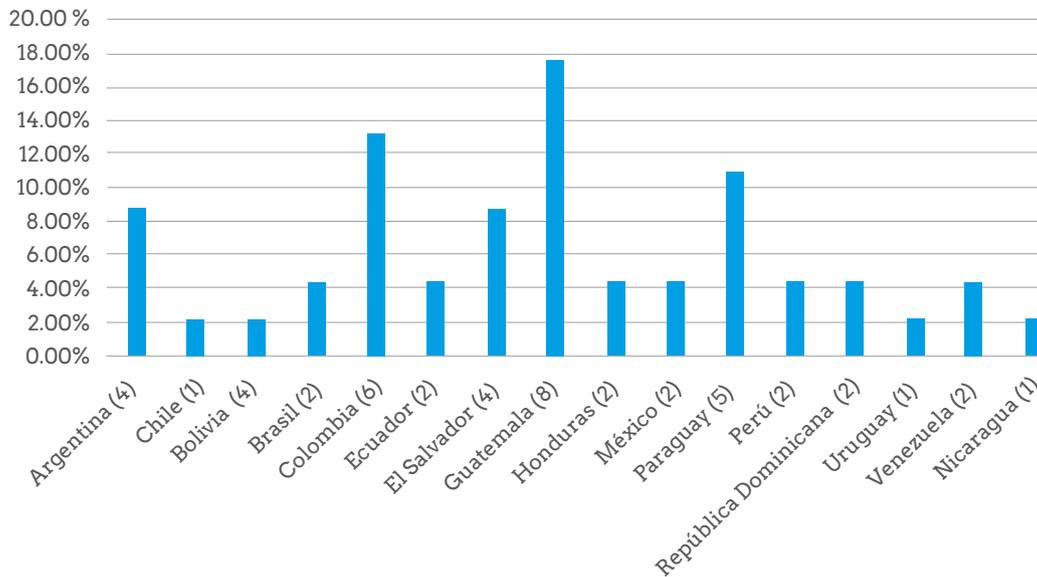
II. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección de la infancia

El presente informe temático incorpora a la investigación el tratamiento que tienen los NNA vulnerables en nuestro país y en América, en distintos ámbitos. Así, este apartado contiene tanto una revisión a la labor de la Corte IDH, sus pronunciamientos en materia de niñez y vulnerabilidad, como una mirada al marco normativo internacional existente para abordar la niñez y los derechos de los NNA.

Sin embargo, la Corte IDH no ha definido qué entiende por “vulnerabilidad”, especialmente cuando se trata de NNA, sino que identifica situaciones que constituyen vulnerabilidad y reconoce la especial condición jurídica que merecen los NNA, utilizando como base para ello su *Opinión Consultiva 17/02*, de 28 de agosto de 2002, dedicada a la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

Al respecto, en países donde la competencia contenciosa de la Corte IDH ha sido expresamente reconocida, se hizo un primer análisis acerca de qué situaciones y personas la Corte efectivamente considera como “vulnerables”. Así, respecto de NNA, se encontró un total de 45 casos que tratan sobre la niñez y la vulnerabilidad, en un espectro de 16 países, desglosándose de la siguiente manera:

Gráfico 1 - Casos de vulnerabilidad y niñez de la Corte IDH



Fuente: elaboración propia.

Tabla 9 - Casos contenciosos de la Corte IDH sobre NNA

País	Nº y porcentaje de casos	País	Nº y porcentaje de casos	País	Nº y porcentaje de casos
Argentina	4 casos (8,8%)	El Salvador	4 casos (8,8%)	República Dominicana	2 casos (4,4%)
Chile	1 caso (2,2%)	Guatemala	8 casos (17,7%)	Uruguay	1 caso (2,2%)
Bolivia	1 caso (2,2%)	Honduras	2 casos (4,4%)	Nicaragua	1 caso (2,2%)
Brasil	2 casos (4,4%)	México	2 casos (4,4%)	Venezuela	2 casos (4,4%)
Colombia	6 casos (13,3%)	Paraguay	5 casos (11,1%)	Perú	2 casos (4,4%)

Fuente: elaboración propia.

En síntesis, el Estado que registra mayor cantidad de sentencias condenatorias por parte de la Corte IDH en casos contenciosos vinculados a NNA corresponde a Guatemala, con un 17,7%. En segundo lugar, Colombia, con un 13,3%, y en tercer lugar, Paraguay, con un total de 11,5%.

En términos generales, se puede señalar que la Corte IDH sigue un criterio de análisis centrado principalmente en la propia CADH, su jurisprudencia anterior, las opiniones consultivas emanadas de ella y pocos instrumentos internacionales que apliquen para el caso específico, siendo los más citados por ella la CDN, las convenciones en materia de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y desapariciones forzadas, y la Convención *Belem do Pará*.

La vulnerabilidad de NNA que la Corte IDH reconoce se puede clasificar en *vulnerabilidades inherentes*, debido a la etapa de desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social en la que se encuentran, y las *vulnerabilidades generadas* a partir de circunstancias que propician al riesgo y la afectación de sus derechos, como contexto³⁰.

En este sentido, la mayor parte de las condenas a los Estados estuvieron relacionadas con la existencia de conflictos armados, dictaduras y la pobreza de los grupos en donde se produjo la vulneración de derechos, evidenciándose que las mayores vulneraciones se cometieron en periodos donde el Estado de Derecho de los países respectivos se encontraba sumamente disminuido o anulado, constituyendo los conflictos armados y la pobreza vulneraciones de contexto a los derechos de los NNA.

Con el fin de otorgar una sistematización adecuada a los casos de la Corte IDH revisados, seguimos la agrupación de los derechos que involucran a los NNA propuesta por la CDN, por ser dicho instrumento normativo el más relevante en la materia para efectos de determinar los derechos y garantizar protecciones a los NNA en el ámbito internacional. Así, clasificamos estos derechos y garantías en ocho categorías: (1) Interés superior del niño y autonomía progresiva (arts. 3 y 5), (2) Garantías judiciales, derecho a ser oído y procedimiento equitativo (arts. 12 y 40), (3) Derecho a la integridad personal (arts. 2, 6, 19, 32-37 y 39), (4) Derecho a la libertad personal (arts. 13, 14 y 15), (5) Derecho a la familia (arts. 9, 10, 20

30 Juana María Ibáñez Rivas, «Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista IIDH* 51 (2010), 28 ss. <<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1632/revista-iidh51.pdf>> [consulta en línea: 20.11.2020].

y 21), (6) Derecho a los servicios básicos (arts. 24, 25, 26, 28 y 29), (7) Derecho a la identidad, nombre y nacionalidad (arts. 7 y 8), y (8) Situaciones particulares, tales como conflictos armados, refugiados, indígenas y discapacitados (arts. 22, 23, 30, 38 y 39).

II. 1. Interés superior del Niño y autonomía progresiva

El interés superior del niño es un principio que en la actualidad goza de un reconocimiento jurídico de carácter universal, siendo parte de la protección jurídica de los derechos de los NNA. En este sentido, la CDN y la consagración de derechos específicos para los NNA –en particular, el reconocimiento al interés superior del niño–, generan, en palabras de Zermatten, que los NNA “existan como grupo social claramente delimitado entre la edad de 0 y 18 años, aun cuando esta parte de la vida sea dividida en pequeña infancia, infancia, adolescencia y juventud”³¹.

En otros términos, “lo que se propone con la idea rectora o con el principio del interés superior del niño es, justamente, que la consideración del interés del niño debe primar al momento de resolver sobre cuestiones que le afecten. En realidad, este principio sólo exige tomar en cuenta o en consideración al niño como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado”³².

El Interés Superior del Niño ha sido reconocido por la Corte IDH no sólo como un criterio orientador para la determinación de vulneraciones de derechos, sino además como un derecho de los NNA que vele por su bienestar, integridad y dignidad, que abarca todos los derechos presentes en la CADH y opera como principio rector en las actuaciones del Estado, con miras a la protección de NNA. Así, este principio constituye una obligación estatal en términos de que “el Estado debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño”³³.

31 Jean Zermatten, *El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. Informe de Trabajo 3-2003* (Institut International de Droits de l'Enfant, 2003), 16. <https://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

32 Gonzalo Aguilar Cavallo, «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales* 6(1) (2008), 230. <<https://biblat.unam.mx/hevila/Estudiosconstitucionales/2008/vol6/no1/9.pdf>> [consulta en línea: 20.11.2020].

33 Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

En este sentido, la Corte IDH también ha señalado que la protección del interés superior del niño es un fin en sí mismo, debiendo entenderse que para dicha protección deben establecerse necesariamente medidas especiales de cuidado para hacerlo efectivo:

“Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”³⁴.

En este sentido, el interés superior del niño se ha configurado para la Corte IDH como uno de los principios rectores en aquellos casos y circunstancias que involucran a NNA, siendo tanto un *principio orientador* como una *obligación* en materia protección de derechos.

Respecto de la *autonomía progresiva*, ella constituye un reconocimiento a la capacidad de los NNA de adquirir derechos y obligaciones a medida que se va produciendo su desarrollo biológico y social en el tráfico jurídico. La Corte IDH ha señalado que “los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal”³⁵. De esta manera, el reconocimiento de este desarrollo personal de NNA en el DIDH, va configurando, a su vez, los derechos y obligaciones a los que éstos se encuentran supeditados, articulando el sistema en torno a esta declaración. Así, la Corte IDH señala que, “en consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”³⁶.

II. 2. Garantías judiciales, derecho a ser oído y procedimiento equitativo

Respecto de las garantías judiciales, ellas deben ser entendidas en los términos no sólo del interés superior del niño tratado anteriormente, sino también en aplicación del derecho a ser oído y el derecho a un procedimiento equitativo

34 Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 102.

35 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina* (excepciones preliminares, fondo y reparaciones), sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, párr. 143.

36 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, párr. 143.

dirigido a los NNA, con las garantías que entrega la CADH a todas las personas en general, de conformidad con su artículo 8.

En ese sentido, la Corte ha estimado que las garantías judiciales del artículo 8 CADH se encuentran enmarcadas dentro del deber de los Estados de respetar las libertades y derechos de las personas, protegiendo y asegurando su ejercicio mediante las garantías judiciales, siendo éstas medios idóneos para que dichos derechos sean efectivos en todo momento, sin importar la circunstancia³⁷.

La Corte IDH ha establecido que una de las mayores violaciones a las garantías judiciales está constituida en el impedimento de acceder a la justicia en forma eficaz y efectiva:

“La Corte ha establecido que el derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.”³⁸

Sin embargo, esto puede ser especialmente dramático respecto de NNA. Así, esta especificidad en el caso de los NNA se evidencia en lo señalado por la Corte IDH, en cuanto “[s]i bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso”³⁹. La Corte IDH también ha establecido que “ante la presencia de víctimas que eran menores de edad y del conocimiento del Estado de dicha situación, su responsabilidad de proveer un recurso sencillo y efectivo para la protección de sus derechos era aún mayor”⁴⁰, identificándose que el primer y esencial paso para proteger el derecho de NNA a acceder a la justicia, es mediante la caución y protección especial de las garantías judiciales y procesales en los que se vean involucrados, considerando

37 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, párr. 140.

38 Corte IDH, caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 139.

39 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, párr. 145.

40 Corte IDH, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 407.

a NNA como una parte activa y equitativa en derechos en relación a los adultos.

En este sentido, el derecho a ser oído constituye una de las manifestaciones prácticas de estas garantías judiciales que deben ser especialmente cauteladas, como ha reconocido expresamente la Corte IDH:

“El artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.”⁴¹

En este punto, la Corte IDH recurre al Comité de los Derechos del Niño para desarrollar el estándar normativo en los procesos donde NNA se vean involucrados:

“(i) no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”⁴².

De esta manera, se evidencia un concreto estándar por parte de la Corte

41 Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196.

42 Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 198; ONU, *Observación General N° 12 “El derecho del niño a ser escuchado”*, párrs. 20, 21, 25, 28 y 30.

IDH para considerar cuándo se cumple efectivamente con este derecho que asiste a todo NNA de ser oído en procesos judiciales.

II. 3. Derecho a la integridad personal

El derecho a la integridad personal bajo los términos de la CDN debe abordar todos aquellos ámbitos relacionados a ella, como son el derecho a la vida, la no discriminación, supervivencia y desarrollo, protección contra los malos tratos, la tortura, la privación de libertad, el trabajo infantil, la explotación sexual, la venta y trata de NNA.

El derecho a la vida de NNA, de acuerdo a la Corte IDH, corresponde a una obligación que “presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta como se desprende de las normas sobre protección a los niños establecidos en la Convención Americana y en la Convención de Derechos del Niño”⁴³. En este sentido, el derecho a la vida –bajo los estándares y consideraciones de la Corte IDH– indica que los Estados están obligados, además, a prevenir cualquier hecho o circunstancia que pueda afectar el derecho a la vida en los términos contenidos en el art. 4 CADH⁴⁴, tomando en especial consideración el principio del interés superior del niño⁴⁵, estableciendo que la infracción a este deber de prevención estaría dado por la no aplicación de medidas necesarias y razonables, “por parte de las autoridades dentro de sus atribuciones, que pudiesen prevenir ese riesgo o daño”⁴⁶.

Respecto a la protección del derecho a la integridad personal de NNA, la Corte IDH ha expresado que los Estados están en una posición de garante respecto de NNA, obligados a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir situaciones que, por acción u omisión, pudiesen afectar este derecho⁴⁷. La integridad personal es entendida por la Corte IDH tanto en su ámbito físico como psicológico, siendo especialmente recurrente la aplicación de este derecho en los casos vinculados a privaciones de libertad y violencia propia de los conflictos armados, donde establece determinados deberes de actuación en los casos particulares respecto de los cuales los Estados, para dar cumplimiento

43 Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*, párr. 138.

44 Corte IDH, caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281, párr. 182.

45 Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 177.

46 Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párr. 184.

47 Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, párr. 191.

a la CADH, debieron haber actuado.

En situaciones de personas privadas de libertad en recintos penitenciarios, el Estado tiene el deber de proteger la integridad de ellas teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y las circunstancias particulares que le atañen. Así, la Corte ha reiterado el deber reforzado de protección respecto a NNA que se encuentren bajo custodia del Estado: “Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad.”⁴⁸.

Además, la Corte considera que otras circunstancias, tales como conflictos armados, prostitución infantil, tráfico, trata o venta de NNA, entre otros, constituyen casos donde efectivamente se configura una vulneración a la integridad personal de éstos.

II. 4. Derecho a la libertad personal

La libertad personal puede entenderse como un derecho público subjetivo en la medida en que pertenece a la persona por razón del “status jurídico” que esta ostenta en relación con el Estado, y porque se inscribe en una relación jurídico-pública cuyo sujeto activo y pasivo son el sujeto individual y el Estado, titular de derecho y obligaciones respecto a los individuos⁴⁹.

La Corte IDH aborda el derecho a la libertad personal en materia de NNA previniendo que la privación de libertad de NNA, en principio, debe evitarse, especialmente si sus progenitores son los que se encuentran privados de libertad, como sucede en el caso de los migrantes, reconociendo que los Estados deben aplicar medidas menos lesivas, reiterando el carácter de excepcional de dicha clase de medidas privativas de libertad⁵⁰.

En aquellos casos donde NNA se encuentren privados de libertad por infracciones a la ley, la Corte IDH señala la relevancia de que dichas privaciones sean por el periodo de tiempo más corto posible, acorde con la CDN, incluso

48 Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*, párr. 190.

49 Ramón Soriano Díaz, *El derecho de Hábeas Corpus* (Madrid, España: Congreso de los Diputados, Monografías, 1986), 11-12.

50 Corte IDH, caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. (excepciones preliminares, fondo), sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C N° 282, párr. 360.

considerando medidas de libertad anticipadas⁵¹.

La Corte IDH ha sostenido, en específico, “respecto de casos donde menores de edad se encuentren involucrados, que el contenido del derecho a la libertad personal no puede deslindarse del interés superior del niño y del carácter que reviste la posición de garante del Estado respecto de los niños”⁵², reafirmando un enfoque de carácter proteccionista e integral en el cuidado y respeto de los derechos de NNA. A su vez, la Corte IDH establece la prohibición de afectar la libertad personal de NNA con fundamento en la cautela de procesos administrativos a cargo del Estado, debiendo necesariamente adoptarse medidas menos lesivas, y permitiendo que los NNA afectados puedan permanecer junto a sus familias⁵³.

II. 5. Derecho a vivir en familia y adopción

La CDN hace referencia en su preámbulo a la importancia que las familias tienen en el desarrollo y ejercicio de los derechos de NNA. Así, esta Convención señala que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Reconoce así que NNA necesitan de una familia para desarrollarse en forma plena y armoniosa, en un ambiente de “felicidad, amor y comprensión”, constituyendo la familia un espacio de protección para NNA.

En este sentido, la Corte IDH ha tratado a la familia como un elemento no sólo concebido para proteger NNA, sino que meritorio, a su vez, de protección como grupo humano por parte del Estado y la sociedad en su conjunto, precisando que no existe un concepto único de familia⁵⁴.

A su vez, la Corte IDH ha señalado que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se

51 Corte IDH, caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 230-231.

52 Corte IDH, caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 27 de agosto de 2014, párr. 161.

53 Corte IDH, caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. (excepciones preliminares, fondo), sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C N° 282, párr. 390.

54 Corte IDH, OC-17/02, párr. 67 y 71.

protege sólo un “modelo tradicional” de la misma”⁵⁵ y que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano⁵⁶.

Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a NNA. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna y/o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas, extendiendo la protección a todas aquellas personas que constituyan el núcleo de protección de NNA, el cual puede no ser necesariamente el de parentesco biológico. Respecto del reconocimiento acerca de la importancia de la familia y qué individuos la constituyen, la Corte IDH “reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar, sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte”⁵⁷, reforzando este deber de protección en los siguientes términos:

“Por otro lado, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁵⁸.

Además, otra de las formas de afectación del derecho a la familia lo constituye la separación de NNA de este núcleo, debiendo entonces omitir cualquier tipo de injerencia de carácter arbitraria en la conformación de la familia o la vida familiar⁵⁹.

En el caso de la adopción, podemos considerar que se trata de “una institución que tiene por finalidad brindar protección y/o un medio familiar fundamentalmente a niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, creándose de

55 Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 142

56 Corte IDH, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, párr. 172 ss.

57 Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 159.

58 Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay* (fondo y reparaciones), sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 125.

59 Corte IDH, caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, párr. 104 y 105.

este modo una situación análoga a la filiación legítima con respecto al o los adoptantes”⁶⁰.

En los casos de adopción que la Corte IDH ha conocido, ha abordado esta materia en virtud del derecho a vivir con una familia y también considerando el deber de los Estados de proporcionar un procedimiento de carácter especializado y compatible con lo dispuesto por la CDN:

“los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades”⁶¹.

Así, la protección a la familia y la adopción son cuestiones que la Corte IDH ha establecido como elementos esenciales y determinantes de protección, mediante una estructura jurídica que permita garantizar el normal desarrollo de NNA que viven con sus familias y que han sido o son parte de procesos de adopción, siempre considerando su interés superior.

II. 6. Derechos sociales: salud, educación, seguridad social

El acceso a los servicios básicos de salud, educación y seguridad social que establece la CDN, son derechos sociales que permiten el desarrollo íntegro de la persona y garantizan su dignidad, en tanto se protege su integridad física y psíquica, encontrando su mayor reconocimiento en el PIDESC.

La Corte IDH ha establecido que la ausencia de estos derechos constituye una vulneración especialmente grave respecto de NNA, manifestando que “[l]a Corte constata que esa falta de atención [en relación al acceso a una atención en salud, a servicios básicos esenciales, entre otros] resulta especialmente grave cuando los afectados son personas que se encuentran en situación de especial

60 María de Montserrat Pérez Contreras, «El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 138 (2013): 1167. doi:10.1016/S0041-8633(13)71164-5.

61 Corte IDH, caso *Fornerón e hija vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 51.

vulnerabilidad, como son las niñas y niños”⁶².

La Corte IDH ha resuelto también la obligación estatal de construir la infraestructura necesaria para garantizar el acceso a estos servicios como parte de las medidas de reparación por vulneración de DESC, identificándose una vulnerabilidad importante en los grupos sociales que no tienen acceso a ellos: se trata de garantizar a NNA en contextos de pobreza las condiciones mínimas de vida digna que les permitan el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, en los términos de la CDN, precisando la Corte IDH que estas condiciones mínimas consisten en el deber de los Estados de asegurar el acceso a los servicios básicos, la salud y la educación de los NNA, en conexión con el art. 19 CADH⁶³.

II. 7. Derecho a la identidad, nombre y nacionalidad

El derecho a la identidad reconocido por la CDN se encuentra vinculado al derecho de NNA a tener un nombre, apellidos, ser registrados como tales en el correspondiente registro, saber quiénes son y de dónde provienen, en un sentido amplio. La Corte IDH ha resuelto que el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”⁶⁴.

La Corte IDH se ha preocupado especialmente del derecho a la identidad en los casos donde existe una vulnerabilidad vinculada a la ascendencia indígena, reconociendo expresamente la importancia que representa para NNA el conocer sus orígenes y cultura, debiendo el Estado garantizar la protección de la cultura indígena y que, a su vez, los NNA puedan ser parte de ella:

“El Tribunal advierte que los Estados, además de las obligaciones que deben garantizar a toda persona bajo su jurisdicción, deben cumplir con una obligación adicional y complementaria definida en el artículo 30

62 Corte IDH, caso de las *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 329.

63 Corte IDH, caso de los *“Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (fondo), sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 191. En el mismo sentido, respecto al derecho a la vida, párr. 144.

64 Corte IDH, caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, párr. 123.

de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma.”⁶⁵.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha considerado que “el ejercicio efectivo de los derechos de los niños indígenas a la cultura, a la religión y al idioma constituyen unos cimientos esenciales de un Estado culturalmente diverso”⁶⁶, y la Corte IDH ha reconocido que este derecho constituye un importante reconocimiento de las tradiciones y los valores colectivos de las culturas indígenas⁶⁷.

También ha sido foco de preocupación para la Corte IDH las desapariciones forzadas ocurridas durante conflictos armados o dictaduras en los Estados partes de la CADH, donde los NNA terminan siendo de los principales afectados, reflexionando sobre el derecho a la identidad de NNA en estos contextos:

“(…) el Tribunal ha reconocido que el derecho a la identidad no se encuentra expresamente contemplado en la Convención Americana. No obstante, el artículo 29.c de este instrumento establece que ‘ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de [...] excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno’. Al respecto, la Corte ha utilizado las ‘Normas de Interpretación’ de este artículo para precisar el contenido de ciertas disposiciones de la Convención, por lo que indudablemente una fuente de referencia importante, en atención al artículo 29.c) de la Convención Americana y al *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo constituye la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que reconoció el derecho a la identidad de manera expresa. En su artículo 8.1 señala que ‘[!]os Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con

65 Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 167.

66 ONU, *Observación General N° 11 (2009) «Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención»*, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, 50° período de sesiones, 12 de febrero de 2009, CRC/C/GC/11, párr. 82.

67 Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 168.

la ley sin injerencias ilícitas'. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, se encuentra compuesto por la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el 'derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana' y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee 'un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares'. En efecto, es 'un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana'. En consecuencia, en las circunstancias del presente caso y en atención al contexto de los términos de la Convención Americana, interpretados a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena, el Tribunal estima que el conjunto de las violaciones a los derechos establecidos en la Convención Americana que fueron analizados constituyen una afectación al derecho a la identidad, el cual es inherente al ser humano, y se encuentra estipulado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁸.

La Corte IDH agrega que, si bien el derecho a la identidad es especialmente importante durante la niñez, no es un derecho exclusivo de NNA, ya que las personas nos encontramos en constante desarrollo y construcción, y puede verse afectado por diversas circunstancias a lo largo de nuestras vidas⁶⁹.

II. 8. Situaciones particulares de NNA

Los resultados de la investigación arrojaron vulneraciones a los derechos de los NNA que exceden las solas transgresiones personales, afectando también elementos de contexto que ya sitúan a los NNA en condiciones que los dejan especialmente permeables a graves infracciones a sus derechos, debiendo concedérseles una protección especial en virtud de estas circunstancias. Los

68 Corte IDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 112.

69 Corte IDH, caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, párr. 113.

casos más recurrentes se dieron en contextos de conflictos armados, pobreza, NNA refugiados, ascendencia indígena, y NNA en situación de discapacidad.

Respecto de los conflictos armados, la Corte IDH ha señalado que los NNA sufren especiales vulneraciones en estos contextos debido a que son los menos preparados para adaptarse y responder a dicha situación⁷⁰, ya que el Estado no es capaz de brindarles la protección necesaria para evitar que sean violentados sistemáticamente, convirtiéndose en foco de reclutamiento para los grupos armados, además de las consecuencias de los desplazamientos forzados producto de estos conflictos⁷¹.

Previamente, la Corte IDH señaló que la responsabilidad del Estado en estos contextos se ve agravada por existir “una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales”⁷², debiendo tomarse en cuenta que “revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños”⁷³, lo que a su vez “obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal”⁷⁴, estableciéndose como una de las medidas de reparación, el deber del Estado de constituir investigaciones serias, sin dilaciones y eficaces para determinar los hechos y las responsabilidades de quienes resultaren responsables en la vulneración de los derechos de las víctimas⁷⁵.

Respecto de refugiados y desplazados, la Corte IDH ha considerado que, al igual que NNA en situaciones de conflictos armados internos, su condición de tales constituye una vulnerabilidad especial que los expone a la vulneración de sus derechos⁷⁶.

En materia de NNA indígenas, la Corte IDH se ha pronunciado respecto del derecho a la identidad en los diversos casos donde ha habido vulneraciones

70 Corte IDH, caso de la *"Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 156.

71 Corte IDH, caso de la *"Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, párr. 175.

72 Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 76.

73 Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 162.

74 Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 170.

75 Corte IDH, caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 231.

76 Corte IDH, caso de la *"Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*; Corte IDH, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

por parte de los Estados en perjuicio de comunidades indígenas, principalmente vinculadas con la expropiación de tierras o con desapariciones forzadas. Para la Corte IDH, NNA con ascendencia indígena generan en los Estados un deber de protección especial reforzado, puesto que “el desarrollo del niño es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social [y] para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma”⁷⁷.

Finalmente, sobre aquellos NNA en situación de discapacidad, la Corte IDH ha determinado que la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, deben ser aún mayores⁷⁸. En este sentido, el Comité de los Derechos de los Niños ha indicado:

“El logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud.”⁷⁹

Al abordar las medidas que deben tomar los Estados en la garantía de los derechos de las personas discapacitadas, la Corte IDH no sólo se refiere a las discapacidades de carácter físicas, sino también a las discapacidades mentales, indicando que “entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición”⁸⁰, reconociendo que aquellos grupos de personas que viven en situaciones adversas son mucho más propensos a desarrollar discapacidades, tanto físicas como mentales, encontrándose

77 Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 169.

78 Corte IDH, caso *Furlán y familiares vs. Argentina* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 138.

79 ONU, *Observación General N° 9 (2006) «Los derechos de los niños con discapacidad»*, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, 43º período de sesiones, 27 de febrero de 2007, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007, párr. 51.

80 Corte IDH, caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 104.

el Estado no sólo obligado a garantizar una protección de quienes ya son discapacitados, sino también a adoptar las medidas necesarias para prevenir dichas discapacidades.

II. 9. Medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las medidas de reparación surgen directamente de la responsabilidad que le cabe a los Estados por el daño ocasionado a raíz de la vulneración de derechos humanos, encontrando amplio reconocimiento y mandato en el DIDH. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que “es un principio de derecho internacional que toda violación de un compromiso internacional implica la obligación de reparar de una forma adecuada”⁸¹, debiendo necesariamente atribuirse en virtud de una infracción a una norma y la existencia de un daño, imputable a dicho Estado⁸². La responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de la inobservancia de sus obligaciones internacionales se concreta en la obligación de reparar el daño ocasionado⁸³, y se expande desde el propósito reparatorio y sancionador a la vez que yace en toda norma de responsabilidad, constituyendo un principio del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado⁸⁴.

Este deber de reparación comprende el resarcimiento del daño material e inmaterial, por lo que no se agota en su aspecto pecuniario, reducido a indemnizaciones monetarias, sino que responde al principio de la *reparación integral del daño*, extensivo a la aplicación de medidas que otorguen garantías de no repetición a las víctimas y a la población en general⁸⁵.

Ahora bien, el análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de medidas de reparación en casos sobre niñez y adolescencia permite identificar

81 Corte Permanente de Justicia Internacional, caso “Usine de Chorzow”, sentencia núm. 8, 1927, Serie A, No. 9, 21; Sentencia de fondo núm. 13, 1928, Serie A, No. 17, 29.

82 Comisión de Derecho Internacional. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

83 Asdrúbal Aguiar A., «La Responsabilidad del Estado por violación de Derechos Humanos (Apreciaciones sobre el acto de San José)», *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 17 (San José, Costa Rica: IIDH, 1993), 157.

84 Claudio Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, 2da. Edición (Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007), 13.

85 Nash Rojas, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*, 36.

criterios específicos para restituir el daño en los derechos vulnerados con un enfoque de reparación integral, como se aprecia en la adopción de medidas especiales y el desarrollo de un proceso de procesos judiciales adaptado a las niñas, niños y adolescentes con miras a evitar su revictimización en casos de violencia sexual, como una forma de garantía de no repetición⁸⁶.

Las medidas de reparación que ordena la Corte IDH adoptan diversas formas: i) *Garantías Judiciales*, esto es, que los Estados tienen la obligación de realizar la investigación de los hechos, identificar y juzgar a los responsables; ii) *Reformas legislativas y administrativas*; iii) *Publicación de Sentencia en Diario Oficial y/o Diario de circulación nacional*: la Corte ordena la publicación de la sentencia completa o parcial, es decir, se seleccionó capítulos o párrafos de la sentencia para ser informados a la comunidad y, en ciertos casos, con la obligación adicional de que ésta se traduzca en un determinado idioma o lengua nativa; iv) *Indemnización compensatoria*; v) *Reparación Simbólica*: dentro de ésta categoría se incluyen medidas como memoriales, designación nominal de centros educativos con los nombres de las víctimas o placas recordatorias, localización, traslado y entrega de restos mortales a familiares, actos de público reconocimiento de su responsabilidad internacional y/o petición de disculpas, becas de estudios a familiares de víctimas, acceso a salud, tratamientos psicológicos gratuitos, entre otras; vi) Implementación de programas de Educación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario o en otras materias (mujeres, pueblos indígenas, NNA, población privada de libertad, migrantes, etc.).

En los casos que involucran especialmente a NNA, la Corte IDH ha ordenado medidas de reparación en los ámbitos reseñados de la siguiente manera:

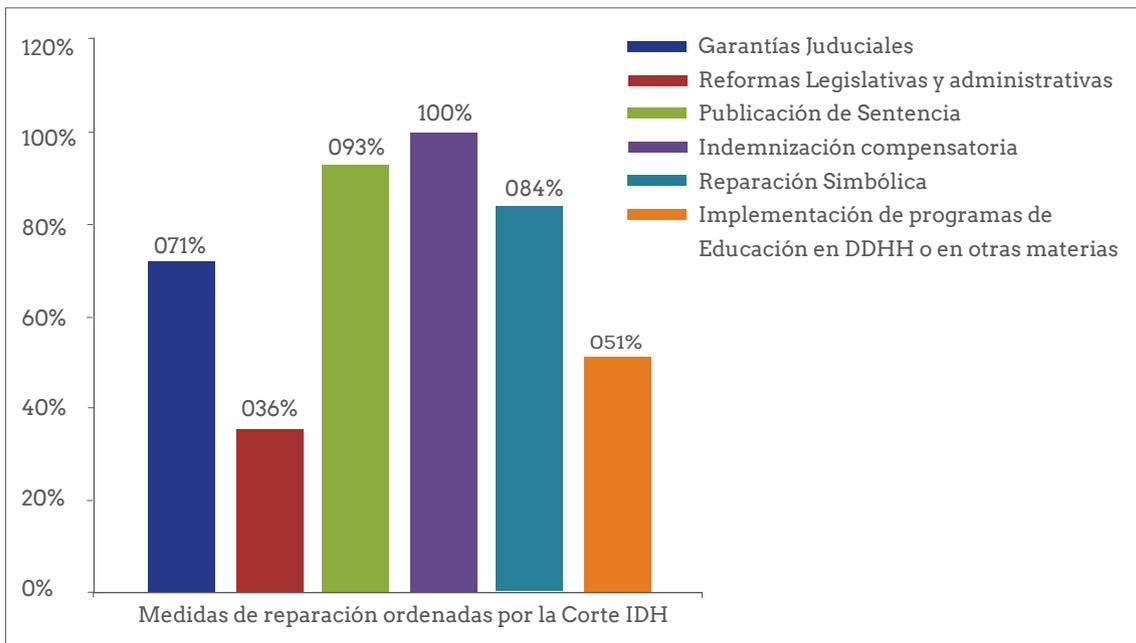
- i) *Garantías Judiciales*: del total de 45 casos, en 32 de ellos la Corte IDH ordenó esta medida, esto es, en el 71% de los casos.
- ii) *Reformas Legislativas y administrativas*: sólo en 16 casos se dispuso esto, representando el 35, 5%, siendo la medida menos ordenada a los Estados.
- iii) *Publicación de Sentencia en Diario Oficial y/o Diario de circulación*

86 Corte IDH, caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 382.

nacional: en 42 casos se ordenó la publicación total o parcial de la sentencia, esto es, en el 93,3% de los casos.

- iv) Indemnización compensatoria: Esta medida fue adoptada en todos los casos investigados (100%).
- v) Reparación Simbólica: sólo en 38 casos se dispuso ésta medida, lo cual representa el 84, 4%.
- vi) Implementación de programas de Educación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario o en otras materias: en 23 casos se ordenó implementar programas que, en el caso de educación en materia de derechos humanos, fue dirigida en su mayoría a las Fuerzas Armadas de los Estados. Dicha medida representa el 51, 1% de los casos investigados.

Gráfico 2 - Medidas de reparación Corte IDH



Fuente: elaboración propia.

Como se puede apreciar, la medida de reparación que la Corte IDH ha ordenado en todos los casos es la indemnización compensatoria, seguida por una amplia presencia de la publicación total o parcial de la sentencia y la reparación simbólica.

En casos que involucran NNA pertenecientes a categorías de *grupos vulnerables*, tales como mujeres, pueblos indígenas, migrantes, refugiados o personas en situación de discapacidad, la Corte IDH ordenó todas las medidas de reparación en favor de las víctimas en seis casos vinculados a contextos de desapariciones forzadas y conflictos armados, representando un 13,3% del total de casos estudiados, normalmente asociados también a violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos.

En casos como estos, la Corte IDH ha ordenado medidas de reparación que consideran especialmente el grado de afectación al desarrollo integral de NNA, y que incluyen adecuación de la legislación interna⁸⁷, becas para estudios superiores y formación profesional⁸⁸, asistencia para tratamientos psicológicos o psiquiátricos⁸⁹, o implementación de campañas de sensibilización y programas de educación en materia de niñez y derechos humanos⁹⁰.

Lo anteriormente expuesto permite apreciar parte esencial del desarrollo jurisprudencial que la Corte IDH ha efectuado en la protección de derechos de NNA, velando especialmente por su interés superior de NNA, el derecho a ser oído y la autonomía progresiva. Como ha quedado de manifiesto, la Corte IDH ha desarrollado estándares concretos para velar por la promoción y protección efectiva de estos derechos por parte de los Estados, enfatizando en la necesidad de adoptar medidas reforzadas en atención a la especial vulnerabilidad de NNA en una de las regiones más desiguales del mundo.

Referencias

AGUILAR, Gonzalo. «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales* 6(1) (2008): 223-247.

BELOFF, Mary. «Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte

87 Corte IDH, caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de noviembre de 2007, párr. 202.

88 Corte IDH, caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, párr. 362-363.

89 Corte IDH, caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (fondo, reparaciones y costas), sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 380.

90 Corte IDH, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, párr. 202.

Interamericana de derechos humanos: “Condición Jurídica y derechos humanos del niño”». *Justicia y Derechos del Niño* 9 (2007): 49-123.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño». *Justicia y Derechos del Niño* 9 (2007): 125-142.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. «Los Derechos del Niño: De la proclamación a la protección efectiva», *Justicia y Derechos del Niño* 3 (2001): 49-63.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. «La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología». *Derechos Humanos y Políticas Públicas. Manual*, coord. por Laurence Burgorgue-Larsen, Antonio Maués y Beatriz Eugenia Sánchez Mojica (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2014): 193-231.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. «Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Revista IIDH* 51 (2010): 13-54.

NASH ROJAS, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*, 2da. Edición. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. «El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 138 (2013): 1151-1168. doi:10.1016/S0041-8633(13)71164-5.

SORIANO DÍAZ, Ramón. *El derecho de Hábeas Corpus*. Madrid, España: Congreso de los Diputados, Monografías, 1986.

ZERMATTEN, Jean. *El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico. Informe de Trabajo 3-2003*. Institut International de Droits de l'Enfant, 2003.

Resoluciones de Organismos Internacionales

NACIONES UNIDAS (CUMBRE MUNDIAL EN FAVOR DE LA INFANCIA). *Declaración Mundial sobre la supervivencia, protección y desarrollo del niño*. Adoptada el 30

de Septiembre de 1990.

NACIONES UNIDAS (ASAMBLEA GENERAL). Resolución aprobada por la Asamblea General *“Un mundo apropiado para los niños”*, 27º período extraordinario de sesiones, 10 de Mayo de 2002, A/RES/S-27/2.

_____. Resolución aprobada por la Asamblea General *“Reunión plenaria conmemorativa de alto nivel dedicada al seguimiento de los resultados del período extraordinario de sesiones sobre la infancia”*, 61º período de sesiones, 29 de Junio de 2007, A/RES/61/272.

NACIONES UNIDAS (COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO). Observación General N° 12 *“El derecho del niño a ser escuchado”*, aprobado por el Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones, 20 de Julio de 2009, CRC/C/GC/12.

_____. Observación General N° 14 *“El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”*, aprobado por el Comité de los Derechos del Niño, 62º período de sesiones, 29 de Mayo de 2013, CRC/C/GC/14.

NACIONES UNIDAS (CMW-CRC). Observación General Conjunta N° 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 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, 16 de Noviembre de 2017, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22.

_____. Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 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, 16 de Noviembre de 2017, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23.

OIT. *Recomendación N°190 sobre las peores formas de trabajo infantil*. Adoptada el 17 de Junio de 1999.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002. Serie A no. 17.

___, caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

___, caso *“Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

___, caso *Bulacio vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

___, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

___, caso *de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

___, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212.

___, caso *Contreras y otros vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.

___, caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272.

___, caso *Fornerón e hija vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

___, caso *Furlán y familiares vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

___, caso *Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

___, caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.

___, caso de *los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

___, caso de *las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

___, caso de *la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

___, caso *Mendoza y otros vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

___, caso *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

___, caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.

___, caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

___, caso de *los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (Fondo), sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, caso *“Usine de Chorzow”*, sentencia núm. 8, 1927, Serie A, No. 9.

___, caso *“Usine de Chorzow”*, sentencia de fondo núm. 13, 1928, Serie A, No. 17.

Capítulo IV. La niñez migrante en Chile*

Estándares internacionales

Situados en el marco jurídico fijado en el capítulo anterior en cuanto a estándares internacionales de Derechos Humanos en infancia, en este apartado se analizará el estado de avance existente en esta materia, en particular en la niñez migrante. Esto, en atención a las problemáticas particulares que surgen de la intersección de la niñez y la migración, en tanto factores de vulnerabilidad.

La contingencia en materia migratoria en los últimos años, a nivel nacional e internacional, asociada al surgimiento de nuevos flujos migratorios, de características y necesidades propias y definidas, según la procedencia y la forma en que llegan al país, entre otras circunstancias, hace necesario revisar si existen esfuerzos internacionales por atender a este tipo de problemas. Si bien el marco jurídico internacional ya analizado anteriormente fija estándares de forma general, la existencia de problemas propios, o la profundización de problemas generales, en un grupo de personas en especial, como lo son los NNA migrantes, exige revisar si se han reforzado los esfuerzos tendientes a asegurar la protección de derechos de este grupo.

Así, en lo que sigue se revisará de qué forma se configuran los estándares internacionales en Derechos Humanos vinculantes para Chile en materia de niñez migrante. Para ello, se atenderá en especial a lo indicado respecto de la situación en el país por el Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) y el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW, por sus siglas en inglés), en su trabajo en particular, y en conjunto, ambos órganos de tratados de la ONU.

Comité de los Derechos del Niño

En cuanto al Comité de los Derechos del Niño, el último documento que explora el estado de cumplimiento de la CDN en Chile es una Observación

* El presente capítulo fue elaborado por Sebastián Cepeda Valdés, ayudante de investigación equipo CDH, bajo la dirección de la profesora Liliana Galdámez Zelada.

General de este organismo, emitida en 2015. Por su carácter general, el análisis propuesto atenderá a dos tipos de cuestiones en cuanto al aseguramiento de derechos de NNA migrantes: aquellas que, dada su generalidad, afectan dentro de varias áreas, en particular a la niñez migrante, y aquellas que se desarrollan específicamente en la niñez migrante.

Como punto de partida, al 2015, si bien un conjunto de medidas era entendido como progresos en el estado de cumplimiento de la CDN en Chile, dentro de las cuales destacaban la adopción de instrumentos internacionales y la aprobación de medidas legislativas, existían aspectos de preocupación en dos dimensiones: por una parte, deficiencias a nivel general en el sistema de protección de la niñez, y en la observancia del principio de no discriminación, de alta relevancia, en tanto impacta en los problemas específicos que se dan en casos como el de la niñez migrante, y por otra parte, falta de adopción de algunas medidas especiales de protección frente a problemas puntuales de grupos específicos de NNA.

Para 2015 urgía aprobar una ley sobre protección integral de los derechos del niño, trabajar en la recopilación de datos, y mejorar la asignación de recursos. A la fecha, destaca la agenda legislativa levantada en los últimos años, y la creación de organismos como la Subsecretaría de la Niñez y la Defensoría de la Niñez, sin perjuicio de las discusiones en torno al enfoque de los proyectos de ley restantes y su alcance efectivo. Asimismo, incide en el debate la real eficacia de los proyectos de ley en torno a solucionar el vacío estructural en la promoción y respeto de los derechos de NNA. En cuanto a coordinación, recursos y gestión de datos, en la actualidad sigue siendo objeto de preocupación la falta de un marco institucional, mecanismos de control presupuestario y algún sistema de información estadística para supervisar el respeto de los derechos de NNA. Todas estas cuestiones inciden en la protección de la niñez en general, y en especial, de la niñez migrante.

Para el año en comento, también persistían preocupaciones en materia de no discriminación, interés superior del niño y respeto por su opinión. NNA aún son víctimas de discriminación por ser migrantes (además de motivos de género, indígenas, discapacidad, y orientación sexual). Además, el ordenamiento jurídico chileno no aplica de forma transversal el principio del interés superior del niño, y no reconoce el derecho del niño a ser escuchado y a participar en la elaboración

de políticas públicas.

Además, en particular el derecho a la nacionalidad de NNA hijos(as) de migrantes en situación irregular nacidos(as) en Chile, el derecho a la identidad de NNA y la actuación de agentes estatales en el ejercicio de la libertad de asociación y reunión de NNA, son garantías no siempre protegidas. Actualmente, sólo mediante vía judicial se ha logrado modificar el criterio administrativo de tipo restrictivo en materia de derecho a la nacionalidad, por lo que persiste la necesidad de adoptar medidas legislativas en orden a asegurar este derecho. Por otro lado, se siguen dando casos de discriminación en contra de NNA por motivos tales como su situación migratoria.

En materia de salud, preocupa principalmente que no exista un sistema integral de asistencia para NNA y las brechas en calidad de servicios públicos y privados. Problemas en materias de sexualidad, la alta tasa de suicidios y el abuso de alcohol y drogas, son problemas que no son ajenos a NNA migrantes, motivos por los cuales resulta imperativa la necesidad de políticas generales que aumenten la concienciación, que incluyan servicios de atención telefónica y entrega de información objetiva.

En el ámbito educacional, los altos grados de segregación, los problemas de cobertura en zonas rurales y el deterioro material de algunos centros educacionales, son problemas que afectan a NNA, sean migrantes o nacionales. Asimismo, dentro de otros problemas, preocupa que los propósitos educativos no estén orientados en valores, y sean sólo cuantitativos, siendo necesario que se haga hincapié en la calidad y la asignación de recursos, se formen docentes de calidad, se invierta en infraestructura, se promueva el desarrollo de competencias en NNA para la resolución de conflictos, y que la educación cumpla una finalidad formativa con enfoque de derechos.

Así, los puntos antes referidos, asociados a refugio y migración, dan cuenta de la falta de consideración de los derechos específicos y las necesidades especiales de NNA, así como también, que la Ley de Extranjería vigente¹ carecía al 2015 de referencias a los derechos y garantías de NNA, principalmente por la falta de incentivos para la regularización migratoria.

1 Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile. Publicado el 19 de julio de 1975.

Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Los estándares internacionales en Derechos Humanos sentados por la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CIPDTMF) en Chile, pueden analizarse de forma más exhaustiva y prolongado en el tiempo, con el fin de contrastar los distintos estudios realizados para el país en consideración de la especificidad del contenido y finalidad de esta Convención.

Por lo anterior, se revisará lo indicado en las observaciones finales del CMW, pronunciadas en 2011, así como en los informes alternativos presentados por distintas organizaciones, estatales y sociales, en el marco del segundo informe periódico exigido al Estado, enviado finalmente al Comité el 15 de mayo de 2019, con más de dos años de retraso².

1. Observaciones finales del CMW al primer informe periódico presentado por Chile (2011)

En relación con el estudio de la situación actual de la niñez migrante, estas observaciones son relevantes, puesto que permiten sentar un punto de partida en el análisis de las medidas adoptadas desde el año 2011 a la fecha, constatar así qué se ajustó a lo observado por el Comité y qué permanece como desafío pendiente.

En primer término, destaca como un aspecto positivo de relevancia la promulgación de la Ley N° 20. 507³, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, la existencia de acuerdos intersectoriales e internacionales, y la ratificación de protocolos facultativos de diversos instrumentos internacionales.

Por otro lado, son aspectos generales de preocupación que influyen en la protección de la niñez migrante, los asociados a la aplicación de la CIPDTMF,

2 Sin embargo, de acuerdo al CMW, en su 15º período de sesiones de 2011, este segundo informe periódico debía ser enviado por el Estado al Comité, a más tardar, con fecha 1º de octubre de 2016. Véase Naciones Unidas (CMW), “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención”, *Observaciones finales del Comité al primer informe periódico enviado por Chile*, 19 de octubre de 2011 (CMW/C/CHL/CO/1), párr. 54. <<https://undocs.org/es/CMW/C/CHL/CO/1>> [consulta en línea: 20.11.2020].

3 Ley N°20. 507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Publicada el 08 de abril de 2011.

las medidas legislativas en relación con la ley sobre migración, las reservas a la Convención, la falta de acreditación del INDH ante el Comité de las Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de Derechos Humanos y la falta de datos sobre migración. Asimismo, en cuanto al principio de no discriminación, preocupa la estigmatización social en Chile respecto de las personas migrantes (adultos y NNA) y las prácticas discriminatorias y arbitrarias de la Administración del Estado en perjuicio de estas personas.

Hacia 2011, dentro de los déficits en el marco jurídico interno que afectaban a la niñez migrante, podían identificarse limitaciones en la Ley de Extranjería a la libre salida del país de migrantes, falta de información sobre detenciones, y acceso restringido al derecho a un recurso judicial eficaz (con plazos acotados en instancias de apelación), cuestiones que al afectar a padres y madres de NNA, terminaban afectándolos también.

En materia de salud y educación, si bien era positiva la existencia de oficinas de parte de los Ministerios respectivos, que aseguraban el acceso a estos derechos a migrantes –irregulares inclusive–, la aplicación efectiva de dichos oficinas presentaba niveles bajos.

En cuanto a otros derechos, la vulnerabilidad a la que se veían expuestas trabajadoras domésticas de origen extranjero, la falta de un marco legal que asegurase el derecho a la reunificación familiar, la falta de regulación legal en torno al acceso a información y de medidas de transparencia respecto de ingresos y ahorros de personas migrantes, la restricción al trabajo migrante en el Código del Trabajo, la persistencia de casos de tráfico de personas, y la falta de una política específica de regreso voluntario para chilenos en el extranjero, también se presentaban como aspectos de preocupación.

1. *Segundo informe periódico del Estado Chile al CMW (2019)*

En la presentación de la observación referida en el apartado anterior, se le solicitó a Chile, por una parte, dar cumplimiento a las recomendaciones entregadas por el Comité de la CIPDTMF, y por otra, presentar un segundo informe periódico, a más tardar, el 1° de Octubre de 2016. No obstante esta última solicitud, el segundo informe periódico solicitado por el Comité fue presentado por parte del Estado de Chile el 15 de mayo de 2019, indicándose que “[e]n cuanto a temas no informados, debidamente actualizados o desarrollados en esta oportunidad,

el Estado de Chile se compromete a dar una respuesta apropiada ante el Comité en el próximo diálogo constructivo, a celebrarse en su 32ª sesión en abril de 2020”⁴.

Haciendo presente la gravedad de dicha demora, en lo que sigue se atenderá al diagnóstico de diversas organizaciones, del Estado y de la sociedad civil, en el marco del segundo ciclo de presentación de informes, de la situación que enfrenta la niñez migrante en particular, y aquellas temáticas migratorias generales que tienen incidencia en el desarrollo de la niñez migrante, con el fin de dar cuenta del estado de cumplimiento de las recomendaciones existentes.

En marzo de 2018, el INDH⁵, el Servicio Jesuita Migrante (SJM)⁶ y organizaciones de la sociedad civil⁷, presentaron al CMW sus informes alternativos. En ellos, se indican como aspectos relevantes los siguientes:

- Legislar en cuanto a migración, con la finalidad de que se reconozcan los estándares internacionales. Esto, pues el marco jurídico vigente (el más antiguo de América Latina) presenta un conjunto de falencias que impide que este se adecúe a los estándares existentes. Dichas falencias se asocian a la inexistencia de mecanismos de participación de la sociedad civil y de organizaciones especialistas, la falta de un sistema de información a nivel nacional sobre migración y la falta de debida protección del principio de no discriminación.
- Asimismo, la institucionalidad que interviene en el tratamiento de la migración en la actualidad, tales como el Departamento de Extranjería y Migración

4 Naciones Unidas (CMW), “Segundo informe periódico que Chile debía presentar en 2016 en virtud del artículo 73 de la Convención con arreglo al procedimiento simplificado de presentación de informes”, recepcionado con fecha 15 de mayo de 2019, distr. general 22 de octubre de 2019 (CMW/C/CHL/2), párr. 2. <<https://undocs.org/es/CMW/C/CHL/2>> [consulta en línea: 20.11.2020].

5 INDH, «Datos relevantes para la adopción de la lista de cuestiones previas al segundo informe periódico de Chile al Comité de Protección de los Derechos de Todos/as los/as Trabajadores/as Migratorios/as y de sus Familias. Informe elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos» (2018). <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1145>> [consulta en línea: 20.11.2020].

6 SJM, «Informe Alternativo al 28º Período de Sesiones del Comité para la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares» (2018). <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/CHL/INT_CMW_ICSC_CHL_30789_S.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

7 Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género et al., «Comentarios y contribuciones a la lista de cuestiones previas y preguntas relativas al examen del segundo informe periódico del estado de Chile frente al comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias» (2018). <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/CHL/INT_CMW_ICSC_CHL_30660_S.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

(DEM), el INDH o los Gobiernos Regionales (Intendencias, Gobernaciones, Seremis), carecen de estructura, recursos y atribuciones que permitan dar cumplimiento a los estándares internacionales. En este orden de ideas, se hace hincapié en que el proyecto de ley que busca establecer una nueva ley de migraciones no es un avance *per se*, sino que también debe sujetarse a los estándares internacionales. Así, en el análisis del proyecto de ley existente, se detectan como aspectos deficientes que no se aborda el derecho a la nacionalidad, que no se incorpora explícitamente el principio de no devolución, que la obtención de una visa de residencia temporal depende de criterios administrativos y no de la ley, que se reconoce de manera limitada el derecho a la reunificación familiar, que se retrocede en cobertura en salud, y que, dado su enfoque, este puede incidir en el aumento del tráfico de personas.

- Amparar el principio de no discriminación por medio de un conjunto de acciones jurídicas y sociales. Jurídicamente resulta necesario hacer modificaciones a la Ley N° 20.609, tipificar el delito de incitación a la violencia, y trabajar en la recopilación de datos en torno a la forma en que se utilizan las herramientas jurídicas, tales como la acción de protección o de no discriminación, que amparan este principio. En cuanto a lo social, es necesario adoptar campañas de concienciación en el gobierno y la sociedad, tras la detección de una alta percepción de discriminación hacia la población migrante, tanto adulta como NNA.
- Atender a los casos en que las órdenes de expulsión presentan falta de fundamentación, deviniendo en arbitrarias, y la delicada situación jurídica de quienes son expulsados, sin que las expulsiones se materialicen. Se estima necesario que existan estadísticas desglosadas de quienes se encuentran en esta situación, del tiempo transcurrido entre la expulsión y el momento en que esta se hace efectiva y del número de migrantes detenidos por burlar la legislación en la materia. Asimismo, en el marco de la garantía al debido proceso, se problematiza en torno a la falta de medidas para que quienes son expulsados cuenten con un recurso efectivo y un acceso real a asistencia jurídica, que encuentra, dentro de otras barreras, la diferencia idiomática.
- Adoptar medidas tendientes a proteger legalmente el derecho de reunificación familiar, el envío de dinero de Chile al país de origen (en la medida en que el NNA beneficiado también puede considerarse migrante) y a conceder, en

caso de fallecimiento de algún familiar, visas especiales.

- Conocer datos, en el marco de la Ley N° 20.507 que protege a las personas respecto del delito de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, de las denuncias, los casos investigados, de las sentencias condenatorias existentes, de las víctimas deportadas, y la cobertura de albergues o lugares de acogida para estas. Asimismo, se observa la necesidad de atender a los siguientes déficits en la ley: la falta de tipificación de la trata interna, la existencia o inexistencia de estrategias de prevención de estos delitos, la formación de personal técnico especializado, la cobertura en rehabilitación e integración social, y la existencia de medidas tendientes a la reunificación familiar. Todo lo anterior, para dar cumplimiento a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre.

Tomar medidas en relación con el reconocimiento de derechos asegurados en la convención, tales como el derecho a migrar, el derecho a la nacionalidad a los NNA nacidos en Chile de padres extranjeros y el derecho a la salud, a la educación, la transferencia de ahorros, y a la vivienda, todos los cuales se han visto limitados en alguna medida, tal y como se da, a modo de ejemplo, con las limitaciones impuestas por el Registro Civil, por una interpretación restrictiva del artículo 10 de la Constitución, para acceder a la nacionalidad chilena a NNA nacidos de madres y padres migrantes en situación irregular, las dificultades de acceso a programas especiales de salud, la imposibilidad de los NNA de acceder a todos los beneficios del sistema educacional chileno por su condición de migrantes o las condiciones de hacinamiento o precariedad en materia habitacional, manifiesta en el crecimiento de campamentos y en los abusos existentes en arrendamientos.

Observaciones generales conjuntas CRC y CMW

Ante el escenario actual de la migración internacional, marcada por las respuestas reactivas ante los flujos migratorios, y la situación de doble vulnerabilidad que enfrentan NNA migrantes, los órganos de tratados competentes en estudio se pronunciaron al respecto, emitiendo dos observaciones conjuntas

complementarias en 2017⁸.

Haciendo hincapié en la trascendencia integradora, interpretativa, aclaratoria y orientadora de estos pronunciamientos, respecto del contenido de las Convenciones propias de sus respectivos ámbitos de competencia –CIPDTMF y CDN–, en la intersección del contenido de cada Convención en función de la niñez migrante, las obligaciones jurídicas contenidas en las Convenciones para los Estados, y las medidas que estos deben tomar para su cumplimiento y eficacia, brevemente se atenderá a los puntos de mayor relevancia de las OGC respectivas, abordando con especial atención los principales problemas que enfrenta la niñez migrante.

A nivel de principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de migración internacional, en particular en Chile, cobra importancia reiterar el deber del Estado de velar porque niñas y niños migrantes sean tratados, ante todo, como niñas y niños, con independencia de su situación de residencia o la de sus padres, madres o tutores⁹.

En contextos migratorios como el chileno es relevante el llamado a dar primacía a los derechos de NNA, los que, a su vez, deben ser centrales en los sistemas generales de protección infantil¹⁰. Estados como Chile deben generar políticas globales que hagan efectivos los derechos de todos los NNA sujetos a un contexto de migración, todo lo cual se traduce en contar con un trabajo interinstitucional, suficientemente financiado, y ejecutado por personal capacitado continua y periódicamente¹¹.

Asimismo, es necesario desarrollar el contenido del *principio de no discriminación* en cuanto a la niñez migrante. Los Comités enfatizan la necesidad de que los NNA que se ven afectados por la migración –ya sea por ser ellos

8 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 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*, 16 de Noviembre de 2017 (CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22), y Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 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*, 16 de Noviembre de 2017 (CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23).

9 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 11.

10 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 13.

11 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 18.

mismos como migrantes, solos o con familiares, por nacer de madres y/o padres migrantes, o por estar en su país de origen mientras un familiar migra– tienen derecho al disfrute de sus derechos en igualdad de trato. En este sentido, la no discriminación debe ser el eje central de las políticas públicas¹². En sociedades como la chilena, urge que el foco esté puesto en el combate de la xenofobia, el racismo y la discriminación, así como en otras percepciones negativas¹³. Por este motivo, los países deben apuntar a la igualdad *de facto*, adoptando medidas positivas para evitar discriminaciones¹⁴.

Seguidamente, debe impulsarse el contenido y desarrollo del *principio del interés superior del niño*. En primer término, es de suma relevancia dar cuenta del alcance institucional de este concepto, en tanto (i) *derecho sustantivo*, (ii) *principio jurídico interpretativo* y (iii) *norma de procedimiento*, aplicable a los NNA, en particular, y como grupo social que, en todo caso, debe ser una consideración primordial en cualquier medida que se adopte respecto de NNA¹⁵. En segundo término, cabe tener presente su finalidad, consistente en garantizar el pleno disfrute de derechos de NNA¹⁶.

De particular importancia para el caso chileno, dado el estado actual de la regulación e integración normativa de este principio en el caso de la niñez migrante, el interés superior del niño debe tomarse en cuenta en la legislación, las políticas migratorias y la toma de decisiones en el caso a caso, especialmente en la aplicación judicial de este principio¹⁷. En este sentido, el alcance que los Tribunales Superiores de Justicia le otorgan al interés superior del niño, sobre todo en casos referidos a expulsiones del país, da cuenta de dos elementos de importancia para el cumplimiento de la CDN y la CIPDTMF, que dicen relación, primeramente, con la incapacidad del sistema de dar cauce a los lineamientos de la normativa internacional por una vía distinta de la judicial y, en segundo lugar, de la carencia en la institucionalidad migratoria chilena de las medidas que el estándar internacional en esta materia exige, asociado a la prevalencia del interés superior de los NNA por sobre cuestiones de control y represión, así

12 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 22.

13 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 23.

14 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 26.

15 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 27.

16 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 28.

17 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 29-30.

como de la falta de un enfoque de derechos apropiado¹⁸.

Otro aspecto importante por desarrollar dice relación con el *derecho a ser oído*. La vinculación entre este derecho y el interés superior del niño y la relevancia de la participación de los NNA, implica que estos puedan opinar informadamente, que dicha opinión sea debidamente tomada en cuenta y que puedan establecer asociaciones de manera libre¹⁹.

En un contexto de migración, la eficacia de este derecho es de particular relevancia, en atención a las vulnerabilidades propias de estos procesos. En este contexto, vale tener en consideración las medidas que recomiendan los Comités asociadas a la designación de representantes legales calificados, la existencia de mecanismos de denuncia, de traductores, y de personal capacitado en las necesidades especiales de NNA²⁰. Asimismo, dichas medidas deben considerar las circunstancias migratorias de NNA, de sus madres y padres, otorgando máxima prioridad al interés superior del niño, y considerando su opinión con independencia a la de sus padres y madres, así como las razones que lo llevaron a migrar²¹.

En cuanto al alcance del *derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo*, se considera que los procesos migratorios incide en el proceso de crecimiento de NNA e involucra riesgos específicos, tales como la violencia de la delincuencia organizada –principalmente asociada a redes de trata de personas–, la violencia de los campamentos, las operaciones de rechazo, las condiciones extremas de viajes, el acceso limitado a servicios, y otras situaciones de mayor vulnerabilidad, lo que expone a NNA migrantes a daño físico, traumas psicológicos, marginación, discriminación, xenofobia, explotación sexual y económica, separación de sus familias, y detenciones²².

En este escenario, resulta particularmente atingente al modelo regulatorio chileno la constatación del nexo existente entre los riesgos indicados y la falta de canales regulares y seguros de migración²³. Los modelos como el chileno, basados en la represión por sobre la adecuada regulación y gestión de la

18 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 31-33.
 19 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 35.
 20 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 36.
 21 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 37.
 22 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 40.
 23 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 41.

migración, tienden a propiciar la existencia de los factores enumerados de vulnerabilidad, tanto para NNA como para sus familias²⁴.

Por lo anterior, el Estado debe tomar medidas concretas destinadas a la reducción de estos riesgos, y así salvaguardar el derecho a la vida de NNA migrantes y sus familias, atendiendo a las circunstancias concretas de vulnerabilidad migratoria, como pobreza, origen étnico, discapacidad, religión, orientación sexual, la identidad de género u otros, que pueden agravar la vulnerabilidad del niño a los abusos sexuales, la explotación, la violencia, entre otras violaciones de los derechos humanos, durante todo el proceso migratorio, debiendo prestar especial atención a la protección de NNA indocumentados(as), estén o no acompañados de sus familias, NNA solicitantes de asilo, apátridas y víctimas de la delincuencia organizada transnacional²⁵.

Por su parte, y complementando lo anterior, preocupa que existan déficits de protección, particularmente, en adolescentes: NNA entre 15 y 18 años muchas veces se ven expuestos a menores niveles de protección, al ser considerados como “adultos” en diversas instancias. Por esto, se llama a los Estados a que tomen las medidas adecuadas para seguir estos casos, y apoyar la transición de la infancia a la mayoría de edad, de manera adecuada, cuestión que en el caso de la niñez migrante se traduce en garantizar el acceso a una situación migratoria regular y oportunidades razonables en cuanto a educación, trabajo digno e integración social²⁶. Asimismo, para estimar de forma correcta la edad de los NNA, y aplicar adecuadamente las respectivas medidas, se fija un conjunto de guías a seguir, para asegurar una evaluación integral, rápida, precisa y apropiada para NNA²⁷.

En cuanto al *derecho a la libertad y la criminalización de la migración*, el foco debe estar puesto, en particular, en evitar las detenciones fundadas en la migración. Los Comités son categóricos en señalar que “nunca debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres”²⁸. Asimismo, se reafirma que “la entrada y estancia irregulares no constituyen en

24 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 41.

25 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 42.

26 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 3.

27 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 4.

28 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 5.

sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional”²⁹. En esta línea, los Comités hacen presente los daños físicos y mentales que produce la privación de libertad, asimilables a tratos crueles, inhumanos o degradantes, que la detención opera como medida de último recurso, y finalmente que no es aplicable a NNA, por contravenir el interés superior del niño y su derecho a desarrollarse³⁰.

Lo anterior es particularmente relevante en el contexto de Chile, por el enfoque de la regulación migratoria vigente. La legislación y reglamentación migratoria no cuenta con medidas que antepongan el interés superior del niño, y su derecho a la libertad y la vida familiar, y en general, una ética de cuidado y protección integral, priorizando, en cambio, un enfoque represivo de control fronterizo. Por esta razón, es un desafío pendiente para el Estado la prohibición legal de la detención de NNA migrantes y sus familias, en la teoría y en la práctica, así como la adopción de medidas tendientes a atender y proteger a los NNA migrantes, con las debidas garantías procesales, adaptadas a la infancia, y a la vulnerabilidad y necesidades propias de los NNA migrantes³¹.

En relación a lo anterior, se presentan desafíos en el aseguramiento de garantías procesales y el acceso a la justicia en procedimientos de migración o asilo. Entendiendo que esta garantía es un derecho fundamental en sí misma y condición para la promoción de otros derechos, el Estado debe intervenir de forma estructural y proactiva para garantizarlo, por medio de procedimientos eficaces y actuaciones administrativas y judiciales adaptados a las necesidades y al desarrollo de NNA y al principio del interés superior del niño³².

A este respecto, dada la estructura de control de la regulación migratoria actual, es posible advertir que ella no está en concordancia con la opinión general conjunta de los Comités, en tanto no cuenta con garantías procesales debidamente adaptadas para NNA, cuestión que resulta preocupante, en la medida en que el procedimiento administrativo migratorio contenido en el DL 1.094 finalmente configura una situación migratoria insegura y precaria.

El derecho a un nombre, una identidad y una nacionalidad de NNA

29 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 7.

30 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 9-11.

31 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 12.

32 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 40-41.

migrantes es otro aspecto en el cual Chile se encuentra al debe. En cuanto a este derecho, preocupa en particular la falta de inscripción de los nacimientos y la falta de medidas adecuadas para la prevención de la apatridia y el acceso al derecho a una nacionalidad. Dadas las repercusiones negativas de la falta de inscripción, los Estados deben tomar las medidas conducentes a favorecer la inscripción inmediata de NNA en el Registro Civil, eliminando los obstáculos jurídicos y prácticos existentes. Asimismo, debe asegurarse que todos los niños tengan una nacionalidad al nacer (no necesariamente la del país de destino). En este punto en particular, cobra sentido remitirse al análisis de la jurisprudencia nacional de las Cortes Superiores de Justicia, en lo relativo a la interpretación restrictiva del artículo 10 de la Constitución Política de la República, y a lo indicado por los Comités, en orden a “reforzar las medidas para conceder la nacionalidad a los niños nacidos en su territorio (llamando a cada Estado), en situaciones en las que de otro modo serían apátridas”³³.

Respecto al aseguramiento del *derecho a la vida familiar*, la *no separación* y la *reunificación de familias migrantes*, en perspectiva de derechos, la vida familiar debe ser respetada sin importar el estatus migratorio de NNA y sus familias, sin ningún tipo de discriminación. Las medidas que tomen los Estados deben ser respetuosas de la unidad familiar, en su dimensión pasiva, relativa a no tomar medidas que intervengan de forma arbitraria y provoquen la separación familiar, y en su dimensión activa, debiendo intervenir adoptando medidas para la mantención de la unidad familiar³⁴.

En cuanto al respeto de la *no separación*, esta se protege al no intervenir de forma arbitraria o ilegítima en la vida privada y familiar de NNA migrantes y sus familias, en particular en los casos de expulsiones³⁵. En un ejercicio de ponderación, la expulsión por infracción de la regulación migratoria o por otras infracciones al ordenamiento jurídico interno, tales como el Derecho Penal, resulta una medida desproporcionada por el nivel de sacrificio que impone a la vida familiar, razón por la cual se invita a los países a tomar medidas que faciliten la regularización migratoria documentada y no discriminatoria³⁶.

33 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 26.

34 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 27.

35 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 28.

36 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 29.

Respecto a la *reunificación familiar*, deben primar las medidas fundadas en un enfoque de derechos, ya sea que se trate de NNA indocumentados(as) o de NNA no acompañados(as) o separados(as) de sus familias³⁷. Por un lado, debe pensarse en soluciones sostenibles³⁸, y por otro, en procedimientos efectivos y accesibles, que faciliten la vida familiar, que contemplen limitaciones que cumplan con los criterios de legitimidad, necesidad y proporcionalidad y sean debidamente financiadas³⁹.

En los casos especiales en que los NNA deban estar bajo tutela de los sistemas de protección de infancia de los Estados, se hace hincapié en que factores como la pobreza nunca deben ser la única justificación de la institucionalización de NNA migrantes. Antes, los Estados deben privilegiar el asistir a sus madres y padres en el cumplimiento de sus responsabilidades en torno al desarrollo de NNA⁴⁰.

La obligación de los Estados de *proteger a NNA de todas las formas de violencia o abuso* es profundamente relevante, en atención a la especial vulnerabilidad a la que se enfrentan NNA migrantes, manifestada en situaciones tales como el abandono, el maltrato, el secuestro, el rapto y la extorsión, la trata, la explotación sexual y económica, el trabajo infantil, la mendicidad y la participación en la actividad criminal, así como otras formas de violencia⁴¹. Las políticas de migración deben tener como eje central la adopción de medidas de protección por sobre medidas restrictivas, de modo tal de no exponer a este grupo vulnerable⁴². Además, los Comités dejan constancia de las implicancias de una política restrictiva en cuanto a disfrute de derechos, en la medida en que al limitar el acceso a derechos, se hace más vulnerables a las personas a las distintas formas de violencia, explotación y abuso⁴³.

En materia de *protección contra la explotación económica*, el presupuesto en este aspecto es que no todos los trabajos realizados por NNA migrantes constituyen explotación o implican riesgos de peligro⁴⁴. No obstante, los Estados

37 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 33.

38 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 34.

39 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 37-38.

40 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 13.

41 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 39.

42 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 40.

43 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 42.

44 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta Nº 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 45.

deben adoptar medidas legislativas y administrativas para regular y proteger el empleo de NNA migrantes, incluso teniendo en cuenta una perspectiva de género⁴⁵. Así, se debe velar porque existan condiciones justas de empleo, medidas específicas de protección en cuanto a la jornada laboral y la salud de los niños trabajadores, y que los NNA puedan acceder la justicia en esta materia. Asimismo, se hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas en cuanto a seguridad social y en la interdependencia existente en el caso de los trabajadores migrantes adultos entre la responsabilidad parental de estos y los derechos laborales⁴⁶, ya que sin sus derechos laborales protegidos y garantizados, se afecta el desarrollo y el interés superior de NNA migrantes⁴⁷.

Respecto al *derecho a un nivel de vida adecuado*, se releva la obligación jurídica para los Estados de adoptar medidas apropiadas para dar asistencia en ámbitos tales como nutrición, vivienda y vestuario a NNA migrantes⁴⁸. Los Estados partes deben dar un acceso equitativo a derechos económicos, sociales y culturales. En un llamado de especial idoneidad para Chile, los Comités instan a reformar con rapidez las leyes, políticas y prácticas sociales que resulten discriminatorias⁴⁹.

En cuanto al *derecho a la salud*, en el entendido de que su dimensión física y psíquica en NNA puede verse afectada por diversos factores de vulnerabilidad, incluidos factores determinantes estructurales como la discriminación, la pobreza, la violencia, el desempleo, la marginación y la migración, esta última produce efectos particulares. NNA migrantes y refugiados sufren graves tensiones emocionales que requieren de atención especial. En este sentido, es central que todos los NNA migrantes tengan el mismo acceso que los nacionales a la atención de la salud, sea cual sea su situación migratoria⁵⁰. Limitar el acceso a la salud en función de la situación migratoria resulta discriminatorio, y un factor que agrava significativamente la vulnerabilidad⁵¹. Por lo anterior, los Estados deben actuar de forma tal que aseguren íntegramente este derecho, debiendo eliminar las barreras administrativas y financieras que puedan existir, pues es

45 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 46.

46 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 47.

47 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 48.

48 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 49.

49 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 53.

50 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 54.

51 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 55.

una exigencia darle primacía a la defensa de la salud, en tanto derecho humano por sobre consideraciones jurídicas de la situación migratoria de niños, niñas y adolescentes junto a sus familias⁵². Asimismo, se hace notar la necesidad de adoptar un enfoque global de protección de derechos que comprenda las múltiples formas de discriminación⁵³ y una dimensión intercultural⁵⁴.

En materia de *derecho a la educación y formación profesional*, la obligación jurídica de los Estados se asocia a dar pleno acceso a la educación a NNA migrantes en todos sus niveles, y a las oportunidades de formación profesional en igualdad de condiciones⁵⁵. La educación debe ser inclusiva y de calidad. Dentro de las medidas que deben adoptar los Estados, las más importantes son aquellas que busquen impedir que se restrinja el acceso a la educación a NNA migrantes, en particular a los indocumentados. Asimismo, este derecho debe protegerse en los procedimientos migratorios, procurando no interrumpir los procesos escolares. Seguidamente, también debe implementarse medidas conducentes al reconocimiento de años anteriores de estudios, y evitar estigmatización y penalizaciones⁵⁶. Asimismo, en materia educacional las medidas que adopten los Estados deben tener en cuenta aspectos de género, de interculturalidad y lingüísticos, a fin de evitar segregaciones y casos de xenofobia u otras formas de discriminación e intolerancia en contra de NNA migrantes⁵⁷.

Finalmente, ambos Comités recalcan la importancia de la cooperación y coordinación internacional, a nivel bilateral, regional y mundial, y adaptar los marcos normativos internos en la medida necesaria para satisfacer las necesidades de NNA migrantes⁵⁸.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de NNA migrantes en Chile

En perspectiva de derechos, considerando lo señalado en el apartado anterior, y el contexto que enfrentan los NNA migrantes en el país, cabe preguntarse

52 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 56.

53 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 57.

54 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 58.

55 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 59.

56 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 61.

57 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 62.

58 Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 4 CMW y 23 CRC...*, párr. 64-65.

por las medidas tomadas por el Estado de Chile para el aseguramiento de derechos y garantías de NNA migrantes bajo su jurisdicción.

Teniendo a la vista lo planteado en relación con los problemas y necesidades visibilizados en el último tiempo, sintomáticos de las tareas pendientes en materia de aseguramiento de derechos y los estándares internacionales fijados por los Comités y las Convenciones propias de su competencia –que permiten dar cuenta del déficit de la regulación legal y reglamentaria vigente en materia migratoria y el actuar de Chile en la cobertura de derechos de menores migrantes–, resulta útil y necesario constatar si existen medidas tendientes a asegurar derechos sociales y, en caso de que existan, cuál sería su alcance, en materia de NNA migrantes, en áreas tales como salud y educación, para evaluar aspectos como la estructura y regulación legal y administrativa en esta materia.

Medidas administrativas. Enfoque interdisciplinario

A nivel administrativo, desde hace ya diez años es posible encontrar un diseño que propende al desarrollo intersectorial de políticas públicas, de gran alcance, dentro de los límites del anacronismo propio de la regulación nacional legal vigente. Así, teniendo presente los antecedentes migratorios existentes desde la década de 2000, asociados al aumento de la migración internacional en el país –acentuada en los últimos años, con características más bien definidas–, la falta de una referencia concreta a alguna norma en particular de la Ley de Extranjería y su Reglamento, un fuerte sostén en la normativa internacional y el reconocimiento de los derechos humanos de los migrantes, se creó la “Política Nacional Migratoria”, como el principal mecanismo de articulación y coordinación de la Administración del Estado⁵⁹.

En esta línea, los principios contenidos en las instrucciones presidenciales

59 Ya desde el año 2008 se define a Chile como un Estado adecuadamente abierto a las migraciones, en consonancia con las convenciones y tratados internacionales vigentes y suscritos por Chile. La “Política Nacional Migratoria”, creada mediante el Instructivo N° 9, de 9 de septiembre de 2008, reconoce abiertamente que se funda en el conjunto de “principios, normas y derechos” consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos Del Niño y la Convención sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias. En la misma línea, se establece en 2015 que el actuar del Estado en esta materia debe estar guiado por la “aplicación de los instrumentos internacionales” ratificados y vigentes, de protección a nivel general y particular de las personas migrantes presentes en el Sistema Universal e Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

para la Política Nacional Migratoria de 2008⁶⁰ y 2015⁶¹ resultan de especial importancia para entender los ejes que fundan la actividad intersectorial, y las líneas de continuidad y ruptura en las medidas adoptadas en los últimos años.

La “Política Nacional Migratoria” buscó adoptar medidas en pro de la gobernabilidad migratoria, a la luz de los siguientes ejes: (i) definir a Chile como un país de acogida, y por tanto abierto a las migraciones, (ii) generar espacios de integración de los migrantes dentro de la sociedad, (iii) adoptar una perspectiva de bilateralidad, multilateralidad e integración regional en materia internacional y (iv) no renunciar al rol orientador en cuanto al acceso y la residencia de extranjeros, pero bajo el enfoque del DIDH.

En este marco, la Política se encuentra fundada en los principios de (i) residencia y libertad de circulación, (ii) libertad de pensamiento y de conciencia, (iii) acceso a la residencia en condiciones igualitarias y debidamente informadas, (iv) acceso a la justicia, (v) integración, protección social e igualdad de trato en áreas como salud, educación y trabajo, en favor de migrantes, (vi) respeto a los derechos laborales de los trabajadores extranjeros en Chile, (vii) no discriminación, (viii) regularidad de los flujos migratorios, (ix) reunificación familiar y (x) participación ciudadana en la gestión migratoria.

Así, busca la promoción de la migración segura, evitando situaciones de peligro y de exposición a delitos, conjugando dicho fin con la cautela del Estado de restringir el acceso a quienes considere un peligro para la sociedad, así como también generar condiciones que permitan responder de forma adecuada a las especiales condiciones de vulnerabilidad propias de asilados y refugiados.

Los ejes orientadores de esta política se especializan y se amplían en 2015, dada la necesidad de reafirmar los compromisos del país a nivel internacional en la materia y de actualizar el marco normativo de la migración en Chile, a la luz de un enfoque de derechos, con miras a igualar derechos entre nacionales y extranjeros en cuanto a derechos sociales, y el reconocimiento de Chile como un “país de migración”.

60 Instructivo presidencial N° 9, Imparte instrucciones sobre “política nacional migratoria”, 2 de septiembre de 2008. <<https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/03/Inst-Presidencial-N%C2%BA-9.pdf>> [consulta en línea: 20.11.2020].

61 Instructivo presidencial N° 5, Lineamientos e Instrucciones para la política nacional migratoria, 6 de noviembre de 2015. <<https://migrantes.mineduc.cl/wp-content/uploads/sites/88/2017/04/6-Instructivo-Presidencial-Migracio%CC%81n.pdf>> [consulta en línea: 20.11.2020].

Así, ese mismo año se agregan a la “Política Nacional Migratoria” los siguientes ejes:

- Enfoque transversal de Derechos Humanos.
- Enfoque transversal de Género.
- Chile como país intercultural.
- Regularidad migratoria, en aras de la protección de las personas.
- El empleo como mecanismo de inserción social.
- Facilitación de la movilidad de las personas, del conocimiento para el desarrollo y la innovación, en cuanto ello implica aporte de capital humano.
- Vinculación y asociatividad para con los Nacionales residentes en el exterior.
- Participación en las políticas públicas migratorias.
- Registro e información como soporte de la Política Migratoria.

En cuanto a las medidas para la aplicación de la “Política Nacional Migratoria”, la primera que consta es la creación del Consejo de Política Migratoria⁶². Posteriormente, también en 2015 se busca insertar la “Política Nacional Migratoria” en un “Sistema Nacional de Migración”, de tipo multisectorial, fundado en los lineamientos fijados por el Consejo de Política Migratoria, así como también se busca poner en marcha un “Plan de acción sobre Migración”, que permita ejecutar las instrucciones consignadas en el marco de la “Política Nacional Migratoria”.

La creación del Consejo Técnico de Política Migratoria⁶³, de carácter asesor del Consejo de Política Migratoria, es otro hito destinado a satisfacer la necesidad de modernizar la legislación migratoria durante 2015.

Finalmente, consta el rol de coordinador del Ministerio del Interior, como

62 Decreto Supremo N° 1.393 de 2014, que crea Consejo de Política Migratoria. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado en D.O. el 11 de julio de 2014. En cuanto a este órgano, se establece un conjunto de ejes para su actuación, de acuerdo a los lineamientos e instrucciones presidenciales de 2015 para la Política Nacional Migratoria, dentro de los cuales destacan, a proposición del Presidente de la República, un nuevo marco normativo migratorio, con enfoque de derechos, proponer un esquema en cuanto a institucionalidad migratoria, promover la conformación de unidades encargadas de asuntos migratorios en los gabinetes ministeriales o en las subsecretarías, plantear la creación de procedimientos para el acceso progresivo a derechos sociales, en particular en áreas como educación, vivienda y salud, proponer la adopción de medidas especiales de protección de NNA migrantes, capacitar y sensibilizar respecto de la interculturalidad aparejada con las migraciones, generar registros y estudios y proponer políticas fronterizas adaptadas al enfoque de derechos, entre otras.

63 Decreto N° 108, de 2015, que crea Consejo Técnico de Política Migratoria. Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado en D.O. el 27 de enero de 2015.

secretario del Consejo de Política Migratoria, para implementar los principios ya enunciados, mediante la convocatoria a los diversos servicios públicos a la suscripción de protocolos de acuerdos y tareas de coordinación, a fin de dar cumplimiento a esta estrategia.

Medidas administrativas en particular

En línea con este último aspecto programático, resulta relevante atender a las medidas adoptadas en las áreas de mayor importancia en cuanto al abordaje de la niñez migrante, a saber, salud y educación⁶⁴. Por ello, en lo que sigue, se analizará brevemente si se ha dado cumplimiento a la implementación de la “Política Nacional Migratoria” en estas áreas, y de qué manera cada cartera ministerial ha adoptado las medidas necesarias para dicho objetivo.

1. *Salud*

En materia de salud, ya antes de la adopción de medidas a nivel administrativo enmarcadas en una política pública intersectorial, desde 2003 se encuentran medidas administrativas interministeriales coordinadas entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud. Prueba de ello es el otorgamiento de una visa temporaria a las mujeres embarazadas que se controlasen regularmente en la red pública de Salud⁶⁵.

Seguidamente, en 2007 y 2008 se suscriben dos convenios de colaboración entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud⁶⁶. Tomando como marco normativo la CDN y la CIPDTMF –ambas Convenciones ratificadas e incorporadas en el ordenamiento jurídico interno, en función del artículo 5°, inciso 2 de la Constitución Política de la República–, mediante dichos convenios de colaboración se buscó “igualar la atención de salud entre los NNA menores

64 La perspectiva del presente Informe Temático no desconoce la relevancia de otras áreas como las de trabajo y previsión social, y vivienda, en las cuales también se han adoptado medidas para abordar el fenómeno migratorio, teniendo en consideración la interrelación existente entre la protección de derechos de madres y padres de NNA migrantes, con el acceso y disfrute de derechos de NNA. No obstante, con una pretensión ejemplificadora, se ha optado por analizar las medidas adoptadas en el área de salud y educación, por ser las que repercuten de manera más directa en el desarrollo y protección del interés superior de NNA.

65 Oficio Circular N° 1.179 de 18 de enero de 2003, del Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior.

66 Resolución Exenta N° 1.914, de 10 de marzo de 2008, y Resolución Exenta N° 512, de 30 de noviembre de 2007, mediante las cuales se aprueba Convenios de Colaboración entre el Ministerio de Salud y el Ministerio del Interior sobre atención de salud a migrantes y NNA migrantes en igualdad de condiciones a pacientes nacionales, sin discriminación.

de 18 años que tienen nacionalidad chilena, con aquellos NNA que, no siendo chilenos, residen en el país en compañía de sus padres, tutores o representantes legales”.

En esta línea, en el marco del DL 1.094 y las facultades que este entrega en su artículo 6 al Departamento de Extranjería y Migración, en cuanto a las visaciones de residencia, y el DFL N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud (su estatuto orgánico), desde esta época ya consta la existencia de políticas públicas con pretensiones multidisciplinarias y enfoque de derechos a nivel administrativo en torno al acceso a la salud de NNA migrantes, sin importar su situación migratoria.

En particular, esta política se centra en generar los procedimientos necesarios para dar a todos(as) los(as) NNA extranjeros(as) atención de salud en la red pública de manera igualitaria, inscribir a dichos NNA en los establecimientos de atención primaria de salud, y establecer mecanismos de intercambio de información entre los ministerios colaboradores en materia de migraciones.

Luego, el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, tras contextualizar el convenio en particular como una de las medidas de modernización de la “gestión democrática del gobierno”, da cuenta de un conjunto de medidas administrativas durante 2008 para hacer operativas las cláusulas del convenio de colaboración⁶⁷. En este mismo año el Ministerio de Salud imparte instrucciones a los directores de los servicios de salud, para hacer operativas las metas fijadas en cuanto a la atención en salud de la población migrante, en el marco del convenio de 2007⁶⁸, creándose también un Grupo de trabajo para ayudar la labor ministerial en lo relativo a la salud de los migrantes y refugiados.

Finalmente, el marco anterior se ve complementado en 2015 y 2016, con un nuevo conjunto de decisiones administrativas en la materia del Ministerio de Salud, y un Decreto Presidencial. En un contexto migratorio marcado por la irregularidad y la falta de documentos oficiales de parte de la población migrante, durante dichos años el acceso a la salud volvió a presentarse como un problema prioritario que enfrentar. Teniendo presente las barreras de acceso que implicaban

67 Oficio circular N° 12.766 sobre convenio entre Ministerio de Salud y Ministerio del Interior, de 24 de junio de 2008.

68 Orden A 14 N° 3229, de 11 de junio de 2008, Ministerio de Salud.

las medidas vigentes al año 2015, relativas a sujetar el acceso a atención médica a NNA migrantes a la existencia de permisos de residencia, por medio de la circular A15/06⁶⁹ (posteriormente puesta en ejecución en instrumentos como la circular A15/04⁷⁰), el Ministerio de Salud estableció un catálogo amplio de casos⁷¹ en donde sí se brinda acceso a la salud sin importar la situación migratoria del beneficiario, estableciendo para ello una “presunción de carencia de recursos” para las personas migrantes en situación irregular.

En la misma línea, y en atención a los problemas ya expuestos, el Decreto N° 67 del Ministerio de Salud⁷² modificó el Decreto N° 110, de 2004, que fija las circunstancias y mecanismos para acreditar a personas como carentes de recursos, en función de agregar los casos de migrantes sin documentos oficiales, siendo esto considerado como un avance, dentro de las limitaciones legales y reglamentarias vigentes⁷³.

2. Educación

En materia de educación también es posible encontrar medidas administrativas desde 2003. El Oficio Circular N° 6232⁷⁴, en conjunto con el Oficio 1179⁷⁵, ambos de 2003, persiguen asegurar el derecho a la educación de NNA migrantes, incorporándolos a establecimientos educacionales, aun en aquellos casos en que se encuentren en una situación migratoria irregular.

Posteriormente, en 2005, el Ministerio de Educación, por medio de la Orden circular N° 7/1008 (1532)⁷⁶, instruyó órdenes a las autoridades subalternas sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes migrantes a

69 Circular A15/06, de 9 de junio de 2015, Ministerio de Salud.

70 Circular A15/04, de 13 de junio de 2016, Ministerio de Salud.

71 Por medio de esta circular los establecimientos del sistema público de salud les deben brindar atención y prestaciones de salud en los casos de (i) mujeres durante el embarazo, parto y post parto hasta 12 meses, (ii) NNA hasta los 18 años, en lo relativo a todas las prestaciones que requieran, (iii) urgencias médicas, cubriendo a todas las personas, y (iv) prestaciones de salud pública en general.

72 Decreto N° 67, sobre modificación del Decreto N° 110 de 2004, del Ministerio de Salud, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Ministerio de Salud, publicado en D.O. 29 de mayo de 2015.

73 INDH, «Datos relevantes para la adopción de la lista de cuestiones previas al segundo informe periódico de Chile al Comité...», 10; SJM, «Informe Alternativo al 28° Periodo de Sesiones del Comité...», 6.

74 Oficio circular N° 6.232, de 26 de mayo de 2003, sobre precisiones de la circular N° 1179, Departamento de Extranjería y Migración, Ministerio del Interior.

75 Oficio Circular 1.179/2003.

76 Orden circular N° 0771008 (1531), de 4 de agosto de 2005, sobre instrucciones de ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Ministerio de Educación.

establecimientos educacionales. En el marco de la Constitución Política de la República, la CDN y el principio de no discriminación en materias de educación, que fijan los deberes del Estado de Chile de implementar las medidas necesarias para la convalidación y validación de estudios, y de cautelar que no se discrimine en establecimientos educacionales, se fijó un procedimiento en esta materia: con el fin de orientar a las autoridades, facilitar la incorporación, permanencia y progreso en el sistema de los NNA migrantes y difundir información, se fijan los requisitos de postulación y las actuaciones de las autoridades para la admisión de estudiantes extranjeros y evaluar debidamente su desempeño escolar.

El escenario jurídico descrito fue modificado a partir de 2007 y, posteriormente, en mayor medida, desde 2015 a 2017. Por una parte, en 2007, el Decreto Exento N° 2.2272/2007⁷⁷ estableció procedimientos para el reconocimiento de estudios básicos, medios, modalidad adultos y educación especial, en función de la especial necesidad que enfrentan los niños migrantes. Por otra, en 2016, en el marco del Instructivo Presidencial N° 5 y la “Política Nacional Migratoria” de 2015, por medio de la Orden Circular N° 02/894⁷⁸ de la Subsecretaría de Educación, complementada con la Orden Circular N° 02/329 de 2017⁷⁹, se actualizaron las instrucciones presidenciales de 2005 respecto del ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos estudiantiles de NNA migrantes. Dentro de las medidas que más destacan, consta la creación de un “identificador provisorio escolar” (IPE), para los NNA que no cuenten con cédula nacional de identidad, innovaciones en el proceso de reconocimiento y convalidación de estudios, y medidas en pro de la inclusión escolar.

Sumado a lo anterior, la Orden Circular N° 01/608⁸⁰ fijó lineamientos para la inclusión de NNA migrantes como estudiantes en el sistema educativo, y sistematizó algunas medidas adoptadas por el Ministerio de Educación. En el contexto de la última reforma educacional, con un marco jurídico bastante

77 Decreto Exento N° 2.272, de 31 de diciembre de 2007, sobre aprobación de procedimientos para el reconocimiento de estudios de enseñanza básica y enseñanza media humanístico-científica y técnico profesional y de modalidad educación de adultos y de educación especial. Ministerio de Educación.

78 Oficio Orden N° 02/894, de 7 de noviembre de 2016, sobre actualización de instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes migrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Subsecretaría de Educación.

79 Oficio Orden N° 02/329, de 25 de mayo de 2017, que complementa el Oficio Orden N° 02/894. Subsecretaría de Educación.

80 Orden Circular N° 01/608, de 26 de septiembre de 2017, sobre lineamientos internos para favorecer la inclusión de estudiantes extranjeros en el sistema educativo. Ministerio de Educación.

fundado en normativa internacional⁸¹, y teniendo a la vista que casi un tercio de los estudiantes migrantes se encuentran en situación migratoria irregular, se crea la Coordinación Migrante MINEDUC, se alcanza la firma e implementación del Convenio de Reconocimiento de Estudios para Enseñanza Básica y Media con Haití, y se imparten instrucciones a las distintas reparticiones públicas para hacer efectivas las medidas adoptadas.

También durante 2017 se adoptaron medidas para validar estudios jóvenes y adultos de extranjeros, en el marco del Decreto Exento N° 2.2272/2007, y se creó un procedimiento transitorio para estudiantes haitianos para el año escolar 2017.

En cuanto a la primera medida, dado el aumento de estudiantes extranjeros que cursan nivel medio de educación, para darle continuidad a sus estudios, y abrir la posibilidad a que se inscriban y rindan la Prueba de Selección Universitaria, se adoptaron medidas para validar niveles previos de escolaridad.

Respecto de la segunda, por medio de la Orden Circular N.º 02/615⁸², se indicó que se comenzarían a recibir solicitudes, sólo durante el año 2017, de reconocimiento de estudios de quienes los hayan realizado en Haití. Es en virtud de esto que se crean dos procedimientos⁸³, en el marco del Convenio básico de cooperación científica y técnica entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Haití para la equiparación o equivalencia y reconocimiento de estudios de los niveles de enseñanza básica o primaria y media o secundaria, para regularizar la situación educacional de los haitianos residentes en Chile.

Por último, destaca la suscripción de convenios por parte de Chile con

81 Los lineamientos se fundan en la DUDH, la CDN y la CIPDTMF, además de la CPR y la reciente reforma educacional.

82 Oficio Orden N° 02/615, de 20 de septiembre de 2017, sobre acuerdo complementario al convenio básico de cooperación científica y técnica entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Haití para la equiparación o equivalencia y reconocimiento de estudios de los niveles de enseñanza básica o primaria y media o secundaria del 30 de agosto de 2017. Subsecretaría de Educación.

83 Los procedimientos que se crearon consistían, primero, en poder optar por el reconocimiento de Estudios completos de Educación Media realizados en Haití, a partir de la documentación presentada (documentos de identidad, concentración de notas y/o certificados anuales de notas en original y licencia de educación media o diploma de estudios secundarios), y segundo, en poder optar a completar el curso en el cual se encuentra matriculado el o la solicitante y rendir los exámenes de validación de cursos previos, pudiendo solicitar posteriormente, en caso de reprobación, el reconocimiento de estudios antes indicado.

Haití y Ecuador, respectivamente. En el primer caso, se trata de un acuerdo complementario al Convenio básico referido en el párrafo anterior, que busca reconocer los estudios completos que consten en documentos oficiales de los Estados respectivos, así como crear condiciones para ingresar y matricularse en instituciones educacionales de los Estados parte. En cuanto al segundo de los convenios, este se refiere al reconocimiento mutuo de títulos profesionales y grados académicos de educación superior.

Institucionalización de NNA migrantes

Analizar la información existente respecto de NNA migrantes bajo custodia del Estado resulta importante para efectos de visibilizar las problemáticas que enfrenta este grupo de NNA migrantes en el país en cuanto a su desarrollo y goce de derechos, así como para evaluar la respuesta del Estado y el rol que le compete en su protección, en el marco de sus obligaciones internacionales.

Los datos oficiales existentes en los anuarios estadísticos de SENAME⁸⁴, interpretados conforme al contexto en el que se insertan, esto es, analizados desde una perspectiva consciente de la intersección de distintos factores de vulnerabilidad presentes en las diversas formas en las que se desarrolla la migración, resultan de utilidad para la detección y comprensión de diversos fenómenos y tendencias en materia de niñez migrante. Así, esta breve sistematización de datos debe comprenderse como un punto de partida para analizar la situación de la niñez migrante en Chile.

Como primera consideración, las cifras a las que se atiende se sistematizan según se trate de atención correspondiente a “protección de derechos” o “justicia juvenil”. En estas dos formas de intervención del Estado, se presentan diferencias en torno a las cifras ofrecidas por el SENAME, en materia de NNA extranjeros. Si bien en estas dos categorías existe escasa cantidad de datos⁸⁵, en materia de protección de derechos existen más cifras que en materia de justicia juvenil, al punto que en esta última no existen cifras particularizadas para el caso de NNA

84 Ver sitio web institucional de Sename <<https://www.sename.cl/web/index.php/anuarios-estadisticos-sename/>> [consulta en línea: 20.11.2020].

85 La falta de datos sistematizados en materia de infancia, niñez y adolescencia en Chile en esta área, es un problema que ha sido constatado desde hace varios años, extensivo a un conjunto de materias adicionales.

migrantes.

Conforme a datos estadísticos del SENAME, desde 2010 hasta 2019, es posible constatar un considerable aumento en el ingreso de NNA de nacionalidad extranjera a programas y líneas de protección de derechos en SENAME, como se puede apreciar en la siguiente tabla:

Tabla 10 - Estadísticas de NNA migrantes en área de protección de derechos SENAME 2010-2019

Año	Ingresos de NNA extranjeros(as) por año	Incremento porcentual respecto del año anterior en el ingreso de NNA extranjeros(as) a SENAME	NNA extranjeros(as) atendidos(as) por año en SENAME
2010	455	Sin información	835
2011	502	10%	726
2012	575	14%	752
2013	656	14%	868
2014	795	21%	877
2015	1.016	27%	2.510
2016	1.375	35%	2.542
2017	1.596	16%	2.493
2018	2.113	32%	4.539
2019	2.789	32%	5.576

Fuente: elaboración propia, a partir de Anuarios estadísticos de SENAME⁸⁶.

La situación descrita encuentra un correlato en la prensa nacional⁸⁷, y de conformidad con los datos disponibles, resulta claro que para el periodo

86 Los anuarios estadísticos del Servicio Nacional de Menores para el periodo 2010-2019 se encuentran disponibles en formato digital en el sitio web < <https://www.sename.cl/web/index.php/anuarios-estadisticos-sename/>> [consulta en línea: 20.11.2020].

87 En 2017 se informaba, por ejemplo, que los “niños extranjeros se han triplicado en el sistema de protección del Servicio Nacional de Menores” (El Mostrador, 24 de junio de 2017 <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/06/24/ninos-extranjeros-se-han-triplicado-en-el-sistema-de-proteccion-del-sename/>> [consulta en línea: 20.11.2020]), así como también “Sename: 1.375 niños extranjeros ingresaron en sistema de protección” (La Tercera, 23 de junio de 2017, <<https://www.latercera.com/noticia/sename-1-375-ninos-extranjeros-estan-sistema-proteccion/>> [consulta en línea: 20.11.2020]. A principios de 2018, se informaba que el “Sename recibe diariamente a cuatro hijos de inmigrantes, por vulneración de derechos”, dando cuenta de las causales de ingreso y de la opinión de expertos en la materia (Economía y Negocios, domingo 11 de febrero de 2018 <<http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=442617>> [consulta en línea: 20.11.2020]. Ya en julio de 2018, los medios daban cuenta de que “el Ingreso de menores extranjeros al sistema de protección del Sename se triplicó en los últimos ocho años”, pormenorizando algunas cifras y recogiendo diversos testimonios de afectados y de expertos (El Mercurio, 08 de junio de 2018 <<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/06/08/909155/Ingreso-de-menores-extranjeros-al-sistema-de-proteccion-del-Sename-se-triplico-en-los-ultimos-ocho-anos.html>> [consulta en línea: 20.11.2020].

descrito se ha dado un aumento prácticamente sostenido en el número de ingresos de NNA nacionalidad extranjera al SENAME, situando el análisis en el área correspondiente a protección de derechos y sus distintas líneas. En otros términos, entre 2010 y 2019 la cantidad de NNA de nacionalidad extranjera que ingresaron al área de protección de derechos de SENAME se incrementó en un 512%, pudiendo identificarse una diferencia importante a partir de 2015, dando cuenta de la forma en que se han desarrollado los flujos migratorios en estos últimos años.

Jurisprudencia nacional de relevancia

Teniendo presente las características de la regulación jurídica vigente en el país en materia migratoria en general, contenida en el Decreto Ley N° 1.095 de 1975 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 597 de 1982, que contemplan espacios de discrecionalidad para el actuar de la autoridad administrativa en la aplicación del Derecho, fruto del enfoque de control de fronteras o de seguridad nacional, y que la migración es uno de los factores que expone a NNA a situaciones de vulnerabilidad⁸⁸, se hace especialmente necesario dar cuenta de las problemáticas más relevantes que surgen de la intersección de la migración con la niñez.

En este contexto, es de relevancia dar a conocer las formas en que los tribunales de justicia del país se han enfrentado a los problemas que surgen de la aplicación de este marco jurídico y los criterios, perspectivas y normativa utilizadas por estos en los distintos casos, especiales, dentro del fenómeno migratorio en general. En esta línea, cabe tener presente que la discrecionalidad y la arbitrariedad de los órganos de la Administración del Estado competentes en materia migratoria, cuyas decisiones afectan a NNA extranjeros, se eleva como el común denominador presente en los distintos casos. Por esto, en el presente apartado, se buscará analizar la evolución del razonamiento utilizado por la Corte Suprema, algunas Cortes de Apelaciones, y algunos tribunales de primera

88 El contexto de vulnerabilidad al que se enfrentan los NNA que se ven expuestos a procesos de migración internacional es un presupuesto necesario para la actuación estatal en todos sus niveles respecto a la protección de derechos de NNA. En este sentido, cobra importancia recordar lo indicado conjuntamente por CMW y CRC, en orden a que los NNA se ven expuestos a una situación de doble vulnerabilidad. Véase Naciones Unidas (CMW-CRC), *Observación General Conjunta N° 3 CMW y 22 CRC...*, párr. 1.

instancia para resolver conflictos en los cuales se ven involucrados derechos de NNA migrantes, asegurados tanto por el ordenamiento jurídico interno como por el DIDH.

La jurisprudencia analizada comprende acciones constitucionales de amparo y de protección, reclamos de nacionalidad y, en un menor número de casos, pronunciamientos judiciales civiles y penales en donde se encuentran involucrados NNA extranjeros(as).

De los más de veinte casos analizados para el periodo 2009-2018, es posible dar cuenta de algunas tendencias conforme el paso de los años y el surgimiento de nuevos problemas. En general, estos casos se han seleccionado porque en ellos se problematiza en torno a la afectación de principios y derechos que se encuentran contenidos en diversos instrumentos internacionales de protección de la niñez, aplicables al caso particular de la niñez migrante. Así, principios como el interés superior del niño, la protección a la unión familiar, o derechos como el de residencia y la libertad personal, a tener una nacionalidad de parte de NNA, o el de reunificación familiar, están presentes en estos casos, variando la forma en que los tribunales abordan la protección de estos principios y derechos, en confrontación con el ejercicio de las atribuciones de los órganos de la Administración del Estado.

Dicho lo anterior, en lo que sigue se darán a conocer cronológicamente los distintos problemas surgidos de la aplicación del marco jurídico migratorio respecto de la niñez migrante, y los criterios y perspectivas utilizados por los tribunales del país, para los casos seleccionados.

a. 2009

Para este periodo es posible advertir un pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Antofagasta respecto de una acción de protección⁸⁹, la cual, en comparación con las sentencias venideras, se muestra formalista, al priorizar en la ponderación que funda la decisión judicial, el ejercicio de atribuciones administrativas por sobre análisis jurídicos sustantivos respecto de los límites de las potestades públicas y criterios de justicia material, vinculados principalmente con el estatus de seguridad de NNA y la protección de la unidad familiar. Si

89 Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 136-09, *Baltodano Ñique con Gobernador Provincial de Antofagasta*. Sentencia de 03 de abril de 2009.

bien el tribunal estima que los niños involucrados –tres hijos cuya madre fue notificada de una orden de expulsión en su contra– jurídicamente no aparecen afectados por la resolución, el razonamiento del tribunal no se hace cargo de la forma en que fácticamente la estabilidad de estos niños se ve afectada por la expulsión de la madre del país.

b. 2012

En comparación con el criterio sostenido en el año 2009, progresivamente, aunque de manera oscilante, la estricta legalidad cede al tiempo en que la realidad migratoria se hace más notoria en el país. Ya para el año 2012 es posible encontrar en la Corte Suprema una argumentación que cuenta con una perspectiva de derechos respecto de NNA, fundada en el ordenamiento interno y también, en algunos casos, en instrumentos internacionales, principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, entendiéndolos como sujetos de derecho, merecedores de una protección especial en función de su “vulnerabilidad y fragilidad”⁹⁰.

En el contexto de un recurso de casación en el fondo, respecto de un caso de restitución de una niña, la Corte Suprema toma en consideración el entorno de la niña involucrada, el menoscabo que implica para esta ser sustraída de la compañía de su madre y de sus redes afectivas, y su bienestar psicológico y material⁹¹ para decidir la denegación de la restitución solicitada por su padre, en el marco de la Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

c. 2013

Tras los años anteriores, que podrían ser comprendidos como una etapa de apertura en lo que refiere a aplicación de un enfoque de derechos, cobran relevancia en la jurisprudencia los reclamos de nacionalidad a favor de NNA nacidos en Chile de parte de madres y padres extranjeros.

Con un particular auge en 2013, en todos los casos, las Cortes se enfrentan a una interpretación restrictiva por parte de la Administración del Estado de la voz “transeúnte”, para efectos de hacer aplicable la excepción del art. 10 N° 1

90 Corte Suprema, Rol N° 1316-12, *Burgos con Sáenz*. Sentencia de 18 de julio de 2012, considerando 6.

91 Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol N° 1316-12, considerando 3.

CPR, en relación con acceder a la nacionalidad chilena en favor de NNA nacidos en Chile por parte de madres y padres extranjeros.

Asimismo, en todos los casos, dada una aplicación formal de la perspectiva de seguridad nacional de la Ley de Extranjería, las madres y padres de los NNA se encuentran en situación migratoria irregular. Además, en algunos casos, presentan antecedentes penales que permiten aplicar la Ley de Extranjería desde una perspectiva restrictiva con mayor facilidad.

Con todo, los tribunales dan cuenta de un razonamiento que destaca por su originalidad y por su uniformidad en términos jurisprudenciales, aunque no unánimes desde su composición en concreto, aplicando, en fallos divididos, principios tales como el interés superior del niño y el de protección de la familia.

Si bien los argumentos existentes para rechazar este tipo de reclamos se asocian a cuestiones formales de competencia, indicando que es la Constitución la que define los casos en los cuales se accede a la nacionalidad, y que en último término el Derecho Internacional radica en el Derecho interno la determinación de la nacionalidad⁹², la jurisprudencia desde el año 2013 modificó el criterio administrativo antes referido, entendiendo primero que el ánimo de permanencia en el territorio prima por sobre los estándares abstractos que fija la ley y, segundo, que los vínculos familiares y personales son merecedores de protección, entendiendo que la aplicación de la ley sin atender a estos factores carece de razonabilidad y proporcionalidad.

En estos casos, desde la normativa del Código Civil en relación con el domicilio, se interpreta el término “transeúnte” en términos tales que se entiende existe un interés desplegado por largo tiempo por parte de las madres y padres de los NNA afectados, que les permite ostentar la calidad (creada por el razonamiento de la Corte) de “residentes provisorios”⁹³, cuestión que permite fundar por qué no debe aplicarse la Ley de Extranjería en los términos fijados por la Administración, y por qué casos como estos no son subsumibles en la excepción contemplada en el art. 10 CPR, reforzando lo anterior con preceptos de la CADH, en particular su art. 20 en relación con el derecho a la nacionalidad, y de la CD

92 Corte Suprema, Rol N°5482-13. *Rupay Chávez c/ Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

93 Corte Suprema, Rol N° 300-13. *Cantero Bernia c/ Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior*. Sentencia de 29 de abril de 2013.

d. 2014

Se mantiene la tendencia del año 2013, presentándose la misma línea argumentativa en la resolución de reclamos de nacionalidad interpuestos a favor de NNA extranjeros por parte de sus madres y padres. La novedad de este año, sin embargo, viene dada por la mayor presencia, aunque discutida mediante prevenciones y votos en contra, en la argumentación jurídica de los fallos de Derecho Internacional, que ya asomaba como factor de relevancia en el año anterior⁹⁴.

En el marco de la resolución de recursos de reclamación de nacionalidad ya indicado, la aplicación de Derecho Internacional en la fundamentación de los fallos está vinculada al derecho a la nacionalidad. Prueba de ello es la aplicación del art. 20 CADH, acompañado del art. 70 de la CDN. En esta línea, la Corte Suprema entiende que el carácter esencial de la nacionalidad, en tanto derecho humano, implica que la Constitución no puede interpretarse de forma restrictiva y no dar alternativas de solución a los NNA cuya nacionalidad se desconoce⁹⁵.

Sin embargo, se presentan oscilaciones en el sentido de los fallos, existiendo sentencias que resuelven recursos especiales de reclamación de nacionalidad desfavorables para los extranjeros recurrentes, madres y padres de NNA migrantes nacidos en Chile.

Fruto de la comprensión en sentido amplio de los conceptos indeterminados de la Ley de Extranjería, tales como “buenas costumbres” (artículos 17 y 15 N° 2), en fallo dividido, se rechaza la reclamación interpuesta por un ciudadano salvadoreño, tras entender, por parte de la Corte Suprema⁹⁶, que la sanción de expulsión no es desmedida si se aplica a alguien que ha sido condenado por el delito de almacenamiento de material pornográfico infantil.

En el razonamiento de la Corte, la condena penal por este delito en particular implica que se ha actuado en contra de las “buenas costumbres” y

94 Con todo, para organizaciones como el SJM, si bien esta tendencia y su proyección en el tiempo desde 2013 y 2014 a la fecha es positiva, aún no es suficiente para dar pleno cumplimiento en sede judicial a las disposiciones de diversos instrumentos internacionales de protección de derechos de personas migrantes, tales como la CIPDTMF.

95 Corte Suprema, Rol N° 10.897-13. *Choque Acho c/ Ministerio del Interior y Seguridad Pública*. Sentencia de 14 de enero de 2014.

96 Corte Suprema, Rol N° 186-14. *Escobar Pérez, Wilberth C. c/ Ministerio del Interior y Seguridad Pública*. Sentencia de 16 de enero de 2014.

que, por tanto, el acto administrativo no puede entenderse como excesivo. En esta línea, en la resolución de este caso vuelven a aparecer los argumentos sostenidos en el año 2009, en el sentido de indicar que la medida de expulsión no vulnera el interés superior del niño o la protección de la familia al no estar dirigidas formalmente a los hijos del expulsado.

En un sentido contrario, y considerando la normativa internacional, la Corte Suprema se pronunció sobre el caso de un ciudadano peruano, con familia asentada en Chile, que accionó de amparo buscando impugnar una orden de expulsión dictada en su contra por parte de la Intendencia de la Región Metropolitana, resolviendo la arbitrariedad de dicho acto administrativo por considerarlo infundado y teniendo en cuenta sus circunstancias familiares y el interés superior de sus hijas⁹⁷. Así, la Corte consideró insuficiente que la resolución administrativa se fundara únicamente en disposiciones legales y reglamentarias, así como en la simple circunstancia de un ingreso al territorio nacional por un paso no habilitado, exigiendo “un pronunciamiento del funcionario competente con una carga argumentativa superior a la meramente formal”⁹⁸. Asimismo, la Corte estableció la necesidad de “considerar las circunstancias personales y familiares del amparado”⁹⁹, estableciendo que dicha orden de expulsión era “desproporcionada e importa una trasgresión al principio del interés superior del niño”, en relación con sus dos pequeñas hijas (de tres y un año de edad, respectivamente) “porque implicará la separación de su padre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados”, citando expresamente la Convención de los Derechos del Niño y el artículo 1° de la Constitución Política de la República, para recalcar como deber del Estado el “dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”.

e. 2015

Surge la necesidad de atender al razonamiento de los tribunales en la resolución de un conjunto de acciones de amparo y de protección que buscan atacar resoluciones y decretos que ordenan la expulsión de extranjeros del país

97 Corte Suprema, Rol N° 7804-14. *Bazalar con Ministerio del Interior y Seguridad Pública*. Sentencia de 22 de abril de 2014.

98 Corte Suprema, Rol N° 7804-14, considerando 4.

99 Corte Suprema, Rol N° 7804-14, considerando 5.

o la prohibición de ingreso de estos al país.

La importancia de estos casos radica en que los recurrentes son extranjeros que al momento de serles ordenadas las expulsiones ya han formado familias en el país, por lo que los actos administrativos impugnados afectan dicho orden familiar y, por consiguiente, a NNA de esas familias.

En el caso de las acciones de amparo, la Corte Suprema, a través del concepto de “arraigo ostensible”¹⁰⁰ (utilizando un criterio similar al del concepto de “residente provisorio” de 2013) y considerando las circunstancias personales de los amparados, entiende que expulsar a una persona cuyo núcleo familiar se encuentra en el país es un acto ilegal, por afectar el art. 1 CPR, que entiende a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. Asimismo, se entiende que este tipo de medidas atenta contra el interés superior del niño, haciendo directa mención a los arts. 3 y 9 CDN.

En cuanto a las acciones de protección, resulta relevante destacar criterios tales como los contenidos en la sentencia emanada de la Corte de Apelaciones de Iquique en julio de 2015¹⁰¹. Lo novedoso de este fallo es que, además de adherir a los argumentos de “arraigo ostensible” y la fundamentación basada en Derecho Internacional, la Corte entiende que un ejercicio legítimo de las atribuciones que confiere la ley de parte de los órganos de la Administración del Estado exige “una necesaria razonabilidad”¹⁰² en la toma de decisiones, cuestión que, en el caso de las expulsiones, se traduce en una revisión de las circunstancias familiares y personales de los afectados.

Así, los tribunales reafirman el deber del Estado de dar protección a la familia, que implica evitar separaciones no voluntarias entre NNA y sus madres y padres que afecten la unidad y la identidad familiar (exigencia de razonabilidad a la autoridad administrativa), por sus consecuencias emocionales, sociales, educacionales, etc. Asimismo, en los casos en que una expulsión implique una ruptura familiar, se entiende que se está afectando el interés superior del niño. En cuanto a este principio, este es prioritario respecto del ejercicio de las facultades

100 Corte Suprema, Rol N° 8759-15. *Grajales con Intendente Regional de Tarapacá*. Sentencia de 17 de julio de 2015.

101 Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 352-15. *Ajala Arias c/Intendente Regional de Tarapacá*. Sentencia del 17 de julio de 2015.

102 Corte de Apelaciones de Iquique Rol N° 352-15, considerando 7.

administrativas, lo cual obliga a la autoridad a ponderar las circunstancias familiares y personales tanto del NNA como las de su familia.

f. 2016

Continúan presentándose, principalmente, acciones de amparo, y también acciones de protección. Asimismo, continúan presentándose recursos especiales de reclamación de nacionalidad, siempre respecto de órdenes de expulsión del territorio dirigidas a padres o madres de origen extranjero de NNA nacidos en Chile.

En este periodo se observa que las acciones de amparo, en mayor medida, y de protección, un tanto menos, por los presupuestos exigidos en uno y otro caso, se utilizan a favor de extranjeros adultos, en cuyos contextos familiares y personales se encuentran involucrados NNA, más que de NNA en sí como sujetos pasivos directos. En estos casos, se encuentra en gran medida sentada la posición jurisprudencial de protección al ánimo de permanencia en el territorio, pues es una constante atender a las circunstancias personales y familiares de los amparados o protegidos. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Iquique ha entendido que expulsar a quien mantiene a un grupo familiar mediante su fuente de trabajo, atenta contra la protección a la familia, que debe primar por sobre la aplicación de las disposiciones migratorias¹⁰³. Asimismo, la Corte Suprema considera que la medida de expulsión del país resulta desproporcionada cuando se da cuenta de un arraigo en el territorio nacional¹⁰⁴.

Por otro lado, en la resolución de recursos especiales de reclamación de nacionalidad, continúa presentándose el mismo escenario de años anteriores. Si bien el criterio jurisprudencial evidenciado persiste, existen matices en torno a la comprensión en el ejercicio de las facultades de la autoridad migratoria competente. La resolución de un recurso de reclamación especial por parte de la Corte Suprema¹⁰⁵, en donde se aprecia en la fundamentación del fallo una posición con tendencias eclécticas respecto del objeto mismo del recurso, resulta ejemplar: habiéndose presentado argumentos semejantes a los de casos

103 Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 33-16. *Porquín c/ Intendencia Regional de Tarapacá*. Sentencia de 16 de marzo de 2016.

104 Corte Suprema, Rol N° 190-16. *Vilca Jibera Sabina c/ Intendencia Regional de Tarapacá*. Sentencia de 07 de enero de 2016.

105 Corte Suprema, Rol N° 38337-16. *Mamani Huisa, Rosa y otro*. Sentencia de 12 de julio de 2016.

anteriores, asociados a la afectación de la unidad familiar por la orden de expulsión contra uno de los integrantes de la familia, el razonamiento de la Corte Suprema resuelve el problema de manera diversa a estos casos, en el sentido de acoger sólo la petición subsidiaria de los recurrentes, esto es, suspender el decreto que ordena la expulsión de la madre de dos niños sólo en lo que resta del año 2016, para efectos de facilitar el traslado de la afectada, y al mismo tiempo no entorpecer el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley de Extranjería al Ministerio del Interior, indicando que el acto administrativo impugnado no resulta ilegal.

En este mismo año, a propósito de la apelación a una sentencia negativa de un recurso de nulidad, la Corte de Apelaciones de Copiapó¹⁰⁶, recogiendo un precedente judicial del año 2015¹⁰⁷, se ha pronunciado en un sentido que resulta relevante de revisar. La importancia de este fallo radica en que esta Corte resuelve acoger el recurso y ordena sustituir la pena de expulsión por la de libertad vigilada intensiva, tomando como argumentos la protección del interés superior del niño y la protección de la familia. En la argumentación del fallo, es posible encontrar una sólida integración de normativa internacional en el ordenamiento interno, para sostener jurídicamente el principio del interés superior del niño. Sumado a lo anterior, cabe destacar la atención del razonamiento a las “circunstancias personales y familiares”, y la recepción del criterio de “arraigo ostensible”, ya detectado en sentencias de años anteriores.

g. 2017

Se presentan pronunciamientos judiciales que resultan novedosos de analizar, por suscitarse a propósito de procedimientos distintos a los que habían sido una constante en años anteriores. Así, la Corte Suprema resolvió novedosamente una solicitud de *exequatur* de parte de un ciudadano español y la Corte de Apelaciones de Valdivia se pronunció en segunda instancia respecto de una demanda de restitución internacional de niño(a).

En cuanto a la solicitud de *exequatur*, la Corte Suprema, en fallo dividido, entiende que, dado que el proceso español está en sustanciación, el interés

106 Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 216-16. *Ministerio Público con José Alfredo Riascos Hurtado*. Sentencia de 27 de octubre de 2016

107 Corte Suprema, Rol N° 3594-15. *Ministerio Público con Castromonte*. Sentencia de 23 de marzo de 2015.

superior del niño mandata aguardar el resultado definitivo de este, antes de tomar una decisión de tal envergadura como la de regresar a dos menores a España, resguardando así su estabilidad¹⁰⁸. Asimismo, entiende que el derecho del niño a expresar su opinión también reconduce a defender que la decisión de regresar o no a los niños a España, a lo menos se debe estudiar en una instancia posterior al cumplimiento de la medida cautelar señalada.

En el mismo año, la Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó la interposición de un recurso de apelación en contra de una sentencia que había rechazado una demanda de restitución internacional de un niño¹⁰⁹. La relevancia de este fallo estriba en que profundiza en el significado y las implicancias de la aplicación jurídica del interés superior del niño, en el marco de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, entendiendo que es un principio que ordena atender a las circunstancias que propicien el bienestar del NNA, y que demanda la aplicación de todas las medidas especiales tendientes a la protección de NNA.

h. 2018

Para este año se constata dos aspectos destacables. Por una parte, se presentaron acciones de amparo, y por otro, existe un conjunto de condenas penales en aplicación de la Ley N° 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas.

Respecto de las acciones de amparo, si bien mantienen la tendencia jurisprudencial en torno a acogerlas (aún en fallos divididos), es posible apreciar un debilitamiento en la fundamentación de las resoluciones. No obstante seguir citando conceptos tales como el de arraigo, y atender a las circunstancias concretas en materia laboral, educacional y de salud de los propios amparados o de sus familiares, las resoluciones parecen sólo reproducir el precedente jurisprudencial ya asentado, sin reforzarlo con la debida profundidad argumentativa, que sí es posible apreciar en años anteriores.

En este año, de suma importancia es destacar la sentencia emanada del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TOP) de Osorno, que condenó a dos personas de nacionalidad ecuatoriana en calidad de autoras por el delito de

108 Corte Suprema, Rol N° 55035-17. *M.C.M c/ K.A.R.C.* Sentencia de 08 de mayo de 2017.

109 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N° 5-2017. *Coll con Carvajal.* Sentencia de 28 de abril de 2017.

tráfico de migrantes, tipificado en el art. 11 bis del Código Penal, en aplicación de la Ley N° 20.507 de 2011¹¹⁰. Dentro de los aspectos destacables de la sentencia se encuentra el hecho de que, no obstante llevarse una pluralidad de investigaciones por parte de las policías y el Ministerio Público desde hace unos años, es la primera sentencia en donde existe una condena con efectiva privación de libertad.

Asimismo, merece una especial consideración la apreciación que el tribunal hace respecto del contexto de vulnerabilidad que enfrentan las víctimas, los medios empleados en el proceso penal para su acreditación, y la influencia de este enfoque, consciente de la vulnerabilidad, en la valoración de la prueba.

En cuanto al primer punto, el TOP de Osorno entiende que el aprovechamiento de las circunstancias adversas que enfrentan las víctimas en sus vidas, constitutivas de la vulnerabilidad, facilitan el engaño en su ingreso al país. Respecto a la acreditación de la vulnerabilidad, es positivo el empleo de informes psicosociales y antropológicos en relación con las víctimas, los que permiten comprender al tribunal el tipo de migración (irregular, dependientes de sujetos explotadores) al que se enfrentan estas. Finalmente, cabe destacar la importancia de la comprensión de la situación de vulnerabilidad enfrentada por las víctimas al momento de apreciar sus testimonios, protegiendo la veracidad de las afirmaciones.

Referencias

CENTRO REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y JUSTICIA DE GÉNERO ET AL., «Comentarios y contribuciones a la lista de cuestiones previas y preguntas relativas al examen del segundo informe periódico del estado de Chile frente al comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias» (2018). <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/CHL/INT_CMW_ICSC_CHL_30660_S.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

INDH. «Datos relevantes para la adopción de la lista de cuestiones previas al

110 Tribunal Oral en lo Penal de Osorno, RIT N° 136-2017. *Instituto Nacional de Derechos Humanos con Cesar Gabriel Cabascango P.* Sentencia definitiva de 14 de junio de 2018.

segundo informe periódico de Chile al Comité de Protección de los Derechos de Todos/as los/as Trabajadores/as Migratorios/as y de sus Familias. Informe elaborado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos» (2018). <<https://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/1145>> [consulta en línea: 20.11.2020].
SJM. «Informe Alternativo al 28° Período de Sesiones del Comité para la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares» (2018). <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/CHL/INT_CMW_ICS_CHL_30789_S.pdf> [consulta en línea: 20.11.2020].

NACIONES UNIDAS (CMW). «Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 74 de la Convención. Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de trabajadores migrantes y sus familias Chile». 19 de octubre de 2011. CMW/C/CHL/CO/1. <<https://undocs.org/es/CMW/C/CHL/CO/1>> [consulta en línea: 20.11.2020].

NACIONES UNIDAS (CMW-CRC). Observación General Conjunta N° 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 22 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, 16 de Noviembre de 2017, CMW/C/GC/3–CRC/C/GC/22. <<https://undocs.org/es/CMW/C/GC/3>> [consulta en línea: 20.11.2020].

_____. Observación General Conjunta N° 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y N° 23 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, 16 de Noviembre de 2017, CMW/C/GC/4–CRC/C/GC/23. <<https://undocs.org/es/CMW/C/GC/4>> [consulta en línea: 20.11.2020].

NACIONES UNIDAS (CRC). «Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile». 30 de octubre de 2015. CRC/C/CHL/CO/4-5. <<https://undocs.org/es/CRC/C/CHL/CO/4-5>> [consulta en línea: 20.11.2020].

SENAME. *Anuario Estadístico Sename 2010*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2011.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2011*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2012*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2013*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2014*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2015*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2016*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017

_____. *Anuario Estadístico Sename 2017*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2018*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019.

_____. *Anuario Estadístico Sename 2019*. Santiago de Chile: SENAME, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020.

Normativa nacional legal y reglamentaria

Circular A15/06. Ministerio de Salud. República de Chile. 9 de junio de 2015.

Circular A15/04. Ministerio de Salud. República de Chile. 13 de junio de 2016.

Decreto Exento N° 2272 sobre aprobación de procedimientos para el reconocimiento de estudios de enseñanza básica y enseñanza media humanístico-científica y técnico profesional y de modalidad educación de adultos y de educación especial. Ministerio de Educación. República de Chile. 31 de diciembre de 2007.

Decreto N° 67 sobre modificación del decreto N° 110 de 2004, del Ministerio de Salud, que fija circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como carentes de recursos o indigentes. Ministerio de Salud. República de Chile. 29 de mayo de 2015.

Decreto Supremo N° 1393 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública,

República de Chile, del 11 de julio de 2014.

DFL N° 1 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, DE 1979 y de las leyes N° 18.933 Y N° 18.469, del Ministerio de Salud, Subsecretaría de Salud Pública, República de Chile, D.O. 24 de abril de 2006.

Instructivo presidencial N° 9 sobre instrucciones sobre la “Política Nacional Migratoria”. Presidenta de la República. República de Chile. 2 de septiembre de 2008.

Instructivo presidencial N° 5 sobre lineamientos e instrucciones para la “Política Nacional Migratoria”. Presidenta de la República. República de Chile. 6 de noviembre de 2015.

Oficio circular N° 1179. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, República de Chile. 28 de enero de 2003.

Oficio circular N° 12766 sobre convenio entre Ministerio de Salud y Ministerio del Interior. República de Chile. 24 de junio del año 2008.

Oficio circular N° 6232 sobre precisiones de la circular N° 1179. Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. República de Chile. 26 de mayo de 2003.

Orden A 14 N° 3229. Ministerio de Salud. República de Chile. 11 de junio de 2008.

Orden circular N° 0771008 (1531) sobre instrucciones de ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de los alumnos inmigrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Ministerio de Educación. República de Chile. 4 de agosto de 2005.

Oficio Orden N° 02/894 sobre actualización de instrucciones sobre el ingreso, permanencia y ejercicio de los derechos de estudiantes migrantes en los establecimientos educacionales que cuentan con reconocimiento oficial. Subsecretaría de Educación. República de Chile. 7 de noviembre de 2016.

Oficio Orden N° 02/329 que complementa el Oficio Orden N° 02/894. Subsecretaría de Educación. República de Chile. 25 de mayo de 2017.

Orden Circular N° 01/608 sobre lineamientos internos para favorecer la inclusión de estudiantes extranjeros en el sistema educativo. Ministerio de Educación.

República de Chile. 26 de septiembre de 2017.

Oficio Orden N° 02/615 sobre acuerdo complementario al convenio básico de cooperación científica y técnica entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Haití para la equiparación o equivalencia y reconocimiento de estudios de los niveles de enseñanza básica o primaria y media o secundaria del 30 de agosto de 2017. Subsecretaría de Educación. República de Chile. 20 de septiembre de 2017.

Conclusiones¹¹¹

La publicación del presente Informe Temático 2020 coincide con la conmemoración de los treinta años desde que Chile suscribió y ratificó la Convención de los Derechos del Niño en 1990¹¹². Tratándose del principal instrumento normativo de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel mundial, mediante el cual se busca su reconocimiento como sujetos titulares de los diversos derechos que contempla expresamente a lo largo de su articulado, y dotados de una autonomía progresiva, la expectativa de que, a treinta años de su implementación en Chile, su cometido ya estuviese implementado de forma plena y efectiva por el Estado, debería estar resuelta. Lo mismo puede predicarse respecto a la CADH, ratificada por Chile en agosto de 1990, y que constituye el principal instrumento normativo de protección de derechos humanos en el marco del SIDH, al cual se sujeta nuestro ordenamiento jurídico, estableciendo también los deberes del Estado en la materia y una norma específica dedicada a los “derechos del niño” (artículo 19).

Sin embargo, en este trigésimo aniversario de ratificación de ambos instrumentos normativos, dicha expectativa sigue insatisfecha, constatándose que los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes en Chile han sido vulnerados de manera *grave, masiva y sistemática* durante estos años de vigencia de la CDN y la CADH en el país, hasta el día de hoy, inclusive, lo que se traduce en una *grave crisis de derechos humanos de NNA* y una *crisis institucional* en materia de protección de dichos derechos.

Estas graves vulneraciones de derechos humanos se caracterizan no sólo por la omisión de las obligaciones del Estado en la materia, sino también por la violencia estatal tolerada y ejercida directamente en perjuicio de NNA, la desconsideración de su interés superior y el derecho a ser oídos y, en definitiva, por la inexistencia de una protección integral de sus derechos fundamentales.

Estas graves violaciones de derechos humanos de NNA agudizan la situación de vulnerabilidad que les asiste por el hecho de ser niñas, niños y adolescentes, a la vez que constituyen para el Estado un incumplimiento de

111 Este capítulo ha sido elaborado por Gustavo Namuncura Salgado.

112 El Estado de Chile suscribió la CDN el 26 de enero de 1990. Se promulgó mediante DL 830 de fecha 14 de septiembre de 1990 (publicación en D.O., 27 de septiembre de 1990).

sus obligaciones internacionales en la materia, que implican deberes reforzados y especiales de protección, atendido el grupo especialmente vulnerable que representan NNA¹¹³. Por cierto, esta situación de vulnerabilidad se acentúa cuando aquellos NNA víctimas de violaciones de sus derechos humanos se encuentran en situación de pobreza, institucionalizados bajo custodia del Estado, o son parte, además, de otros grupos vulnerables ante el DIDH, como migrantes¹¹⁴ y pueblos indígenas¹¹⁵.

Los agudos problemas relacionados a una falta de protección integral infanto-juvenil efectiva han sido constatados por variados informes de derechos humanos de NNA en diversos momentos y contextos a lo largo de estos últimos treinta años, y distan de ser una mera coyuntura reciente, arraigándose en profundas raíces de vulneraciones históricas que se han extendido en el tiempo, perdurando hasta el punto de exacerbarse con el contexto actual que suponen las crisis del estallido social y la crisis sociosanitaria desencadenada por la pandemia del coronavirus, desde fines de 2019.

El tránsito desde un modelo de protección tutelar, asistencialista y caritativo, vigente desde fines del siglo XIX, de acuerdo al cual el Estado asumía un rol subsidiario que no reconoce plenamente la voz de niñas, niños y adolescentes, negando su autonomía, hacia un modelo de protección integral de derechos de NNA en que el Estado los reconoce como plenos sujetos de derecho, permanece aún como un anhelo inexplicablemente postergado.

Como uno de los principales y más representativos hitos en esta panorámica de insuficiencias estructurales a la hora de proteger la infancia, niñez y juventud de nuestro país, los dramáticos casos de vulneraciones de derechos humanos de NNA institucionalizados en centros del SENAME, así como en instituciones privadas de acogida, bajo supervisión del Estado, que comenzaron a hacerse notoriamente públicos a partir de 2014, dejaron entrever la magnitud de las consecuencias concretas que acarrea la falta de una protección integral para NNA en el país: 1.313 niñas, niños y adolescentes fallecidos bajo custodia del Estado

113 Corte IDH, caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* (Fondo), sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 146.

114 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, 19 de agosto de 2014, párr. 71.

115 Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 177.

en centros dependientes del SENAME o de sus organismos colaboradores, en un periodo de 11 años, entre 2005 y 2016, en lo que ha sido calificado como “un impactante reconocimiento oficial de que el Estado ha conducido a la muerte a más de mil trescientos niños que debió proteger”¹¹⁶.

Diferentes informes han constatado esta dramática realidad de NNA bajo custodia del Estado, destacando la misión especial impulsada en 2017 por el INDH¹¹⁷, respecto a la situación de derechos tan gravitantes como el derecho a la vida, la integridad personal, acceso a condiciones de vida digna (alojamiento o alimentación, por ejemplo), derecho a la identidad, el acceso a la justicia, la educación, la salud, *inter alia*, dando cuenta de una verdadera crisis institucional, caracterizada por graves y sistemáticas vulneraciones de derechos de NNA bajo la tutela directa del Estado en un organismo público concebido, supuestamente, para protegerles.

A partir de entonces, la respuesta estatal a la crisis se ha centrado en la elaboración de políticas y planes nacionales que proponen, en términos generales, una reforma en las principales instituciones a cargo de la protección de NNA en Chile. Sin embargo, tanto la Política Nacional, como el Plan Nacional y el Acuerdo por la Infancia, estudiados en este Informe temático, todavía son meras cartas de navegación, materializadas a través de iniciativas legislativas que actualmente abundan y se encuentran dispersas en diferentes instancias de una tramitación legislativa que avanza de manera accidentada.

Esta dispersión de iniciativas legislativas ha hecho que los esfuerzos se hayan centrado en la mejora de aspectos relacionados con la institucionalidad de protección de derechos (institucionalización), pero descuidando los enfoques puestos en la prevención de situaciones de vulnerabilidad de NNA, sobre todo cuando la niñez y adolescencia convive con otros contextos de vulnerabilidad estructural, como pobreza, discriminación racial, género, diversidad sexual, o la pertenencia a pueblos indígenas o grupos migrantes.

116 Cámara de Diputados, Informe de la Comisión Especial Investigadora de la forma en que las autoridades han atendido las propuestas de la Cámara de Diputados, por la aprobación del informe de la Comisión Investigadora del Sename en el 2014 y la situación de menores de edad carentes de cuidado parental. (2016), 374. <<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmtipo=siAL&prmID=35387>> [consulta en línea: 20.11.2020].

117 INDH. *Informe del INDH. Misión de Observación Sename 2017. Diagnóstico de la situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en centros de protección de la red SENAME* (Santiago de Chile: INDH, 2017).

La vulneración sistemática de los derechos fundamentales de NNA y la dificultosa e insuficiente respuesta estatal para reformar el SENAME, exigen acciones concretas y el planteamiento de nuevos enfoques de protección de sus derechos individuales y colectivos, con urgencia. Por esto es que la Defensoría de la Niñez ha sostenido que lo que se requiere, en definitiva, es una *reforma estructural* de la normativa e institucionalidad de protección de la niñez¹¹⁸ que nos permita, como sociedad y país, concretar un acompañamiento y protección verdaderamente integral para niñas, niños y adolescentes.

Una *reforma estructural* a la institucionalidad de protección de la infancia en Chile requiere, en concreto, de una adecuación y coherencia con los estándares internacionales de derechos de NNA, en particular, con lo establecido por la CDN, como ha quedado de manifiesto a lo largo del presente Informe temático.

Por ello, la importancia de avanzar hacia la dictación de una ley marco que comprometa al Estado en la formulación, implementación y desarrollo de mecanismos y políticas públicas destinadas a prevenir (y no sólo a proteger de una manera reactiva) la situación de vulnerabilidad de NNA y la afectación de sus derechos, especialmente, de aquellos NNA que hoy continúan padeciendo las insuficiencias de un servicio público tan cuestionado como SENAME.

Lo anterior ha sido observado recientemente por la Defensora de la Niñez, en términos de que lo que ha sido anunciado como un “cambio transformacional del Servicio Nacional de Menores” no es una realidad, criticando dos aspectos de especial relevancia¹¹⁹: (1) más allá del cambio en la dependencia orgánica del servicio –pasando a depender desde el Ministerio de Justicia al Ministerio de Desarrollo Social–, el proyecto plantea la lógica del Estado, basado en el principio de subsidiaridad y desde una perspectiva que roza con lo caritativo, quedándose en la lógica filantrópica de organismos colaboradores, y (2) la falta de prohibiciones expresas destinadas a evitar que OCAS en donde hayan personas sancionadas penal, civil o administrativamente, puedan mantenerse como organismos colaboradores acreditados u optar a dicha acreditación.

118 Ver “Defensora de la Niñez por salida de Susana Tonda del Sename: Lo relevante no es la renuncia, sino que hacer una reforma estructural”, 4 de mayo de 2020. <<https://www.elmostrador.cl/dia/2020/05/04/defensora-de-la-ninez-por-salida-de-susana-tonda-del-sename-lo-relevante-no-es-la-renuncia-sino-que-hacer-una-reforma-estructural/>> [consulta en línea: 20.11.2020].

119 Ver “Defensora de la Niñez: Sin un cambio estructural, podrán seguir pasando directores del Sename”, 5 de mayo de 2020 <<https://www.meganoticias.cl/nacional/300705-defensoria-de-la-ninez-patricia-munoz-renuncia-susana-tonda-directora-sename.html>> [consulta en línea: 20.11.2020].

La situación de derechos de NNA mapuche y estudiantes secundarios son otros dos ejemplos que ilustran la grave crisis de derechos humanos que afecta a NNA, en general, y que se agudizó en el contexto del estallido y la crisis social de octubre de 2019. Por una parte, la situación de la niñez y adolescencia mapuche ha sido documentada por organismos internacionales, al menos, desde 2004, advirtiendo su sistematicidad¹²⁰, elementos que quedan graficados en este informe temático en los casos de violencia policial extrema por parte de Carabineros de Chile que acabó con la vida de niños mapuche menores de 18 años de edad, o se tradujeron en lesiones graves, apremios ilegítimos, tortura o, incluso, desaparición forzada, en contextos de impunidad, discriminación estructural y militarización permanente de comunidades mapuche.

En el caso de NNA estudiantes secundarios, la criminalización exacerbada del movimiento estudiantil, previa al estallido social, fue el anticipo de la respuesta estatal que desplegó el Gobierno desde una perspectiva beligerante, para aplacar las masivas protestas sociales que impulsaron, precisamente, estudiantes. El Estado recurrió a una violencia ilegítima que se tradujo en la más grave crisis de derechos humanos en el Chile postdictatorial¹²¹, con miles de víctimas de violencia policial ejercida, mayoritariamente, por parte de Carabineros de Chile, caracterizada por detenciones ilegales y arbitrarias, lesiones graves, traumas y mutilaciones oculares, uso indiscriminado de dispositivos antidisturbios, tortura, apremios ilegítimos, vejaciones y violaciones sexuales, amenazas, insultos, y asesinato.

Estas graves violaciones de derechos humanos fueron documentadas por organismos internacionales y nacionales en diversos informes de derechos

120 En este sentido, véase Human Rights Watch. *Indebido proceso: los juicios antiterroristas, los tribunales militares y los mapuche en el sur de Chile* (2004), Fundación ANIDE et al. *Informe sobre Violencia Institucional hacia la Niñez Mapuche en Chile, Resumen Ejecutivo* (2012), y CEJIL et al. "Informe sobre violencia policial contra niños, niñas y adolescentes mapuche e impunidad" (2015).

121 INDH. *Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social: 17 de octubre - 30 de noviembre 2019* (Santiago de Chile: INDH, 2019), 5.

humanos¹²², de acuerdo a lo cual se confirmó un universo de 602 casos de niñas, niños y adolescentes –registrados por la Defensoría de la Niñez entre el 18 de octubre de 2019 y el 22 de enero de 2020¹²³– que hoy son consideradas como víctimas de violaciones de derechos humanos en el contexto de estado de emergencia y movilizaciones sociales, lo que ratifica la extendida y profunda crisis de derechos humanos y de la institucionalidad vigente pensada para su protección.

Además, de acuerdo a un estudio de opinión llevado a cabo por la Defensoría de la Niñez, promocionando una cultura basada en el respeto, protección y promoción del ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, se consideró a 91 NNA con el propósito central de identificar y analizar los efectos que tuvo el establecimiento del estado de excepción en octubre de 2019 y la posterior crisis social en los niños, niñas y adolescentes, concluyéndose que “la violencia es un problema que afecta sus vidas, sus experiencias cotidianas y [NNA] observan con preocupación que esta aumente y no se pueda detener”¹²⁴ y “[I]a exposición a la violencia constituye una de las principales afectaciones sufridas por niños, niñas y adolescentes, y sus efectos traumáticos son un aspecto recurrentemente referido por los relatos que elaboran en torno a la crisis”¹²⁵.

La violencia contra niñas, niños y adolescentes jamás es justificable porque siempre puede prevenirse¹²⁶. El Estado y la sociedad, en su conjunto, han fallado en proteger a niñas, niños y adolescentes, así como en prevenir vulneraciones de sus derechos, durante estos años de vigencia de la Convención de Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificadas por Chile.

122 Organismos internacionales como la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y organizaciones no gubernamentales como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, constituyeron equipos y misiones especiales para monitorear la situación de derechos humanos en el país, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2019. Por su parte, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) y la Defensoría de la Niñez fueron los dos principales organismos nacionales de carácter autónomo que, en cumplimiento de sus respectivos mandatos legales, se dedicaron a monitorear las movilizaciones sociales y el actuar policial en Chile, apoyados por la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile.

123 Defensoría de la Niñez. *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto de Estado de Emergencia y crisis social en Chile: enero 2020*. Santiago de Chile: Defensoría de la Niñez, 2020.

124 Defensoría de la Niñez. *Estudio sobre efectos del estado de excepción y posterior crisis social 2019, en niños, niñas y adolescentes* (Santiago de Chile: Defensoría de la Niñez, 2020), 61.

125 Defensoría de la Niñez. *Estudio sobre efectos del estado de excepción y posterior crisis social 2019, en niños, niñas y adolescentes*, 62.

126 Naciones Unidas (Comité de los Derechos del Niño). *Observación general N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/13, párr. 3, lit. a).

Considerando que gran parte de las demandas y movilizaciones sociales en nuestro país desde el 18 de octubre de 2019 se articularon en torno a nociones de “No más abusos” y “Dignidad”, en un amplio sentido, es importante recordar que el Comité de Derechos del Niño ha señalado que “[e]l concepto de dignidad exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como ser humano único y valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad”¹²⁷.

La época democrática post-dictatorial se ha caracterizado por una extendida y profunda crisis de derechos humanos de NNA que el reciente contexto de estallido social y el actuar de los agentes del Estado, así como la crisis sociosanitaria generada por la pandemia del coronavirus COVID-19, han vuelto a exponer, reiterando la imperiosa necesidad de adoptar un modelo de protección integral de derechos, en consonancia con los estándares internacionales sobre niñez y adolescencia reseñados en este informe temático, de manera tal que niñas, niños y adolescentes estén libres, de manera efectiva, de toda forma de violencia en su contra, y sean plenamente reconocidos como sujetos titulares de derechos, escuchando sus opiniones, promoviendo su participación y considerando de forma primordial su interés superior.

Tres décadas de vigencia en Chile de instrumentos normativos de protección de derechos humanos de NNA, ratificados por el Estado, son más que suficientes para adquirir plena conciencia de la dimensión de los problemas críticos que afectan la esfera de derechos de niñas, niños y adolescentes. La base de una vida y salud dignas para ellos exige una profunda reflexión sobre aspectos profundizados a lo largo de este informe temático, con el fin de adoptar una protección integral de sus derechos.

127 Naciones Unidas (Comité de los Derechos del Niño). *Observación general N° 13*, párr. 3, lit. c).



UNIVERSIDAD
DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
