

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 28 de agosto de 2017 - Sesión Ordinaria N° 377.

I. Resumen Ejecutivo

El proyecto de ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez se enmarca en un conjunto de iniciativas legislativas presentadas por el Poder Ejecutivo que se encuentran actualmente en tramitación en el Congreso y que tienen por objeto adecuar nuestro ordenamiento jurídico e institucionalidad a los estándares internacionales sobre protección de los derechos de la niñez. Dichos estándares se encuentran contenidos principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por Chile en 1990¹.

El presente informe da cuenta de antecedentes que explican la presentación del proyecto, para a continuación centrarse en los contenidos del mismo en su fase actual de tramitación, y realizar comentarios desde los estándares internacionales de derechos humanos (consagrados en la CDN y desarrollados tanto en observaciones generales y particulares a Chile por el Comité de los Derechos del Niño (el Comité), como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos -En anexo al final del informe-), Por último, el informe propone algunas conclusiones sobre aspectos que se deben considerar durante la tramitación legislativa que le resta al proyecto.

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (el INDH), considera que este proyecto responde a una necesidad que es evidente desde la ratificación de la CDN en Chile, pero que en definitiva no da cuenta de todas las reformas necesarias de implementar en cuanto al establecimiento de un adecuado sistema de protección a la luz de los estándares pertinentes.

II. Antecedentes

Desde que Chile ratificó la CDN en agosto de 1990², se han impulsado importantes reformas en materia de infancia³, A pesar del reconocimiento de ese conjunto de avances parciales, hay que

1 Esta iniciativa se vincula con otros proyectos de ley: el que modifica la Ley N° 20.530 sobre el Ministerio de Desarrollo Social, para crear una Subsecretaría de la Niñez (Boletín N° 10314-06); el que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez (Boletín N° 10584-07); el que crea el Servicio Nacional de Protección especializada de niños y niñas y modifica normas legales que indica (Boletín N° 11.176-07), y el 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 (Boletín N° 11.174-07). Mediante este conjunto de proyectos se procura dar cumplimiento a las obligaciones contraídas internacionalmente en 1990, dirigidas a respetar, promover y proteger los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

2 Mediante el Decreto 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 27 de septiembre de 1990.

señalar que sigue pendiente una adecuación general y plena de nuestro ordenamiento jurídico a los estándares de protección de derechos de la niñez que se plasman en CDN y otros instrumentos internacionales pertinentes. La insuficiencia de las reformas emprendidas y efectivizadas hasta ahora influyen directamente en la situación de la infancia y adolescencia en Chile, y resulta tanto más urgente de enmendar si consideramos las gravísimas vulneraciones que sufren en sus derechos miles de niños, niñas y adolescentes (“NNA”) en nuestro país⁴.

En su Informe Complementario presentado en 2015 al Comité de los Derechos del Niño el INDH hizo ver que “el Estado chileno aún no cuenta con una política integral de infancia que aborde tanto la promoción como la protección de los derechos de los NNA, ni ha adecuado aún su institucionalidad y sus normas conforme a la Convención de los Derechos del Niño”⁵.

Por su parte, el Comité ha reiterado desde su primer informe de recomendaciones al Estado de Chile en el año 1994⁶ al último en el 2015⁷ la necesidad de una revisión y reforma integral de la legislación e institucionalidad interna en materia de infancia. En el 2007 manifestó su preocupación por la vigencia de la Ley de Menores y la inexistencia de un instrumento que proteja de forma integral a los NNA, recomendando al Estado de Chile que “(...)ultime con celeridad el proceso de reforma de la Ley de menores de 1967 a fin de brindar una protección integral a todos los niños”⁸, reiterando esto en su siguiente Observación, insistiendo al Estado “que concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre la

3 Entre las que se destacan la Ley N° 19.585 de 1998 sobre igualdad filiativa de los hijos; Ley N° 19.876 de 2003 que contiene reformas constitucionales que establecen la obligatoriedad y gratuidad de la educación media; Ley N° 20.710 de 2013 sobre obligatoriedad del segundo nivel de transición y sistema de financiamiento gratuito desde el nivel medio menor; Ley N° 19.968 de 2004 sobre implementación de tribunales de familia; Ley N° 20.084 de 2005 que crea el sistema de responsabilidad penal adolescente; Ley N° 20.379 de 2009 que crea el Subsistema de Protección Integral Chile Crece Contigo; Ley N° 20.536 de 2011 sobre promoción de la buena convivencia escolar y de prevención de toda forma de violencia en las escuelas; Ley N° 20.545 de 2011 sobre fortalecimiento de la protección a la maternidad, extensión del post natal para las madres e incorporación del permiso post natal parental; Ley N° 20.526 de 2011 sobre sanción del acoso sexual infantil, pornografía y posesión de material pornográfico infantil; la Ley N° 20.609 de 2012 que establece medidas contra la discriminación; Decreto 21 del Ministerio Secretaría General de Gobierno de 2014 que crea el Consejo Nacional de la Infancia, entre otras.

4 En su Informe Anual 2016 (páginas 125 a 130) el INDH aborda latamente la situación de extrema vulnerabilidad de los NNA en programas bajo supervisión o cuidado de SENAME, lo que resulta de mayor gravedad considerando que según cifras del propio SENAME entre enero y septiembre de 2016 este ha atendido en sus programas a 159.332 niños, niñas y adolescentes.

5 INDH, Informe Complementario al 4° y 5° Informe del Comité de los Derechos del Niño, marzo de 2015, párr. 3.

6 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/15/Add.22, de 22 de abril de 1994. En el párrafo 14 se recomienda “que el Gobierno realice esfuerzos especiales para armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención y también para garantizar, a la luz de los principios generales de ésta, como se establece en su artículo 3, que los mejores intereses del niño sean la consideración principal en todas las medidas que afecten a los niños, incluidas las que adopte el Parlamento”.

7 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2 de octubre de 2015.

8 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007, párr. 8. Cabe agregar que si bien la Ley de Menores (16.618) es de 1967, en rigor se trata de la versión refundida y sistematizada de reformas legales que durante esa década se habían efectuado a la Ley original, la N° 4.447, que data de 1928.

protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño”⁹.

Así, el establecimiento en nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de garantías de los derechos de la niñez debe entenderse como un componente urgente y fundamental de una política integral que tenga por objeto la promoción y protección de la infancia y adolescencia según un enfoque de derechos que se encuentra en las recomendaciones internacionales realizadas.

Durante el mandato de la Presidenta Michelle Bachelet se crea el Consejo Nacional de la Infancia, un Comité interministerial cuyo principal objetivo es asesorar al Presidente de la República en la formulación de medidas que garanticen, promuevan y protejan los derechos de NNA, pudiendo recomendar modificaciones normativas para dicho fin. En este contexto es que el Poder Ejecutivo presentó el proyecto de Sistema de Garantías de la Niñez a la Cámara de Diputados el 24 de septiembre de 2015. El segundo trámite constitucional se inició el 2 de mayo del 2017, pasando la tramitación al Senado.

III. Estándares internacionales de derechos humanos en materia de infancia

La CDN es el tratado internacional de derechos humanos más ratificado a nivel mundial¹⁰, y es el principal instrumento internacional relativo a derechos de niños, niñas y adolescentes¹¹. Este instrumento es en cierta forma el eslabón más alto de reconocimiento de la condición jurídica de los niños, niñas y adolescentes alcanzado en el siglo XX. Como ha destacado la Corte IDH, “el primer instrumento internacional relativo a aquellos fue la Declaración de Ginebra de 1924 (...) En ésta se reconoció que la humanidad debe dar a los niños lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia”¹². La Corte recuerda que alrededor de 80 instrumentos internacionales relativos a diversos aspectos de la protección de la infancia fueron aprobados durante el siglo XX, sea dentro de instrumentos generales o en instrumentos destinados específicamente a cuestiones que afectan a niños y niñas

9 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2 de octubre de 2015, párr. 9.

10 En el 2016 ya contaba con 196 Estados Parte.

11 Como instrumento específicamente destinado a regular la condición jurídica de niños, niñas y adolescentes la CDN complementa normas generales contenidas en otros instrumentos generales, como los artículos 16.3, 25.2 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual se reconoce que los Estados Partes “deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. (...)”, agregando en su artículo 12.2 a) que “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, párr. 25.

(trabajo infantil, justicia juvenil, educación, etc.)¹³, incluyendo el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Convenios sobre OIT sobre trabajo infantil y adolescente (básicamente el 138 y el 182), y la Convención sobre los Derechos del Niño, con sus hasta ahora tres Protocolos facultativos (todos ellos suscritos por Chile).

La relevancia de la CDN como instrumento decisivo en esta materia radica en el cambio de paradigma que ella propone en la relación de la sociedad y el Estado con los niños, niñas y adolescentes, posibilitando el paso desde una concepción tradicional que era dominante en nuestro medio, según la cual son entendidos como meros objetos de protección, a una que los reconoce como sujetos de derecho, que ameritan una protección especial¹⁴.

1. Sobre los Principios de la Convención sobre los Derechos del Niño

En cuanto a la necesidad de diseñar una política pública integral para hacerse cargo de todos los niveles de protección de la niñez, la CDN señala en su artículo 4 que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. De esta manera, una política con estas características tendrá que asegurar el pleno goce de los derechos consagrados en la Convención sobre la base de sus cuatro principios fundamentales: la no discriminación; el interés superior de la infancia; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por la opinión de los niños y niñas.

Por su parte, en virtud del artículo 42 de la CDN los estados partes “se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños”.

En cuanto a orientaciones más precisas de política pública, ha sido el Comité de Derechos del Niño, creado por la CDN, el órgano de Naciones Unidas que más ha podido detallar estas obligaciones estatales, mediante diversas Observaciones Generales, que a la fecha ya suman 20, incluyendo la N° 19 que es una Observación conjunta entre este Comité y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁵.

¹³ *Ibíd.*, párr. 26. Ver el detalle de esos 80 instrumentos (hasta el 2002) incluido en el listado de la nota N° 19.

¹⁴ En el Preámbulo de la CDN se señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En el contexto latinoamericano y desde inicios del siglo XX el modelo tradicional de “derecho de menores” entendía las “medidas de protección” de una manera que no consideraba a los niños y niñas como sujetos de derechos, y que por lo mismo, aunque aplicaba medidas que materialmente eran muy similares a las sanciones penales, no respetaba en su aplicación garantías mínimas procesales ni de fondo. Al respecto, ver la solicitud de Opinión Consultiva que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo a la Corte IDH, y que resultó en la elaboración de la Opinión Consultiva 17 del año 2002, tal cual se sintetiza en los párrafos 1 a 4.

¹⁵ N° 1: sobre Propósito de la educación; N° 2: El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño; N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño; N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño; N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; N° 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen; N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia; N° 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo cruces o degradantes; N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad; N° 10: Los derechos del niño en la justicia

El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la segunda parte del artículo 4 de la CDN; ya referido, de la siguiente forma: “La segunda frase del artículo 4 refleja la aceptación realista de que la falta de recursos, financieros y de otra índole, puede entorpecer la plena aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales en algunos Estados; esto introduce la idea de la "realización progresiva" de tales derechos: los Estados tienen que poder demostrar que han adoptado medidas "hasta el máximo de los recursos de que dispongan" y, cuando sea necesario, que han solicitado la cooperación internacional”¹⁶.

El Comité ha indicado que para adoptar una perspectiva basada en los derechos de los niños, niñas y adolescentes se requiere la aplicación efectiva de toda la CDN, particularmente considerando las siguientes disposiciones, que a partir de la Observación General N° 5 el Comité ha elevado a la categoría de “principios generales”¹⁷:

i) Principio de Igualdad y No discriminación: Consagrado en el artículo 2 sobre la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la CDN y de asegurar su aplicación a cada NNA sujeto a su jurisdicción, sin distinción. Sobre esto, el Comité estima “fundamental que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva”¹⁸, para lo cual el deber de efectuar una “revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituye una obligación”¹⁹. Además, el Comité señala que “hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico”²⁰.

de menores; N° 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención; N° 12: El derecho del niño a ser escuchado; N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; N° 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1); N° 15: sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24); N° 16: sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño; N° 17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31); N° 18: sobre prácticas nocivas, adoptaba conjuntamente con Comité CEDW (N°31); N° 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos de los niños; N° 20: sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, párr. 7

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 1.

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 18.

²⁰ *Ibíd.*, párr. 12. El Comité de los Derechos del Niño ha enfatizado la importancia de que la intervención del Estado tome en consideración aquellos grupos que se encuentren en una situación de vulnerabilidad de sus derechos. Indicando al respecto que “[s]erá necesario concentrarse especialmente en determinar los grupos de niños marginados y desfavorecidos y darles prioridad. El principio de no discriminación enunciado en la Convención exige que todos los derechos garantizados por la Convención se reconozcan para todos los niños dentro de la jurisdicción de los Estados, (...) [pero] el principio de no discriminación no impide que se adopten medidas especiales para disminuir la discriminación” (*Ibíd.* párr. 30). Por tanto, no bastará para dar cumplimiento con los imperativos internacionales que el Estado se abstenga de vulnerar el principio de igualdad y no discriminación, si no que, será necesario la adopción de especiales medidas de protección, garantía y promoción de este principio en ayuda de grupos desfavorecidos, como niñas, niños, niñas y adolescentes indígenas, en condición de discapacidad, migrantes y otros.

ii) Interés Superior del Niño: En el artículo 3, párrafo 1, se consagra el interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas que le conciernan. En su Observación General N° 14, referida específicamente a este principio, el Comité ha indicado que esta disposición establece uno de los valores fundamentales de la CDN, cuyo objeto es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por esta, para lo cual debe entenderse como un triple concepto: como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento²¹.

También resulta de interés constatar que cuando la CDN consagra el principio del interés superior del niño en su artículo 3, se refiere en forma bastante amplia a sus destinatarios: instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos. A su vez, en el artículo 18 extiende la aplicabilidad de dicho principio también al ámbito familiar;

iii) Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: El artículo 6, sobre el derecho intrínseco a la vida de NNA y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo de estos, entendiendo “desarrollo” en su sentido más amplio, “como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”²².

Además cabe tener en cuenta que la Corte IDH entiende el derecho a la vida en un sentido amplio, señalando que: “En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”²³;

iv) Respeto por la opinión de los niños y niñas: En el artículo 12 se reconoce que NNA son plenos sujetos de derecho, se consagra el derecho a que estos expresen su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten y el subsiguiente derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Según el Comité este es uno de los valores fundamentales de la CDN, artículo en cuyo contenido se consagra tanto el derecho de cada niño a ser escuchado individualmente como el derecho a ser escuchado aplicable a un grupo de niños, niñas y/o adolescentes²⁴. **v)** Mediante el reconocimiento del derecho de los niños, niñas

²¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 1, 4 y 6.

²² Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 5 “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, 34 periodo de sesiones, párr. 12.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre de 1999, párrafo 144. En el párrafo 191 se señala además que: “Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión: En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párr. 2, 9, 17 y 18.

y adolescentes a la participación donde se aprecia la mayor diferencia entre su condición jurídica actual como sujetos de derecho y la concepción tradicional que no les reconoce tal calidad. En rigor, lo que consagra el artículo 12 de la CDN, según lo señala el Comité en el título de la Observación del mismo número, es el “derecho del niño a ser escuchado”²⁵. Según el Comité, se trata de “una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos”²⁶, que “no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos”²⁷. La evolución actual del derecho internacional de los derechos humanos va mucho más allá de entender este derecho a ser oído como algo que puntualmente cobra sentido en determinados casos en que resulta necesario consultar la opinión de un niño niña en particular.

Por último, es necesario tener en cuenta que el derecho/principio regulado en el artículo 12 de la CDN se relaciona directamente con otras disposiciones que reconocen derechos y libertades civiles de los NNA, “especialmente el artículo 13 (derecho a la libertad de expresión) y el artículo 17 (derecho a la información)”²⁸, y cabría además tener en cuenta el artículo 14 (libertad de pensamiento, consciencia y religión), y el artículo 15 (libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas).

De esta manera, la Observación General N° 5 del Comité hace ver que en virtud del derecho internacional los Estados que ratifican la CDN asumen la obligación de darle aplicación. La aplicación es definida como “el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para

²⁵ Art. 12: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009, párr. 1.

²⁷ *Ibid.*, párr. 2.

²⁸ *Ibid.*, párr. 68.

El artículo 13 señala que: “1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

Por su parte, el artículo 17 de la CDN reconoce “la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”.

garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción”²⁹.

Dentro del nivel más general de la obligación de aplicar la CDN, además de la necesidad de adaptar la legislación interna, otro conjunto de medidas que deben adoptarse incluye “el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles”³⁰.

En síntesis, y tal como se señala en el párrafo 9, estas medidas “tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados”³¹.

2. Sobre el *Corpus Juris* internacional de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes

Desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una disposición general en su artículo 19, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. En consideración a lo genérica de esta norma, la Corte IDH ha declarado que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”³², idea que ha sido reiterada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a propósito del mismo fallo, al indicar que la existencia de un *corpus juris* integrado por la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño de protección de los derechos de las personas menores de 18 años importa reconocer “una conexión sustantiva entre ambas normas, que obliga a su aplicación conjunta”³³. La integración del sistema regional con el universal no solo significa considerar la CDN, “sino también las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato”³⁴, agregando que “tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en materia de niñez sino

²⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 1.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, párr. 9.

³² Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 194.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, OEA/Ser.L/V/II.135, 5 de agosto de 2009, párr. 17.

³⁴ *Ibid.*, párr. 21.

también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de las niñas y los niños”³⁵. Así, entonces, la protección integral y efectiva del ejercicio de los derechos de NNA exige a los estados respetar este *corpus juris* en toda su dimensión.

3. Sobre el derecho de protección familiar y el rol de las instituciones

De gran importancia en la labor de precisar los alcances de estos nuevos estándares a nivel regional es la Opinión Consultiva 17 de la Corte IDH, emitida el año 2002 sobre la condición jurídica y los derechos humanos de los niños. Esta opinión, se hace cargo de los estándares de protección de los derechos de los NNA, actualizados y desarrollados a la luz de la CDN, que vino a otorgar mucha mayor precisión a lo que muy sintéticamente contemplaba el artículo 19 de la Convención Americana. Además, marca una diferencia esencial con la manera en que tradicionalmente se había entendido la “protección de menores” en el continente, desde el marco de doctrinas como la del “menor en situación irregular”, de orientación positivista, que no concebían a los NNA como sujetos de derecho.

En el punto VIII de esta Opinión la Corte IDH desarrolla la inter-relación entre familia, sociedad y Estado a efectos de la adopción de medidas especial de protección, pues entiende que ella corresponde “tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”³⁶.

La idea de que es la familia el núcleo central de protección de los NNA, y que el Estado debe apoyarla en su rol, por ser el elemento natural y fundamental de la sociedad, es según la Corte IDH “un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁷, que estaría consagrado en los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 17.1 de la Convención Americana. Así aparece expresado también en la declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social, de 1969, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en cuyo artículo 4 se señala que “la familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad”³⁸.

Particularmente relevante es lo que se señala en esta Opinión respecto al concepto de familia. Citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, se sostiene que éste “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”³⁹, y de acuerdo a varias sentencias de la propia Corte

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/2002, de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño. Punto VIII.- Deberes de la familia, la sociedad y el Estado. Párr. 62.

³⁷ *Ibíd.*, Párrafo 66.

³⁸ *Ibíd.*, Párrafo 68.

³⁹ *Ibíd.*, Párrafo 69.

IDH, se señala que “el término ‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”⁴⁰.

A partir de esas consideraciones centrales, los Párrafos 71 a 77 de la Opinión Consultiva 17 se refieren a la excepcionalidad de la separación de los niños de su medio familiar, concluyendo que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia”, y que “en todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”⁴¹.

Otra consecuencia importante a efectos de precisar las obligaciones estatales en la materia, es que la protección eficaz y oportuna de los intereses del niño y la familia “debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”⁴², y que “no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”⁴³. Tampoco basta con “disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”⁴⁴.

También debe destacarse la concepción amplia del derecho a la vida que sostiene la Corte IDH (ya expresada en 1999, en la sentencia del caso Villagrán Morales y otros contra Guatemala), y en virtud del cual extrae varias consecuencias en cuanto a la necesidad de adoptar obligaciones positivas de protección. Relacionando los artículos 1.1 y 19 de la Convención Americana con la CDN, la Corte IDH señala que “los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos”, lo cual “requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural”⁴⁵.

4. Sobre la prohibición del trabajo infantil

En otra área de derechos ligados a la protección especial de los NNA cabe referirse brevemente al artículo 32 de la CDN, dado que el proyecto de ley, como se verá posteriormente, aborda aspectos relativos al trabajo infantil. En esta disposición se reconoce “el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”, debiendo el Estado adoptar para ello una serie de medidas, que incluyen la fijación de edades mínimas para trabajar⁴⁶. Dicha disposición debe

⁴⁰ *Ibíd.*, Párrafo 70.

⁴¹ *Ibíd.*, Párrafo 77.

⁴² *Ibíd.*, Párrafo 78

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*, Párrafo 79.

⁴⁵ *Ibíd.*, Párrafo 88.

⁴⁶ Art. 32.2: “Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b)

necesariamente ligarse con los instrumentos de la OIT en materia de trabajo infantil, principalmente con el Convenio N° 138 (1973) sobre la edad mínima de admisión al empleo, que en su Preámbulo habla de que “ha llegado el momento de adoptar un instrumento general sobre el tema que reemplace gradualmente a los actuales instrumentos, aplicables a sectores económicos limitados, con miras a lograr la total abolición del trabajo de los niños”⁴⁷. En virtud del artículo 1 del Convenio 138 los Estados se comprometen a “seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”. Posteriormente, la OIT adoptó un nuevo instrumento, más acotado: el Convenio N°182, sobre “peores formas de trabajo infantil”, señalándolas como un objetivo prioritario a abolir, pero sin renunciar a la política progresiva de abolición del trabajo infantil⁴⁸.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño en su Observación general N° 16, sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño señala en su párrafo 4 que “es necesario que los Estados tengan marcos jurídicos e institucionales adecuados que respeten, protejan y hagan efectivos los derechos del niño, y que proporcionen recursos en caso de violación de los derechos en el contexto de las actividades y operaciones empresariales. En este sentido, los Estados deben tener en cuenta que: a) La infancia es un período excepcional de desarrollo físico, psíquico, emocional y espiritual, y las violaciones de los derechos del niño, como la exposición a la violencia, al trabajo infantil o a productos peligrosos o riesgos medioambientales, pueden tener consecuencias permanentes, irreversibles e incluso transgeneracionales”. Además, agrega que, si bien “actualmente no hay ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las responsabilidades del sector empresarial en relación con los derechos humanos”, “el Comité considera que las obligaciones y las responsabilidades de respetar los derechos del niño se extienden en la práctica más allá de los servicios e instituciones del Estado y controlados por el Estado y se aplican a los actores privados y a las empresas”⁴⁹.

Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo”.

⁴⁷ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 138 sobre edad mínima de admisión al empleo (1973). Ratificado por Chile el 1 de febrero de 1999, señalando como edad mínima de admisión al empleo los 15 años de edad.

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 182 sobre peores formas de trabajo infantil (1999). Ratificado por Chile el 17 de julio del 2000. En su Preámbulo se considera “la necesidad de adoptar nuevos instrumentos para la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, principal prioridad de la acción nacional e internacional, incluidas la cooperación y la asistencia internacionales, como complemento del Convenio y la Recomendación sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973, que siguen siendo instrumentos fundamentales sobre el trabajo infantil”. El artículo 3 señala como peores formas de trabajo infantil las siguientes categorías: “(a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; (c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 16, sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, CRC/C/GC/16, 2013, párr. 8.

Dando aplicación al a referido art. 32 de la CDN, se señala que: “Los Estados deben regular las condiciones de trabajo y establecer salvaguardias que protejan a los niños de la explotación económica y de trabajos que sean peligrosos, interfieran en su educación o afecten a su salud o a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Estos trabajos suelen encontrarse, aunque no exclusivamente, en el sector no estructurado de la economía y en las economías familiares. Por tanto, los Estados están obligados a elaborar y ejecutar programas destinados a las empresas en esos contextos, entre otras cosas haciendo cumplir las normas internacionales sobre la edad mínima para trabajar y las condiciones adecuadas de trabajo, invirtiendo en educación y formación profesional y prestando apoyo para lograr una transición satisfactoria de los niños al mercado laboral”⁵⁰.

IV. Contenido del proyecto de ley

En el Mensaje Presidencial, el proyecto alude a la necesidad de dar aplicación a la CDN, a 25 años de su ratificación, y a la superación de “la concepción tutelar que se tenía de los niños antes de su entrada en vigor”. Indica que el nuevo paradigma del “niño como una persona capaz de gozar y ejercer sus derechos por sí mismo, en consonancia con la evolución de sus facultades” hace necesario establecer “(...) un sistema que garantice y proteja de manera integral y efectiva el ejercicio de los derechos de los niños”. Por ello este proyecto “(...) pretende dotar al país de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales, orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, considerando su identidad cultural y su pertenencia a pueblos indígenas”. El Mensaje asume que se trata de una “ley marco” pues se ha optado “por una ley que sienta las bases generales del sistema de garantías de los derechos de la niñez”.

A continuación, se analizará de manera crítica el proyecto de ley en cuestión en base a los estándares internacionales de derechos humanos, fundamentalmente la CDN y las observaciones generales del Comité de los Derechos del niño sobre la materia.

V. Observaciones al proyecto de ley

En principio el proyecto es valorable porque pretende dar cumplimiento a obligaciones del Estado de Chile contraídas hace casi 3 décadas, y que han sido señaladas insistentemente por el Comité de Derechos del Niño al revisar el grado de cumplimiento de la CDN.

Lo que el proyecto hace en gran medida es consagrar a nivel interno y de manera más sistemática el conjunto de principios y derechos que se han ido reconociendo y elaborando gradualmente tanto a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como de la doctrina jurídica que se ha dedicado al tema de la nueva condición jurídica de la infancia y sus diferencias con la concepción tutelar o tradicional. Dicho esfuerzo no resulta nada despreciable, toda vez que gran parte del ámbito de la infancia depende de una compleja tarea de construcción jurídica del nuevo paradigma, que necesita entre otras cosas de correctos criterios de interpretación y aplicación, teniendo que revisar constantemente el nivel de contradicción que existe entre ambas

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 37.

concepciones aún en tensión (el menor como objeto de protección versus niños y niñas como sujetos de derechos), y la manera en que cada una incide más o menos directamente en la realidad.

En materia de los diversos derechos de NNA que son consagrados en este proyecto de ley, hay algunos que merecen comentarios críticos desde un enfoque de derechos humanos.

Una primera cuestión que resulta llamativa es que a diferencia del art. 4 de la CDN, que consagra la efectividad de todos los derechos incluidos en su texto y sólo en relación a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) contempla posibles limitaciones mediante la fórmula ya aludida⁵¹, el art. 2 del actual proyecto de ley señala en su inciso cuarto que: “Corresponde a los órganos de la Administración del Estado, en el ámbito de sus competencias, hasta el máximo de los recursos disponibles en el país, debiendo, en caso de no ser suficientes, acudir a la cooperación internacional, en especial, en su versión de colaboración institucional, en particular:

- a) Garantizar, en condiciones de igualdad, el libre y pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, para lo cual adoptarán las políticas, planes y acciones necesarias para esos fines.
- b) Proveer programas, asistencia y apoyo a los padres y/o madres, y a las familias en el ejercicio de su responsabilidad sobre los niños.
- c) Facilitar y promover la participación de la sociedad civil y sus organizaciones en el cumplimiento de los objetivos de esta ley.
- d) Promover el restablecimiento de los derechos cuyo ejercicio se haya visto privado o limitado por la falta o insuficiencia del desarrollo de los derechos y deberes que competen a los padres y/o madres, y a las familias.
- e) Dar prioridad a los niños vulnerados en sus derechos, sin discriminación alguna, en el acceso y uso a todo servicio, prestación y recursos de toda naturaleza, sean públicos o privados necesarios para su completa rehabilitación, en las debidas condiciones de seguridad y dignidad. El Estado tomará las medidas pertinentes, en caso de ser necesario, para el acceso y uso de recursos particulares y comunitarios, nacionales o convenidos en el extranjero.
- f) Promover el restablecimiento de los derechos de los niños vulnerados por terceros distintos de los padres y/o madres, su familia, sus representantes legales o quienes los tuvieren legalmente a su cuidado”.

De esta forma, lo que a nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos es una cláusula propia de los DESC, en virtud de la cual los Estados pueden justificar su no exigibilidad inmediata dentro de ciertos límites, se consagra acá como una cláusula general, relativa a todos los derechos consagrados y obligaciones estatales de ello resultantes, lo cual si bien a simple vista pareciera reforzar la obligatoriedad de estos derechos, en realidad pone en riesgo y posibilita que se debilite la satisfacción efectiva del conjunto de derechos de los que son titulares niños, niñas y adolescentes, condicionándola a una “satisfacción progresiva”.

⁵¹ “En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

En cuanto a los derechos específicamente incorporados, cabe señalar que el **derecho a ser oído (art. 21)** no va aparejado de instancias formales específicas en que NNA puedan hacer valer sus opiniones, y tampoco se propone una modificación de la Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y participación Ciudadana en la Gestión Pública.

Además, los términos en que se formula el **derecho a la participación (art. 24)** se plantean de modo tan similar al derecho a ser oído que no recoge su diferencia (entendiendo la participación como un proceso permanente, en los términos señalados por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 12), la que se acrecienta si tenemos en cuenta que en su inciso final se incluye también el derecho de asociación.

El **derecho de asociación** ameritaría una consagración autónoma, teniendo en cuenta que en las Recomendaciones del Comité a Chile se “(...) expresa preocupación por la actitud represiva del Estado al hacer frente a las manifestaciones estudiantiles que tuvieron lugar en 2011-2012”⁵², y que así en el Informe complementario presentado por el INDH al Comité se da cuenta de que la detención de adolescentes en marchas, además de carecer de fundamentación jurídica, opera como un mecanismo ilegítimo para disuadir y controlar manifestaciones, situación que se agrava al constatar las agresiones a que dan lugar las detenciones tanto en su práctica como en el trayecto y permanencia en las comisarías⁵³.

Respecto a la interrelación de derechos, el **derecho a la información (art. 27)** debe relacionarse con el **derecho a la salud (art.29)**, en tanto este último consagra el derecho de los NNA a ser informados sobre su estado de salud, tratamientos y circunstancias de su internación, derecho que el proyecto enfatiza correctamente tratándose de NNA en situación de discapacidad. De manera de armonizar este derecho en nuestra legislación, y tal como el INDH ya lo ha advertido, es necesario que la Ley N° 20.584, sobre Derechos y Deberes de los Pacientes incluya un acápite en materia de NNA⁵⁴.

Sobre la **protección contra la violencia (art.28)** en relación a la **libertad personal y ambulatoria (art.33)** debe tenerse presente que la CDN consagra expresamente en su artículo 20 el derecho a la protección de los niños y niñas privados de su medio familiar. Esta norma reconoce la obligación del Estado de proporcionar protección y cuidado especial en instituciones adecuadas de protección de menores⁵⁵, y haría aconsejable que el proyecto consagre expresamente el derecho de los NNA privados de su medio familiar a una especial protección, especificando los deberes concretos que le caben al Estado.

⁵² *Ibidem*, párr. 36.

⁵³ INDH, Informe Complementario, op. cit., párr. 13 a 15.

⁵⁴ *Ibidem*, párr. 8.

⁵⁵ Sobre esta obligación el Comité ha recomendado a Chile que “Garantice una revisión periódica de los internamientos de niños en instituciones y de su colocación en hogares de acogida, y supervise la calidad de la atención que reciben en esos entornos, entre otras cosas ofreciendo vías accesibles y adaptadas a las necesidades de los niños para denunciar, vigilar y remediar situaciones de malos tratos a menores; Adopte las medidas necesarias para prevenir e impedir la violencia contra los niños en las instituciones y los hogares de acogida, y; Asegure una asignación suficiente de recursos humanos, técnicos y financieros a centros de cuidados alternativos y servicios pertinentes de atención al niño para facilitar la rehabilitación y la reintegración social de los niños que residen en ellos, en la mayor medida posible”. Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Finales: Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5, 2 de octubre de 2015, párr. 55.

Se contempla también en el título del artículo 33 del proyecto la **“protección contra la explotación económica y el trabajo infantil”**. Lo llamativo es que luego de dicho título, el derecho que efectivamente se consagra en dicho artículo es el de “estar protegidos contra la explotación económica y contra las peores formas de trabajo infantil”. Hay una diferencia relevante y de fondo entre ambas frases, porque lo que se anuncia en el título es la protección contra el trabajo infantil en general, pero lo que en definitiva se consagra es la protección únicamente contra sus “peores formas”. Como ya mencionamos, en virtud del artículo 1 del Convenio 138 los Estados se comprometen a “seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores”. En cambio, las llamadas “peores formas de trabajo infantil” consisten en un listado bastante acotado de trabajos que por su extrema nocividad ameritaron que la OIT elaborara en 1999 un Convenio espacial sobre la materia (el N°182), señalándolas como un objetivo prioritario a abolir, pero sin renunciar a una política progresiva de abolición del trabajo infantil en general. El reducir el compromiso del Estado a la erradicación sólo de las peores formas de trabajo infantil es claramente una rebaja de los estándares de protección contemplados en el artículo 32 de la CDN, y nos alerta sobre los riesgos de proyectos de ley como el que estamos comentando, que optan por reiterar a nivel interno derechos que ya están consagrados a nivel internacional, no siempre enriqueciendo su contenido.

Es valorable que se incluya dentro del listado de derechos las **“medidas de prevención y protección del embarazo, maternidad y paternidad de menores de 18 años”** (art. 37), que incluyen obligaciones para el Estado y que alcanzan a los establecimientos de educación, señalando expresamente la prohibición de impedir el acceso o permanencia en estos establecimientos en razón de embarazo, maternidad o paternidad. Con todo, aunque se menciona el derecho a una educación sexual integral y responsable, no se señala quiénes serían los responsables de otorgarla (los padres, el Ministerio de Educación o Salud, u otro). Así su ejercicio puede verse impedido, por ejemplo, en establecimientos educativos privados que adopten un enfoque restrictivo y limitado sobre educación sexual. Por ello, la educación sexual, en tanto derecho, debería consagrarse expresamente como una obligación para los establecimientos educacionales. Además, sin perjuicio de que se establecen derechos relacionados con la maternidad, el proyecto no incorpora el respeto a la confidencialidad y privacidad como garantías de los adolescentes, así como tampoco el reconocimiento de su derecho a la salud sexual y reproductiva.

En relación a los **derechos de NNA indígenas**, el proyecto promueve la necesidad de una especial protección de éstos (art. 2 inciso 5°), así como su derecho a la identidad (art. 19 inciso 2°⁵⁶). La situación de este grupo, dada su especial vulnerabilidad, requiere de un impulso al reconocimiento de su condición especial, sobre todo en el contexto de vulneraciones sistemáticas a los derechos de NNA indígenas, quienes han sufrido el uso desmedido de fuerza en el contexto de movilizaciones, afectaciones a su integridad física, síquica y a su derecho al debido proceso, tal

⁵⁶“Los niños que pertenezcan a colectivos étnicos, indígenas, religiosos o lingüísticos tienen derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a intervenir en los procedimientos de consulta cuando lo establezca la ley”.

como el INDH lo ha observado en reiterados documentos, particularmente el Informe Complementario entregado al Comité⁵⁷.

Donde el proyecto ha resultado más mermado en relación a su forma original es en lo relativo a la creación del llamado “**Sistema de protección administrativa y judicial**”. El Título III del proyecto presentado contenía un primer párrafo con “reglas generales” (arts. 25 a 30), un segundo párrafo sobre la protección administrativa (artículos 31 a 35), y el tercero sobre protección judicial (art.36). En dicho diseño se entregaban al Ministerio de Desarrollo Social competencias para adoptar medidas de protección en casos de privación o vulneración de derechos de NNA, y las hipótesis de intervenciones judiciales se acotaban a la revisión de decisiones administrativas, según procediera, y a la adopción de medidas que impliquen separar al niño/a de uno o ambos padres o de las personas que lo tengan a su cuidado. Sin embargo la falta de precisión respecto a las competencias, hipótesis de intervención, plazos, formalidades y el carácter de las medidas propuestas en el procedimiento administrativo fueron objeto de importantes cuestionamientos, por lo que el Título III se reemplazó íntegramente durante su tramitación legislativa, quedando primero su contenido reducido a la formulación de principios generales, para en la versión actual, de 2 de mayo de 2017, quedar a su vez reducido a dos breves artículos (37 y 38), que se refieren solamente al derecho a defensa jurídica especializada y autónoma ante tribunales y entes administrativos, y al deber general de los órganos de la Administración del Estado de proveer dentro del ámbito de su competencia “los servicios sociales que correspondan para propender a la plena satisfacción de los derechos de los niños en forma oportuna y eficaz”. Dicha evolución deja al proyecto en condiciones tan modestas que difícilmente se podría entender que el conjunto de este articulado estructure en efecto un “sistema de protección administrativa y judicial”.

El **Título IV sobre Institucionalidad** también sufrió una significativa reducción de contenidos, desde un primer párrafo con 7 artículos referidos a las “instituciones participantes” y el segundo párrafo con un artículo referido a la “participación ciudadana y de los niños”, a un único artículo, el 39, sobre “principio de participación, colaboración ciudadana y participación de los niños”.

De acuerdo a la norma subsistente, los órganos de la Administración del Estado “propenderán” a la creación de procedimientos que permitan dicha participación ciudadana en estas materias, “en cada uno de los niveles del sistema”, y el Ministerio de Desarrollo Social debe disponer en concreto de los “instrumentos y procedimientos” para lo mismo. La alusión a los “niveles” se entendía en el marco del proyecto original y versiones posteriores, que regulaban tres niveles de gestión del Sistema de Garantías (estratégico, de articulación y de prestación y adopción de medidas). Al igual que con el Sistema de protección administrativa y judicial, se debe considerar que la regulación subsistente es tan mínima que no permite considerar que se esté creando una “institucionalidad” en estas materias, sino que tan sólo se señalan algunos encargos al Ministerio de Desarrollo Social tendientes a establecer a futuro estas formas de participación.

Lo que se ha señalado sobre los títulos III y IV repercute en que los “contenidos mínimos” que subsisten en el título V, referido la **Política nacional de la Niñez y su Plan de Acción**, quedan en definitiva entregados a futuras acciones del Ministerio de Desarrollo Social, y no estarían ya ligados al sistema e institucionalidad que originalmente se proyectaba crear.

⁵⁷ INDH, Informe Complementario, op. cit., párr. 39 a 44.

Resulta además criticable que se hable de “niño” y de “niños”, sin incorporar un lenguaje inclusivo en materia de género. Tal como el INDH señaló en el Informe Anual 2015, resulta “(...) necesario que el proyecto haga distinciones entre, por una parte, niños y niñas y, por otra, adolescentes, siendo que en relación con las personas mayores de 14 años el nivel de autonomía necesariamente debe ser reforzado, teniendo en cuenta que a esa edad ya cuentan con responsabilidad penal, y que la legislación actual concerniente a tribunales de familia reconoce a varios efectos esa importante diferencia”⁵⁸. Esa diferencia ha sido además reconocida en la última Observación General del Comité de Derechos del Niño, la N° 20, que se refiere precisamente al ejercicio de derechos durante la adolescencia⁵⁹.

VI. Conclusiones

- i. El INDH valora en principio la presentación y discusión del proyecto de Sistema de Garantías por cuanto se orienta a dar cumplimiento a las recomendaciones que el Comité ha formulado al Estado de Chile en reiteradas ocasiones acerca de la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento una ley sobre protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en armonía con los estándares de la CDN y otros instrumentos internacionales.
- ii. Sobre las definiciones del proyecto es importante ampliar el uso que este hace de la palabra niño, distinguiendo entre niños, niñas y adolescentes, incorporando un lenguaje inclusivo y habida consideración de las diferencias en cuanto a efectos jurídicos de los distintos niveles de autonomía que tienen infantes y adolescentes.
- iii. Valorando que el proyecto consagre el principio de participación, la iniciativa no da cuenta del Consejo Nacional de los Niños que propone el proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez, cuyo objeto es representar la opinión de los NNA en las decisiones públicas que les afecte. Se recomienda que el proyecto desarrolle el principio de participación considerando instancias formales que permitan ejercer el derecho a ser oídos, evitando una consagración meramente simbólica de este principio.
- iv. Aun cuando el catálogo de derechos es similar al de la CDN, existen importantes diferencias que deberían ser revisadas. Particularmente llama la atención que en definitiva el derecho de NNA a estar protegidos de la explotación económica quede reducido a la erradicación solamente de las llamadas “peores formas de trabajo infantil”. Además, el proyecto no consagra el derecho a la protección de los niños privados de su medio familiar, reconocido por la CDN. En consideración al contexto chileno y la crisis de institucionalidad existente, el INDH considera importante que el proyecto consagre expresamente este derecho. En el mismo sentido, a pesar de que el proyecto contiene una breve referencia a la figura de la adopción, este derecho, reconocido por la CDN, no se consagra autónomamente, omisión que se recomienda subsanar según los estándares de derechos humanos.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Dentro de su primer párrafo se señala que: “Si bien la Convención reconoce los derechos de todas las personas menores de 18 años, para hacer efectivos esos derechos se deben tener en cuenta el desarrollo del niño y la evolución de sus capacidades. Los enfoques adoptados para garantizar el ejercicio de los derechos de los adolescentes difieren significativamente de los adoptados para los niños más pequeños”.

- v. Se observa con mucha preocupación que el proyecto en su versión actual, tal cual fue enviado por la Cámara de Diputados al Senado, ha sido considerablemente reducido en lo relativo a la creación del sistema de protección administrativa y judicial, sin que de su texto se derive la creación de un nuevo sistema de protección, y lo mismo ha ocurrido en cuanto a la regulación de la nueva institucionalidad. Así, el proyecto no dispone de mecanismos claros ni concretos para dar una materialización efectiva a los derechos reconocidos.
- vi. Resulta necesario incluir y especificar la forma concreta en que están llamadas a actuar las instituciones creadas por otros proyectos y que formarán parte del Sistema de Garantías. Particularmente, esta iniciativa debe vincularse de mejor forma con el Defensor de la Niñez y la Subsecretaría de la Niñez, así como los órganos de participación civil y de la infancia propuestos en este último proyecto.
- vii. El proyecto no se hace cargo del reemplazo definitivo de la Ley N° 16.618 (Ley de Menores), asunto que ha sido planteado tanto por este INDH en diversos documentos como por el Comité en cada una de sus Observaciones a Chile. Esto resulta fundamental, por cuanto la “doctrina de la situación irregular” que inspira la Ley de Menores es incompatible con los estándares de la CDN que el proyecto de Sistema de Garantías de la Niñez propone reconocer.