

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

© Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2014
ISBN: xxx-xxx-xxx-xxx-x

Editor general
Tomás Vial Solar
Edición
Sergio Missana

Diseño
Felicidad

Impreso en Chile por
Salesianos Impresores S.A.

Universidad Diego Portales
Dirección de Extensión y Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56-2) 676 2000
Santiago de Chile
www.ediciones.udp.cl



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

**INFORME
ANUAL
SOBRE
DERECHOS
HUMANOS
EN CHILE
2014**

**CENTRO DE DERECHOS HUMANOS
FACULTAD DE DERECHO • UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES**



EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

INDICE

Presentación	09
1. ¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones pos-dictadura.	21
2. La huelga, un derecho fundamental.	63
3. Trabajadoras de casa particular: invisibilizadas y discriminadas.	109
4. Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile.	157
5. Diligencia debida: proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos.	203
6. El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: la percepción de las personas privadas de libertad.	245
7. Medio ambiente y derechos humanos: organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal.	291
8. Derechos de los migrantes y refugiados.	333
9. Derecho a la salud mental: la infancia olvidada.	377
10. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.	417
11. El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile.	447

12. Homoparentalidad en Chile y derechos humanos. 477

Biografías autores Informe 2014 493

PRESENTACIÓN

El Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales presenta a la comunidad nacional su duodécimo *Informe Anual de Derechos Humanos*, relativo a los hechos ocurridos entre mediados de 2013 y mediados del presente año en diversos aspectos de los derechos humanos vigentes en Chile.

El *Informe*, que se elabora cada año, no pretende realizar un examen exhaustivo de en qué medida el Estado chileno cumple o no la totalidad de las obligaciones internacionales de derechos humanos, sino que tiene como propósito informar y analizar en profundidad, desde esa óptica, aspectos de nuestra vida social que consideremos de particular gravedad por su carácter estructural o que no han sido destacados con anterioridad, teniendo además en consideración las experiencias existentes dentro de la Facultad de Derecho de la UDP. De esta forma, el *Informe* se diferencia de otros estudios que poseen un carácter comprehensivo en materia de derechos humanos. Tampoco pretende este ser una publicación de carácter exclusivamente académico, que de cuenta en forma acabada de la literatura en un campo particular. Su vocación, desde su inicio, ha sido presentar, desde una perspectiva académica, sobre la base de un trabajo de investigación racionalmente fundado, una realidad social bajo la óptica de los derechos humanos, de modo que pueda ser fácilmente accesible para la comunidad nacional a la cual está dirigido. En la presente edición el *Informe* contiene 12 capítulos, los que se pasan a exponer sucintamente, junto con señalar algunas de las principales recomendaciones que en ellos se efectúan.

El *Informe* se inicia, como ha sido costumbre, con un capítulo titulado “¿Una nueva medida de lo posible? Verdad, justicia, memoria y reparaciones posdictadura”, a cargo de la investigadora Cath Collins y fruto del trabajo del Observatorio de Justicia Transicional (antes de Derechos Humanos) de la UDP, dirigido por la autora, relativo a las violaciones a los derechos humanos producidas durante la dictadura. Este capítulo permite efectuar comparaciones a través del tiempo en esta materia, y realiza un acucioso estudio de cómo se están llevando

a cabo los procesos penales producto de esas violaciones, mostrando que, en materia de verdad, justicia y de hacer efectivas las responsabilidades, aún falta un largo camino por recorrer, sin perjuicio de valorar positivamente los recientes anuncios del gobierno en esta materia. El capítulo sostiene asimismo que, aun en los casos excepcionales en que se han dictado sentencias definitivas con penas de cárcel efectiva, los beneficios otorgados a los presos representan con frecuencia una denegación de la escasa justicia aplicada. También se analiza la situación de las instituciones estatales relacionadas con la investigación y reparación, tales como el Instituto Médico Legal o la PDI, destacando los aspectos positivos y los problemas que se han dado en el transcurso del año. Respecto a estos diversos aspectos, la autora recomienda al Estado de Chile, entre otras cosas, la derogación o el dejar sin efecto la ley de Amnistía, el establecimiento de una instancia permanente de calificación de las víctimas y sobrevivientes de violaciones de DD.HH., y la provisión de asesoría y representación a las víctimas de tortura y prisión política.

Los derechos de los trabajadores y trabajadoras en Chile son el tema común de dos de los capítulos del *Informe 2014*. Los profesores César Toledo y Karla Varas, en el capítulo “La huelga, un derecho fundamental”, analizan acuciosamente—en relación a las normas internacionales—la actual normativa del Código del Trabajo respecto al derecho a la huelga, así como también la situación de los funcionarios públicos en esta materia. Los autores afirman que el panorama es bastante desolador, pues no solo existe una deuda en materia legislativa, sino también en el ámbito institucional y comunicacional, principalmente por la escasa y en algunos casos nula intervención del Estado para los efectos de dar una adecuada protección frente a los actos ejercidos por empleadores tendientes a mermar o anular el derecho de huelga, y por el tratamiento que recibe el ejercicio de este derecho por parte de los medios de comunicación social: resaltando situaciones puntuales de violencia invisibilizando el conflicto laboral de fondo que está detrás. Ante esta realidad, dos de las recomendaciones más relevantes son la de promover una reforma global a los Libros III y IV del Código del Trabajo y, con ello, a las normas que tratan sobre la huelga, teniendo como eje la libertad sindical en tanto derecho fundamental vital en toda democracia, por tratarse de una exigencia incumplida por el Estado de Chile, y consagrar el derecho de huelga dentro de las garantías contenidas en el artículo 19 de la Constitución Política, con alcance universal, admitiendo posibles restricciones o limitaciones en el caso de servicios esenciales, en el sentido estricto del término, de acuerdo a los estándares de la OIT.

La situación de las trabajadoras de casa particular (TCP) es el tema abordado por las investigadoras Lidia Casas y Helena Olea en el capítulo titulado “Trabajadoras de casa particular: Invisibilizadas y dis-

criminadas”. El propósito del capítulo es analizar la situación de las trabajadoras de casa particular en Chile a la luz de los estándares internacionales. En el análisis se consideran elementos fundamentales de la relación laboral de estas trabajadoras: contratación, salario, jornada laboral, dormitorio y alimentación, funciones o tareas, y violencia en el trabajo. Se aborda también la terminación de la relación laboral y la reclamación de derechos, ya sea en sede administrativa y judicial. Por último, se analizan los proyectos legislativos presentados y en discusión en el Congreso Nacional. En la investigación se aprecia también el importante aspecto migratorio que presenta hoy en Chile el trabajo doméstico. Las autoras concluyen que un régimen diferenciado en las condiciones laborales, de protección y reclamación de los derechos de las TCP, como el que existe hoy, perpetúa un subsidio de las más pobres y marginadas a quienes tienen más. Y que las actuales políticas migratorias facilitan el abuso. A fin de remediar estas graves violaciones a los derechos, las autoras recomiendan, entre otras cosas, garantizar la igualdad de derechos de las TCP con el resto de los trabajadores en lo relativo a la extensión de la jornada laboral, sin que medie un régimen de gradualidad, y diseñar y establecer un sistema que permita una efectiva fiscalización de parte de la Inspección del Trabajo de las condiciones de trabajo y habitación en que se desempeñan las TCP.

La problemática de los pueblos indígenas en Chile y el respeto de sus derechos humanos ha sido una constante de los diversos *Informes*. En este año se quiso analizar dos aspectos centrales de ella y que han sido además objeto de intenso debate público: la política de entrega de tierras y la exigencia de mecanismos de consulta libre, previa e informada respecto a los asuntos que afecten a los pueblos y comunidades indígenas en el contexto de proyectos de inversión en el norte de Chile.

La investigadora Antonia Rivas aborda el primer tema en el capítulo titulado “Territorios indígenas y política pública de entrega de tierra en Chile”. En él se analizan los estándares internacionales en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, los derechos y mecanismos que contempla la legislación nacional al respecto, la política pública del Estado, las situaciones especiales de cada pueblo indígena, y los principales conflictos y puntos críticos asociados a las políticas de entrega de territorios. El estudio concluye afirmando que, lamentablemente, las propuestas elaboradas por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, así como las múltiples recomendaciones e informes formulados por diversos órganos internacionales para abordar esta situación, no han encontrado hasta ahora una real acogida en el Estado y la sociedad chilena. Junto con ello, las deficiencias de la legislación y en la política pública, en particular la operación deficiente del Fondo de Tierras y Aguas de la CONADI y la demora en la titulación de las tierras fiscales, indican que se trata de una política pública fuertemen-

te expuesta a presiones políticas, poco transparente, que no permite un control sobre los recursos públicos invertidos ni sobre los procedimientos utilizados para la restitución de territorios reivindicados por los pueblos indígenas. Se señala también que se trata de una política pública fuertemente reactiva a los conflictos ocasionados por algunas comunidades indígenas, basada en criterios mercantiles, que no tiene un procedimiento estructurado y transparente que permita dar solución definitiva a los problemas territoriales de los pueblos indígenas. Y, junto con ello, la sostenida negativa a considerar la restitución de los territorios ancestrales y a contemplar mecanismos de solución que consideren dichos territorios no permite augurar una mejor relación de los pueblos indígenas con el Estado de Chile. A fin de avanzar en la solución de estas demandas, se recomienda generar un proceso participativo, impulsando un diálogo con las comunidades indígenas del país, especialmente con el pueblo mapuche, para establecer las demandas de territorios, las políticas públicas de restitución de territorios y recursos naturales; incrementar los presupuestos destinados al Fondo de Tierras de CONADI, de modo de agilizar la restitución a los pueblos indígenas de las tierras de propiedad legal y/o ancestral de las que han sido privados; y considerar la utilización de nuevos mecanismos como la expropiación por causa de interés público, con el fin de garantizar la celeridad y efectividad de la acción del Estado en la restitución de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas.

La exigencia de una consulta previa, libre e informada (CLPI) respecto a los actos que son susceptibles de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas es el tema desarrollado por los investigadores Alonso Barros y Judith Schönsteiner en el capítulo “Diligencia debida: Proyectos de inversión, propiedad sobre los recursos naturales y consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas concernidos”. El capítulo analiza, a la luz de la normativa internacional, especialmente del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), y los estándares para empresas en materia de derechos humanos, la CPLI en relación a proyectos de inversión mineros en Chile; revisa el cumplimiento por Chile de las obligaciones internacionales en los procesos de adopción del reglamento del SEIA (DS 40), así como en el proceso de la “Mesa de Consenso” que reglamentó (mediante el DS 66) la CPLI en reemplazo del Decreto 124 de MIDEPLAN; y evalúa en qué medida dichos reglamentos están conformes al derecho internacional y si le permiten a Chile sostener ante la comunidad de naciones que ha cumplido con sus obligaciones internacionales en la materia. Se concluye que, tanto los procesos de elaboración de esos instrumentos como en lo sustantivo no se satisfacen los estándares impuestos por el derecho internacional. Ante esto, se recomienda dar

prioridad a la adecuación a los estándares internacionales de la regulación sobre CPLI e inversiones; especialmente, que se obligue a la CPLI de *todos* los actos administrativos y legislativos susceptibles de afectar a los pueblos indígenas. Además, el capítulo analiza los estándares requeridos por parte de los inversionistas, especialmente en los casos que el Estado no cumple con su deber de garante de los derechos de los pueblos indígenas. En ese contexto, se recomienda que las empresas mineras debieran cumplir con los estándares internacionales aun en situaciones en las que el Estado no requiere la consulta, tales como el otorgamiento de concesiones, derechos de aguas, o exploraciones.

Para el Centro de Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la UDP ha sido una constante preocupación el análisis de la situación de nuestro sistema carcelario y las políticas criminales desde la perspectiva de los derechos humanos. Este *Informe* no es la excepción: en el trabajo de los investigadores Olga Espinoza, Fernando Martínez y Guillermo Sanhueza, “El impacto del sistema penitenciario en los derechos humanos: La percepción de las personas privadas de libertad”, se aborda la situación de los derechos humanos en el sistema penitenciario de Chile, a partir del análisis de la relación entre política penitenciaria y derechos humanos, durante el último lustro, desde la doble perspectiva de los estándares normativos internacionales y de la opinión de las personas privadas de libertad. De esta forma, se logra contrastar el marco jurídico y de política pública, con los datos obtenidos a través de una encuesta de auto reporte, para establecer algunas hipótesis y delinear conclusiones y recomendaciones. En lo central se concluye que en Chile los avances en materia penitenciaria aún distan de ordenarse en un diseño de política pública integral, capaz de traducirse en una mejor satisfacción de las necesidades de las personas privadas de libertad y, con ello, en un mayor ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos. Se señala que persisten problemas graves, como la sobrepoblación y consecuente hacinamiento de los internos en una considerable cantidad de cárceles. La mantención de este problema revela una inadecuada política estatal en materia de infraestructura penitenciaria, pero, por sobre ello, la carencia de una política criminal dirigida a potenciar los sistemas semiabiertos (Centros de Educación y Trabajo) y abierto. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, fortalecer y diversificar los mecanismos de control externo de la ejecución penal, potenciando el rol del Programa de Defensa Penitenciaria de la Defensoría Penal Pública, así como intensificar el control jurisdiccional e instalar el Mecanismo Nacional de Prevención de la tortura; aumentar la inversión en mejorar la formación del personal institucional, tanto de oficiales como de suboficiales, así como del personal técnico. Ello incluye seguir incorporando transversalmente un enfoque de derechos humanos en la

formación de los gendarmes, avanzando hacia una mayor coherencia con la misión institucional (no solo de custodia, sino también de re-inserción) y hacia el desarrollo de perfiles de carrera diferenciados y oportunidades de formación permanente para su personal.

El análisis, desde una perspectiva de los derechos humanos, de los organismos genéticamente modificados (OGM) es el tema que aborda la investigadora Ignacia Mewes en su capítulo “Medio ambiente y derechos humanos: Organismos genéticamente modificados y derechos del obtentor vegetal”. En él se identifican y analizan los principales aspectos involucrados en el debate generado en torno a la utilización de organismos genéticamente modificados en la agricultura, y los riesgos socioeconómicos y ambientales que su empleo genera, así como las preocupaciones que surgen del consumo de este tipo de alimentos, incluyendo aquellos que contienen algún ingrediente o aditivo de esta naturaleza. Al respecto, el capítulo destaca la falta de transparencia que existió por años en nuestro país respecto de los cultivos transgénicos autorizados por el SAG, los pocos espacios de participación con que cuenta la ciudadanía, las carencias regulatorias e institucionales existentes en la materia, así como las dificultades que plantea para la conservación de nuestro patrimonio genético y para los derechos de los pequeños agricultores y comunidades indígenas la adhesión de Chile a la versión 91 del Convenio UPOV. A fin de remediar estas falencias, se recomienda, entre otras cosas, ratificar el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, dictar una Ley de Bases de Bioseguridad que sea fruto de un amplio consenso político y ciudadano, y dictar en el más breve plazo los reglamentos y resoluciones que están pendientes y que son necesarios para aplicar disposiciones legales relevantes en esta materia.

Una de las áreas más relevantes de la labor del Centro de Derecho Humanos de la UDP, manifestada en la existencia de una Clínica de Migrantes y Refugiados y en capítulos de *Informes* anteriores, es la realidad de migrantes y refugiados en Chile. En este año, el capítulo “Derechos de los migrantes y refugiados” fue elaborado por los investigadores Patricio Rojas y Víctor Hugo Lagos, los que realizan un diagnóstico de la situación actual de las personas migrantes y solicitantes de refugio que residen en el país, examinando, por una parte, las principales vulneraciones de derechos humanos producto de una normativa legal desactualizada y cómo se han abierto, estos últimos años, alternativas para la efectiva protección de estos derechos y, por otra parte, realizando un análisis acerca de la efectividad de la Ley 20.430, que establece disposiciones sobre refugiados en el país desde 2010. Se concluye, en base al tratamiento que los migrantes reciben por parte de la administración del Estado, que Chile necesita un cambio legislativo en la materia para responder al fenómeno migratorio actual. Chile

carece actualmente de una política migratoria clara y con un enfoque de derechos humanos, implementando soluciones parche que no han tenido una debida aplicación en los casos que lo ameriten. En materia de refugio, si bien la entrada en vigencia de la Ley 20.430 significó un gran avance en lo relativo a la temática y en general de la legislación relativa a los derechos humanos de las personas extranjeras en nuestro país, su aplicación, al menos hasta el 2013, no fue satisfactoria respecto a los estándares de derechos humanos, lo que provoca que Chile vulnere los instrumentos internacionales ratificados. En base a lo anterior, se recomienda que el Estado de Chile lleve a cabo un nuevo marco regulatorio en materia de migración, el que en su discusión y aprobación debe incorporar las recomendaciones del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de tratados; en materia de protección de refugiados, es necesario que elimine las prácticas arbitrarias que limitan el ejercicio pleno del derecho al asilo. Por último, se recomienda corregir las prácticas discriminatorias en frontera por parte de la PDI, en particular mejorando el monitoreo y la capacitación de los funcionarios.

En el *Informe 2013* se abordó una temática novedosa, al menos en Chile, en materia de derechos humanos: la salud mental como derecho humano. Este año, profundizando esta línea, las investigadoras Elisa Ansoleaga y Ester Valenzuela, en su capítulo titulado “Derecho a la salud mental: La infancia olvidada”, estudian cómo el Estado cumple sus obligaciones en esta materia particular. Para ello, el capítulo examina la situación relacionada con el estado de salud mental de niños, niñas y adolescentes (NNA) chilenos/as, analizando la oferta de programas públicos y las posibilidades de acceso a la promoción y a la atención en salud mental. Se concluye que los resultados son dramáticos y se constata la presencia de importantes inequidades sociales, que, mediante procesos de discriminación, impiden el acceso oportuno, equitativo y de calidad, vulnerando con ello los derechos de NNA. De esta forma, se afirma, el Estado está en deuda con un derecho que es fundamental para el desarrollo y ejercicio de otros derechos. A fin de remediar lo anterior, se recomienda, entre otras cosas, destinar más recursos para la prevención, promoción y atención en salud mental infanto juvenil de acuerdo con las características del sistema de salud del país y las necesidades de la infancia, evitando la discriminación social que hoy atraviesa la provisión de este servicio; elaborar una ley de protección integral de derechos de la infancia que incorpore dentro de su normativa la salud mental de NNA; y elaborar una política nacional de salud mental infanto-juvenil que establezca los recursos y mecanismos por los cuales se hacen efectivos y reclamables los derechos de NNA.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son también materia de preocupación del capítulo de las investigadoras Camila de la Maza

y María Paz Riveros, titulado “Derechos humanos de la infancia y adolescencia: Política pública de protección de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”. Su estudio se enfoca en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil, a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema, preguntándose si estos han dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído. Se focaliza también en la situación de aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias. De este estudio se concluye que el Estado actúa aún a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y sus prácticas a la protección integral de derechos; que no existe intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, habiendo una carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, lo que se manifiesta, entre otras cosas, en que el Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. Y, en materia de residencias, se concluye que aquellos NNA que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, están en una situación de grave vulneración de derechos. La constatación de estas realidades fundamenta que se recomiende dictar una ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores; fortalecer institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto para que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA. Y en cuanto al sistema residencial, se señala que es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional, y en consecuencia se apliquen causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen, determinando plazos para internación y efectivo control de la judicatura sobre ellos.

Otro aspecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes que aborda el presente *Informe* es la cuestión de cómo el sistema educativo integra la realidad de los estudiantes con discapacidad. Las investigadoras Pilar Muñoz y Liliana Ramos, en su trabajo “El derecho a una educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile”, analizan aspectos relativos a la implementación de la Convención sobre Derechos de Personas con Discapacidad (CDPCD) en Chile, particularmente en lo referido al derecho a la educación en el sistema escolar, en los niveles de educación básica y media. El informe muestra que, si bien en Chile se evidencian avances respecto de los desafíos educativos planteados por la Convención, existen vacíos

importantes que deben ser abordados para asegurar el acceso y permanencia de las personas en situación de discapacidad en sistemas escolares inclusivos y con foco en el aprendizaje de todos y todas. Estos vacíos se agudizan por la ausencia de disposiciones legales efectivas que aseguren los mandatos de la CDPcD en materia de educación y por la presencia de instrumentos legales que no se ajustan a su enfoque sobre discapacidad y educación inclusiva. Se afirma que la realidad chilena es la de un país que mantiene un sistema de educación segregado para NNA con discapacidad, el cual convive con un sistema escolar común que, en forma parcial y voluntaria, ofrece algunos espacios para que estudiantes con discapacidad puedan ser parte de él. Para ajustar esta realidad a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos, se recomienda, entre otras cosas, alinear los diversos instrumentos legales que brindan orientaciones sobre la inclusión de estudiantes con discapacidad a los planteamientos de la CDPcD. La Ley 20.422 debiera ser más robusta al establecer el derecho de los estudiantes con discapacidad a una educación básica y media inclusiva, que asegure la no discriminación por motivos de discapacidad; urge la creación de políticas que hagan valer los planteamientos de la CDPcD y de la Ley 20.422 en el ámbito educativo; y el Decreto 170 debiera reformularse, eliminando el enfoque clínico que lo sustenta, que asocia en forma directa las necesidades educativas especiales a la presencia de déficits o trastornos. También aparece como necesario instalar, en términos comunicacionales y de decisiones educativas, el enfoque de la educación inclusiva como un asunto que le compete a la educación general, en que la educación especial puede actuar colaborativamente, pero no como responsable.

Otra temática que ha sido constante en los *Informes* anteriores son los derechos de las personas LGTBI. En este año, los investigadores Juan José Álvarez y Tomás Vial, en el capítulo “Homoparentalidad en Chile y derechos humanos”, abordan cómo el Estado asegura el igual ejercicio de la parentalidad y maternidad en Chile, tanto en filiación y adopción como en procesos de fertilización asistida, de hombres y mujeres gay, lesbianas y trans. Se concluye que hoy la normativa chilena desconoce y niega ese derecho a esa parte de la población chilena, lo que constituye una infracción a los compromisos que Chile ha tomado con la comunidad internacional. Para remediar esta situación, se recomienda establecer, tanto en el proyecto de Acuerdo de Vida Pareja como en cualquier proyecto futuro de matrimonio igualitario, la igualdad de condiciones de parejas del mismo sexo con las heterosexuales en materia de cuidado y tuición de los hijos; la dictación de una ley que asegure a todas las personas un igual acceso a las técnicas de fertilización asistida, incluyendo a las personas LGTBI y a las parejas del mismo sexo; y modificar la ley de adopciones en el sentido expreso

de reconocer a las personas LGTBI como posibles adoptantes y, en el caso de parejas del mismo sexo, que su tratamiento sea igual al de las heterosexuales.

La publicación del *Informe de Derechos Humanos 2014* no hubiera sido posible sin el dedicado esfuerzo de los autores de los diversos capítulos que este contiene, así como el de numerosos ayudantes alumnos de la UDP. El Centro de Derechos Humanos quiere agradecerles a todos y a todas este esfuerzo mancomunado. Se agradece en particular a Susana Kuncar, periodista de la Facultad de Derecho, sin la cual el *Informe* no podría ser difundido, y el valioso trabajo de organización y apoyo prestado por Carmen Gloria Álvarez. También quisiéramos destacar el dedicado y acucioso trabajo de edición de Sergio Missana, que tendrá siempre algo que decirnos sobre nuestra forma de escribir y en ayudarnos a transmitir mejor nuestro análisis, y la generosa colaboración de los ayudantes Sebastián Latorre e Israel Meliqueo en este aspecto. Se agradece, finalmente, a Felipe Gana y Matías Rivas, de Ediciones UDP, por su valioso apoyo en la edición de este *Informe*, así como a la misma Universidad por apoyar económicamente su publicación.

Dr. Tomás Vial Solar
Editor General

Dra. Judith Schönsteiner
Directora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

**DERECHOS HUMANOS
DE LA INFANCIA
Y ADOLESCENCIA:
POLÍTICA PÚBLICA
DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS
FUNDAMENTALES DE
NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES¹**

¹ Capítulo elaborado por las investigadoras Camila De la Maza Vent y María Paz Riveros Calderón, con la colaboración de Paulina Hernández, Macarena Hernández, Óscar Manríquez, Luis Peredo y Juan Ignacio Vásquez.

SÍNTESIS

En el presente capítulo se aborda la política pública infanto juvenil en Chile y, especialmente, el sistema de promoción y protección de derechos fundamentales. El análisis se articula en torno a la pregunta si el Estado es efectivo garante de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se da cuenta de aspectos que son de urgente intervención por parte del Estado, haciendo una especial mención a la situación de aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran bajo el cuidado del sistema de residencias, quienes están en una situación de grave vulneración de derechos.

PALABRAS CLAVE: Niños, Niñas, Adolescentes, Convención Internacional sobre Derechos del Niño, Herramientas legales internas

INTRODUCCIÓN

El *Informe*, desde 2008, ha monitoreado la situación de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) en relación a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado en torno a sus derechos fundamentales.

Si bien, desde 2008, se han abordado cuestiones relativas a los derechos humanos de NNA desde distintas ópticas, el denominador común en cada uno de los *Informes* ha dicho relación con la extrema precariedad de la respuesta estatal en la promoción y protección de los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia.

En este capítulo nos enfocaremos en el sistema de protección de derechos de NNA en Chile, observando la política pública infanto juvenil a través de las normas que la conforman y el modo de operar del sistema. Nos preguntaremos si se ha dado una respuesta acorde a las recomendaciones que distintos organismos de derechos humanos han formulado a Chile, de acuerdo a las obligaciones que el Estado ha contraído con la ratificación de una serie de tratados que componen el derecho internacional de los derechos humanos y de los instrumentos emanados del sistema interamericano de protección.

En este capítulo analizaremos el sistema de protección de derechos, teniendo presente que en nuestro país la política pública se enfoca en los NNA principalmente desde una perspectiva protección al tutelar, es decir, se ocupa solo de aquellos NNA que se encuentran en situación de grave vulneración de derechos. Ello, como se señalará más adelante, es un incumplimiento a los estándares internacionales que indican que la política pública de infancia debe ser universal, esto es, dedicada a todos los NNA que habitan el territorio nacional. Esto implica que el Estado debe no solo proteger a NNA que se encuentren en situación de vulneración, sino que también debe promover el acceso a todos y todas a sus derechos fundamentales.

Una vez descrita la política pública de protección de derechos y planteadas algunas conclusiones, analizaremos, como ejemplo del sistema de protección de derechos, a las residencias creadas por el Estado para

aquellos casos en que éste decide que algún NNA debe ser separado de su familia de origen. El caso del sistema residencial chileno se transformó en un hito informativo el año 2013 en materia de infancia y adolescencia, cuando el portal CIPER Chile, en julio de ese año² publicó los resultados de un informe elaborado por Unicef en coordinación con el Poder Judicial –conocido como el Informe Jeldrez–, que evidenció la extrema condición de vulneración en la que se encuentran los NNA que están a cargo del sistema residencial en Chile. Dicha investigación periodística dejó ver las graves falencias del sistema y la vulneración de derechos fundamentales resultante de la intervención del Estado, por carecer esta de una política pública armónica y sistemática que en la actualidad no tiene su énfasis en promover y proteger los derechos de todos los NNA.

A partir de la ratificación en 1990 por parte de Chile de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (en adelante, la Convención), el Estado debió avanzar hacia una política estatal de infancia basada en lo que se conoce como doctrina de la protección integral de derechos,³ según la cual los NNA son sujetos de derechos humanos y no objetos de la tutela estatal. Esta no considera la infancia y adolescencia como estados de tránsito hacia la adultez, sino como una etapa autónoma. Por ello, cada NNA ejerce derechos de acuerdo a su autonomía progresiva y etapa de desarrollo; entendiendo que además NNA son sujetos de una especial preocupación por parte de los Estados lo que hace necesario que éste y la comunidad entera tengan especial consideración por la promoción, protección y difusión de los derechos de NNA.

Esta doctrina se contrapone a la adoptada por Chile y otros países de la región hasta antes de la ratificación de la Convención, conocida como la doctrina de la situación irregular.⁴ Ella, entiende a NNA como individuos en tránsito a convertirse en ciudadanos sujetos de derechos y “concibe a los niños y jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales”.⁵ Así, el Estado actúa en torno a ellos cuando se encuentran en una “situación de irregularidad”, que pone en peligro a la sociedad, segregando y criminalizando determinadas situaciones en que se encuentran NNA, cuando en realidad se trata de una situación de vulneración de sus derechos.

2 CIPER Chile: “Niños protegidos por el Estado: Los estremecedores informes que el poder judicial mantiene o cultos”, 5 de julio del 2013.

3 Sobre las implicancias de la adopción de este modelo y la doctrina de la protección integral, ver Mary Beloff, “Modelo de protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, Unicef, Chile, 1999.

4 Para más información sobre la doctrina de la situación irregular, ver Patricio Millán y Luis Villavicencio, “La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección”, *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, 2002.

5 Beloff, op. cit., pp. 9-10.

Este enfoque entiende las problemáticas relativas a la infancia y a la adolescencia como un problema privado, atingente únicamente a las familias –sobre todo a padres, madres o adultos responsables–; en consecuencia, la intervención del Estado solo se materializa cuando dicha conducta eventualmente disruptiva se hace “pública”: vagancia, deserción escolar o infracción de leyes penales. De ese modo, no hay responsabilidad directa del Estado en el resguardo de derechos fundamentales de NNA ex ante.

Esta doctrina dominó nuestro sistema sin excepción hasta 2004 –a pesar de la ratificación de la Convención en 1990–, cuando entró en vigencia la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia, introduciendo algunas modificaciones que incorporaron una mirada desde la doctrina de la protección integral. Lo mismo se puede decir de la Ley 20.084, que instauró un nuevo sistema de justicia penal juvenil. Sin embargo, a partir de la evidencia disponible, se puede sostener que en la actualidad la doctrina de la situación irregular no ha sido completamente abandonada. El Estado sigue ocupándose únicamente de aquellos NNA que se encuentran en situación de vulneración y no de todos los NNA. De hecho, la Ley de Menores, Ley 16.618, se inspira en esta doctrina y aún sigue vigente en algunas materias de gran relevancia en relación a la protección de NNA.

La ratificación de la Convención hace 24 años debió traer aparejado un cambio en el paradigma sobre el tratamiento de NNA por parte del Estado. Sin embargo, la transición hacia la doctrina de la protección integral de los derechos ha sido extremadamente lenta. Ese cambio de eje implica necesariamente considerar a NNA como sujetos de derechos, lo que genera como consecuencia una responsabilidad directa para el Estado en la difusión, promoción y protección de todos sus derechos, de acuerdo a su autonomía progresiva e interés superior. Esto por ahora está lejos de cumplirse en Chile.

Así, luego de 24 años de ratificación de la Convención, *el Estado de Chile no ha dispuesto una política pública en consonancia con la doctrina de la promoción y protección integral de derechos, lo que en la práctica genera que se siga mirando a la infancia y adolescencia desde la “irregularidad” y que, cuando interviene a NNA, lo haga de forma desarticulada, generando en muchas ocasiones una nueva vulneración.*

1. EL ROL DE GARANTE DEL ESTADO BAJO LA LUPA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Chile es signatario de la Convención, por lo que adquiere una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional relativas a la promoción de una cultura de derechos, que genere el desarrollo de NNA

en un ambiente adecuado a sus necesidades y al ejercicio progresivo de sus derechos.

La Convención crea el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité), con la finalidad de precisar el sentido y alcance de las normas de esta, generando estándares con los cuales los Estados partes deben cumplir.

Este capítulo, como anticipábamos, presenta, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, las obligaciones de Chile a partir de tratados suscritos en el ámbito de promoción y protección de NNA, analizando su política pública con particular énfasis en el régimen residencial.

El artículo 4 de la Convención, indica que los Estados partes deberán impetrar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. En ese marco, el Comité adoptó la Observación General 5, con el objetivo de establecer medidas generales de aplicación de la Convención. Señala:

El Comité subraya que, en el contexto de la Convención, los Estados han de considerar que su función consiste en cumplir unas claras obligaciones jurídicas para con todos y cada uno de los niños. La puesta en práctica de los derechos humanos de los niños no ha de considerarse como un proceso caritativo que consista en hacer favores a los niños.

La adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención (...).⁶

Asimismo, el artículo 19.1 señala:

Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

En esa línea, el Comité adoptó la Observación General 8, que establece como estándar que ninguna forma de castigo corporal o trato

⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 5, 2003, párrs. 11 y 12.

cruel hacia NNA es aceptada en el contexto de la Convención⁷ y que, en consecuencia, es responsabilidad del Estado establecer sistemas adecuados de promoción de los derechos de niños y niñas y, por cierto, un sistema adecuado de protección cuando se produce una vulneración de estos.

El Comité ha formulado en su exámenes periódicos una serie de recomendaciones a Chile que, hasta hoy, no han tenido mayor eco. Especial preocupación merece el incumplimiento por parte del Estado de su obligación de contar con una ley marco que articule la política pública en materia de infancia y adolescencia, es decir, una ley integral de protección de derechos.⁸ Cabe indicar que Chile es el único país de la región que no cuenta con una herramienta de esta naturaleza.⁹ No ha sido posible generar consensos en el poder legislativo para la incorporación de un estándar mínimo en materia de protección de NNA, como es la prohibición expresa de cualquier forma de castigo corporal. Las recomendaciones del Comité han instado al Estado a adecuar su normativa interna en atención a los derechos consagrados en la Convención y en la Observación General 8, y, en particular, la derogación de la Ley de Menores, lo que no ha ocurrido hasta ahora.

Otra recomendación persistente y respecto de la cual el Estado tampoco ha actuado, dice relación con la necesidad de una mayor coordinación intersectorial para garantizar los derechos de NNA a nivel nacional y proveer los recursos financieros y humanos suficientes para realizar tal cometido.¹⁰ Han existido avances, como se analizará más adelante, a partir de la revisión de la Ley 20.032 que, además de transferir recursos, ha ordenado la relación entre las instituciones colaboradoras. Pero los recursos siguen siendo insuficientes para poder dar cumplimiento efectivo al estándar. El Informe 2013 dio cuenta, a propósito de la situación de adolescentes en conflicto con la ley penal, que parte importante de las dificultades para la aplicación de sanciones no privativas de libertad tenía que ver con la escasa coordinación intersectorial para llevar a cabo de manera exitosa la intervención con infractores condenados.¹¹

Dicho escenario se repite en el ámbito proteccional, lo que se aleja de lo establecido en los artículos 3 y 4 de la Convención y el estándar fijado por esta.

7 La interpretación realizada por el Comité es clara en afirmar que “Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes son formas de violencia y perjuicio ante las que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para eliminarlas”, Comité de los Derechos del Niño, Observación General 8, 2003, párr.18.

8 Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención*, abril de 2007, párr.7.

9 Observatorio Parlamentario, *Balance Legislativo 2010-2013*, 2014, p. 112.

10 *Ibid.*, párr.13.

11 *Informe* 2013, p. 177.

En relación al cuidado de niños y niñas cuando se encuentran sujetos a un régimen residencial alejado de sus familias de origen, el artículo 9, numerales 1 y 2, de la Convención señala también determinados estándares:

1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

En esta materia en particular, también el sistema interamericano, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), ha señalado recientemente que los Estados miembros deben “crear la institucionalidad necesaria para fortalecer las capacidades de la familia como ámbito de protección y cuidado para el niño y la niña”.¹² Entendiendo que la medida de separar a un/a niño/a de su familia de origen es una medida de última ratio y que la Convención garantiza a los niños y niñas el derecho a una familia, la CIDH señala que el estándar para separar a un/a niño/a de su familia de origen es que ello debe tener un fin legítimo, ser una medida objetiva, razonable y predecible. Además, deben existir causales que justifiquen la separación y ello debe constar en una norma de carácter legal.¹³

En consecuencia, la obligación internacional indica que la separación de niños/as de sus familias de origen responde a causales acotadas y debe atender al interés superior del/la niño/a y no generar una nueva vulneración.

A continuación, abordaremos las herramientas legales que en la actualidad configuran la política pública en materia de promoción y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, para luego determinar si estas se ajustan o no a los estándares recién descritos.

¹² CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2014, p. 264.

¹³ *Ibíd.*, p. 268.

2. HERRAMIENTAS LEGALES INTERNAS¹⁴

En el marco normativo existente en Chile, tal como ya se señaló respecto a los estándares internacionales, está caracterizado por la ausencia de una ley marco de promoción y protección de derechos fundamentales de los NNA. Ello en gran parte explica que en nuestra legislación convivan normas basadas en principios distintos y opuestos, desarticuladas entre sí y aplicadas solo al grupo de NNA que participan en algún proceso judicial o administrativo, cuyos derechos deben ser protegidos en virtud de alguna situación de amenaza o vulneración.

Estas normas están pensadas no para todos los NNA, sino solo para aquellos que merecen la protección especial del Estado. A partir de la información recogida para este informe, es posible afirmar que nuestro sistema carece de la universalidad necesaria para cumplir con los estándares internacionales y de la doctrina de la protección integral de derechos, que exigen instrumentos normativos en los cuales se base la política pública de infancia enfocados en todos los NNA.

De acuerdo a los datos entregados por el boletín estadístico del Servicio Nacional de Menores (en adelante, SENAME), en el primer semestre de 2014, este solo atendió al 2,13% de la población infanto juvenil del país, en una serie de programas de distinta índole que se analizarán más adelante. El servicio señala que “los usuarios del SENAME son aquellos niños y niñas que han sido gravemente vulnerados en el ejercicio de sus derechos y los adolescentes imputados de infringir la ley penal”.¹⁵ Esto indica que la institución que debe formular la política pública en materia de infancia y adolescencia *solo trabaja con aquella que es gravemente vulnerada en sus derechos*.

Nuestro sistema jurídico sobre infancia y adolescencia se compone por las siguientes normas:

- a) Ley de Menores (Ley16.618): se basa en los principios de la doctrina de la situación irregular. En los últimos 24 años ha sido modificada, pero permanecen vigentes:
 - Las disposiciones relativas a las medidas de protección que pueden aplicar los jueces. En este ámbito, en situaciones de vulneración grave de derechos, el juez podrá decretar las medidas que sean necesarias, quedando la decisión bajo su total discreción (artículo 30). Una de las magistradas entrevistadas

¹⁴ En el presente apartado describiremos las normativas de mayor importancia en relación con el sistema de protección de derechos de NNA en Chile. No haremos referencia explícita a normativas que no tienen que ver con este sistema, como la filiación, las normas sobre relación de los NNA con sus padres o las relativas a procedimientos judiciales distintos de los de protección.

¹⁵ SENAME, *Boletín Estadístico niños, niñas y adolescentes*, Primer trimestre, 2014.

con ocasión de este informe sostuvo que, “en virtud del artículo 30 de la Ley de Menores, uno puede hacer y deshacer al aplicar medidas de protección, y eso no debería ser”.¹⁶

- Las normas relativas al actuar de Carabineros respecto a NNA que se encuentran en situación de vulneración de derechos.
- Las obligaciones de las llamadas “casas de menores e instituciones asistenciales”, entre ellas, la obligación de que los NNA permanezcan en dichas instituciones hasta la mayoría de edad (artículo 56). Esto es completamente opuesto a la doctrina de la protección integral, porque la internación en una residencia siempre debiera ser una medida excepcional y de último ratio. Esta norma se contrapone al artículo 30, inciso 4°, que establece que la medida de internación se debe ordenar solo cuando esta resulte indispensable. Ambos artículos del mismo cuerpo normativo dan cuenta de la confusión existente en nuestra legislación en cuanto a los principios que la iluminan, los actores del sistema y la forma de protección de derechos de NNA. Como señala uno de los magistrados entrevistados: “La Ley 16.618 tiene muchísimas normas que han sido derogadas. Lo que está quedando de esa ley es absolutamente inorgánico y, para efectos de resolver situaciones de protección, tenemos que hacer un trabajo de integración de normas que resulta complejo por no haber un estatuto, valga la redundancia, integral, un estatuto marco [con] una mirada mucho más abarcadora, moderna y más adecuada a los tiempos respecto de las necesidades de los niños”.¹⁷

b) Ley de Adopción, (Ley 19.620): implica un intento de adecuar las normas sobre adopción a la Convención.

- Crea un modelo único de adopción.
- Establece requisitos para que un NNA sea declarado susceptible de ser adoptado.
- Regula la adopción internacional.
- Perfecciona el título dedicado a sanciones por conductas delictivas.

Con todo, aún no es suficiente y no se encuentra plenamente en concordancia con las exigencias internacionales, especialmente en lo que se refiere a privilegiar la familia de origen, a referentes de cuidado de los NNA y a la celeridad de los procesos.

Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley de reforma al sistema de adopción, el que se inició mediante un

¹⁶ Entrevista realizada el 16 de abril de 2014.

¹⁷ Entrevista realizada el 29 de abril de 2014.

mensaje del presidente Sebastián Piñera en octubre de 2013. Esta reforma, busca adecuar esta legislación a los principios de la promoción y protección integral de derechos, que aún no logra adecuarse del todo a dichos estándares.¹⁸

c) Ley que crea los Tribunales de Familia (Ley 19.968): es la primera norma que hace mención explícita a determinados derechos señalados por la Convención, como el interés superior del niño y el derecho a ser oído. Ambos se encuentran consagrados en el artículo 16 de dicha ley.

Además, contiene importantes innovaciones respecto a la protección integral de NNA:

- Crea el rol de curador ad litem, a través del cual se presta representación jurídica a NNA. Esta figura es un importante avance en relación al derecho a defensa técnica de NNA que participan de una causa judicial. Su creación dio respuesta a lo señalado en el artículo 12 número 2 de la Convención, que extiende el derecho a ser oído al de participar y tener representación en los procesos judiciales.¹⁹
- Estatuye un procedimiento especial de medida de protección, a través del cual se intenta evitar cualquier amenaza o vulneración grave de derechos, estableciendo un sistema rápido y cautelar de los derechos de NNA.

Con todo, la Ley 19.968 no es suficiente para sostener una política pública articulada, integral y enfocada en la promoción y protección de los derechos de NNA. Ello porque tuvo como objetivo reformar la justicia de familia, no crear un sistema de protección de derechos de NNA. En consecuencia, no existiendo en Chile aún una ley de promoción y protección integral y universal de derechos.

d) Ley que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de

18 Mensaje de S.E. el presidente de la República, con el que inicia un Proyecto de Ley de Reforma Integral al Sistema de Adopción en Chile, 206-361, p.11.

19 No obstante el avance que significó la figura del curador ad litem para nuestro sistema, la redacción del artículo 19 de la Ley 19.968, que instaura dicha figura, no fue muy afortunada al hacer una relación entre la representación de niños, adolescentes o incapaces, lo que manifiesta la mirada paternalista del Estado sobre los NNA, a los que compara con incapaces, cuando en rigor los NNA son parte de un juicio, y como parte, debe contar con un abogado que represente sus intereses. Por otra parte, los resultados de la institución del curador ad litem han sido menos adecuados de lo esperado, porque, en lo que tiene que ver con cobertura, la evidencia indica que un número muy menor de los NNA que se encuentran con una causa en juicio cuentan con curador y, según datos aportados por entrevistados, estos no actúan en muchos casos como representantes de los intereses y deseos de NNA, ya que no los conocen y por lo que en general responden a lo que ellos estiman que sería el interés superior.

subvención (Ley 20.032): crea los organismos colaboradores del SENAME, estableciendo varios programas para atender a NNA que han sufrido algún tipo de vulneración de derechos. A través de esta ley se diferenciaron los programas que apuntan a dar una respuesta en situaciones de amenaza o vulneración de derechos de aquellos que abordan la situación de adolescentes que se encuentran en calidad de infractores de ley.

La Ley 20.032 crea una variada gama de programas que tienen por objeto dar respuesta a situaciones específicas de vulneración de derechos, pero carece de la universalidad necesaria con la que debería contar la política pública. Es decir, no apunta a todos los NNA sino solo a aquellos que se encuentran en condiciones de vulneración de derechos.

- e) Ley de responsabilidad penal adolescente (Ley 20.084): esta norma aplica muchas de las recomendaciones de organismos internacionales y la doctrina de protección integral de derechos de NNA, no obstante su especialidad y aplicación específica a adolescentes en conflicto con la ley penal. Esta ley ha intentado adecuar los procedimientos penales cuyos imputados son adolescentes a los estándares internacionales.
- Explicita el principio de especialización de la justicia penal juvenil.
 - Establece un listado especial de derechos del adolescente privado de libertad.
 - Consagra la excepcionalidad de las medidas y el fin de reinserción y responsabilización que debe tener toda pena.

A pesar del avance que significó respecto de una justicia tutelar fundada en la citada Ley de Menores, esta norma todavía muestra importantes deficiencias en cuanto a los derechos humanos de los adolescentes, especialmente por el objetivo de prevención de delito que se le asignó, lo que tuvo por efecto que se incrementara la punibilidad y se aplicara el sistema de determinación de penas de los adultos.²⁰

Se han realizado variados intentos de reforma de la legislación existente, en especial para la aprobación de una ley de protección integral de derechos de NNA. El último anteproyecto sobre una ley de protección integral de la infancia y adolescencia fue presentado a través de una moción parlamentaria en 2012, sin éxito, ya que no fue respaldado por el ejecutivo. Durante 2012 y 2013, se promovie-

20 Miguel Cilleros, "Comentario a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente", *Justicia y Derechos del niño*, 8, Santiago, Chile, 2006.

ron desde la Cámara de Diputados y el Senado tres iniciativas diversas que buscaban dar rango constitucional a los derechos de NNA; ninguna de ellas prosperó. Asimismo, hubo tres propuestas sobre el defensor del niño, que tampoco salieron adelante.²¹

A pocos días de instalado el nuevo gobierno, en marzo de 2014, la presidenta de la República dictó el Decreto Supremo 21, mediante el cual se creó el Consejo Nacional de la Infancia,²² que debe, entre otras tareas, asesorar al ejecutivo en la formulación de políticas, planes y medidas para garantizar, promover y proteger los derechos de NNA a nivel nacional y local. Tanto su secretaria ejecutiva, Estela Ortiz, como el ministro de Justicia, José Antonio Gómez, han manifestado que existe por parte del gobierno la voluntad de impulsar transformaciones administrativas y legales acordes con los estándares internacionales respecto de los cuales el Estado de Chile aún está en deuda.²³

Las iniciativas diferentes que intentan mejorar la situación actual de los NNA avanzan hacia un sistema de promoción y protección integral de derechos de NNA. Ello es una muestra de que el diagnóstico en cuanto a legislación es claro y compartido por la mayoría de los actores: es necesario contar con una ley marco que promueva y proteja los derechos de todos los NNA de nuestro país, articule a las diferentes instituciones y promueva una cultura de derechos.

En el desarrollo de este informe, se realizaron entrevistas a jueces de familia y a funcionarios/as del SENAME y organismos colaboradores, quienes advierten como necesidad urgente la creación de la ley marco de protección integral de derechos de NNA. Como señala una entrevistada:

Para contar con un sistema de protección integral de los derechos de los NNA, lo primero que debemos hacer es crear la ley marco de protección integral de derechos, que articule toda la política pública de infancia y [...] cree la institucionalidad necesaria que pueda actuar intersectorialmente para abordar la temática de infancia de manera integral.²⁴

21 Observatorio Parlamentario, Corporación Humanas, "Balance del poder legislativo 2010-2013", 2014.

22 El equipo de investigación intentó realizar una entrevista con el Consejo pero ello no fue posible debido a la ocupada agenda de sus miembros.

23 Consejo Nacional para la Infancia, "Secretaría ejecutiva participa en seminario CODENI", 25 de julio de 2014.

24 Entrevista a directora de organismo colaborador de SENAME, realizada el 8 de mayo de 2014.

3. POLÍTICA PÚBLICA DE INFANCIA EN CHILE

Como ya se ha mencionado, la política pública de infancia se encuentra entregada al SENAME y, a través de la Ley 20.032, a organismos colaboradores que ejecutan diferentes líneas de acción.

Los programas que constituyen la política pública en la actualidad se resumen en la tabla 1, ordenados de acuerdo a temática abordada, cantidad y presencia territorial de los mismos.

Tabla 1: **Programas del SENAME**

Materia	Tipo de programa	Cantidad en el país	Presencia territorial
Adopción	Familia de acogida especializada	1	Solo RM
	Adopción global	3	Solo RM
	Preparación para integración de niños en familias alternativas	9	II, V, VI, VII, VIII, IX, X, XV y RM
Protección de derechos y primera infancia	Diagnóstico ambulatorio	66	Todo el país
	Familia de acogida especializada	35	Todo el país salvo en la I Región
	Familia de acogida simple	13	III, VII, VIII, XI, X y XIV
	Oficina de protección de derechos	119	Todo el país
	Protección ambulatoria con discapacidad grave o profunda	12	II, IV, VI, IX, XII, XV y RM
	Especializado en drogas	8	Solo RM
	Reinserción educativa	8	Solo RM
	Especializado en calle	7	RM y X
	Explotación sexual	16	I, II, III, IV, V, VIII, IX, X, XV y RM
	Intervención residencial	103	Todo el país
	Intervención breve	59	Todo el país
	Intervención especializada	76	Todo el país
	Prevención comunitaria	55	I, III, IX, X, XII, XV y RM

	Prevención focalizada	148	Todo el país, salvo la XI y I Regiones
	Representación jurídica	6	II, VIII y RM
	Especializado en maltrato	114	Todo el país
Centros residenciales	Diagnóstico para lactantes	4	IV, V y RM
	Diagnóstico para preescolares	6	V, X, XV y RM
	Protección para niños con discapacidad mental moderada	9	IV, VII, VIII, X y RM.
	Protección para niños con discapacidad mental grave	10	V, VI, VIII y RM.
	Residencia especializada	5	VII y RM
	Protección para lactantes y preescolares	8	III, V, VI, XIV y RM
	Protección de madres adolescentes	6	V, VII, VIII, IX, XIV y RM.
	Protección para lactantes	2	X y RM.
	Protección para mayores	106	I, II, IV, V, VII, VIII, IX, X, XII, XIV, XV y RM
	Protección para preescolares	24	I, II, IV, V, VII, VIII, IX, XI, XII, XIV y RM.
	Protección para lactantes de madres internas en recintos penitenciarios	1	Sólo RM
Residencia especializada con programa	16	II, III, IV, V, VI, VII, IX, X, XII, XIV, XV y RM.	

Fuente: Información proporcionada Fuente: información proporcionada por el propio Servicio, por medio de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de abril de 2014.

Como se puede observar, los programas descritos en la Ley 20.032 apuntan a situaciones específicas y particulares, lo que no permite una respuesta sistémica e integral; la política pública se fragmenta de acuerdo a las determinadas contingencias que fundan cada programa.

En palabras de uno de los funcionarios del SENAME:

el sistema de protección propiamente tal, está distribuido en cuatro líneas de acción que son: los centros residenciales donde están los niños [...] más vulnerados y que no tienen la posibilidad de vivir con familia nuclear extensa o alternativa; [...] el

sistema de diagnóstico, que más bien son servicios periciales que están al servicio de los tribunales y fiscalía más que para el Servicio [Nacional de Menores]. En tercer lugar, están las OPD, oficinas de protección de derechos, que son los dispositivos comunitarios que se instalan a través de las municipalidades, que atienden todo lo que es vulneración de derechos de mediana y baja complejidad; [para] los casos de alta complejidad, ellos derivan a los especialistas. Tienen una labor también de instalación de participación en los territorios. [En cuarto lugar] la red de colaboradores, del sistema ambulatorio que son los programas donde atienden [...] de acuerdo a temáticas específicas. Tenemos programas de calle, explotación sexual, representación jurídica, etc. En la Región Metropolitana atendemos a más de 25.000 niños simultáneamente. De esos niños, tenemos 1.500 que están en residencia y el resto [...] en sistema ambulatorio.²⁵

Las cuatro líneas de acción a las que se refiere el entrevistado, son aquellas descritas en la Ley 20.032. No es fácil advertir los motivos a los que responde la división de la política pública de infancia en estas “líneas de acción”. Cabe preguntarse a qué criterios responde cada una y si ello facilita la generación de una política pública que pueda considerar la infancia de manera integral.

Al respecto, una de las juezas entrevistadas señaló que:

Es muy difícil entender los programas que tiene SENAME, y a veces uno deriva a un niño porque está siendo víctima de algún tipo de vulneración, y de ese programa te responden que no pueden recibirlo porque no responde a los lineamientos de SENAME, ya que tal programa es para vulneraciones de este tipo y no de este otro tipo (...) y así va pasando el tiempo y los niños van rebotando de programa en programa, porque cada uno es para un pequeño y específico grupo de situaciones.²⁶

Por otra parte, en el cuarto lineamiento se encuentra otra variada gama de programas, que intentan responder a diversas situaciones de vulneración experimentadas por NNA. Según lo informado por SENAME,²⁷ entre los programas ambulatorios existen 20 tipos diferentes. En algunos casos, tienen que ver con el tipo de vulneración, como, por ejemplo, los de representación jurídica y los de reparación, ambos para NNA que han sufrido maltrato grave. Otro tipo son los relacionados

²⁵ Entrevista realizada el 28 de abril de 2014.

²⁶ Entrevista realizada el 16 de abril de 2014.

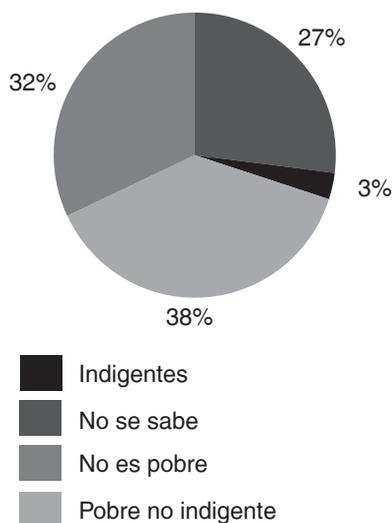
²⁷ Información obtenida, a través de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de abril de 2014.

con la complejidad de la problemática y la vulneración, tales como los programas de intervención breve, de intervención especializada, de prevención comunitaria y prevención focalizada. Otros responden a criterios variopintos, como los programas para agresores sexuales, explotación sexual y especializados en calle.

Lo expuesto da cuenta de una carencia total de armonía, articulación y sistematización de la respuesta estatal, a lo que se suma que esa respuesta es cuantitativamente insuficiente. Por ejemplo, hay 7 programas especializados en calle en todo el país, de los cuales 6 se ubican en la Región Metropolitana. Lo mismo ocurre con los de reinserción educativa: 8 programas, todos ejecutados en la Región Metropolitana (ver tabla 1).

Es importante considerar el nivel socioeconómico de los NNA que reciben alguna intervención por medio de los programas descritos. Según información obtenida desde SENAME, la calificación socioeconómica se efectúa según la encuesta CASEN. Se concluye lo siguiente:

Gráfico 1: Calificación socioeconómica de los NNA que reciben intervención por medio de los programas del SENAME



Fuente: Información entregada por el SENAME al equipo de investigación el 27 de junio de 2014, por medio de Ley sobre Acceso a la Información Pública.

De estos datos se puede concluir que al menos el 40% de los NNA atendidos por la red SENAME pertenece los estratos más pobres de

la población, sin dejar de tener presente que respecto a otro 27% no se tiene información estadística alguna. Esta realidad abre cuestionamientos relativos las vulneraciones de derechos que se producen para aquellos NNA que viven en situación de pobreza y cuánto efectivamente hace el Estado para evitarlo o remediarlo, a través –por ejemplo– de un trabajo con las familias. Ello entendiendo que pesa sobre el Estado la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar efectividad a los derechos fundamentales de NNA, como se menciona en el artículo 4^o de la Convención, lo que incluye, por ejemplo, el derecho a la vivienda.

Asimismo, la evidencia da cuenta que la pobreza es, al parecer, un factor que por sí solo motiva la intervención del Estado; lo que también fue referido por organismos colaboradores. Sin embargo, no fue posible monitorear esa información, ya que el poder judicial no cuenta con cifras ni registra información respecto a las causales de ingreso de cada medida de protección.²⁸ Lo anterior abre también interrogantes sobre la situación de los derechos fundamentales de los NNA que no se encuentran en una condición socioeconómica tan desfavorable. La pregunta es, ¿solo los niños y niñas pobres de Chile sufren vulneración de sus derechos?

La política pública parece estar diseñada de modo más bien improvisado, respondiendo a diversas situaciones específicas y contingencias particulares, lo que no contribuye a lograr el objetivo de proteger y promover los derechos fundamentales de NNA.

En muchas ocasiones el actuar del Estado, al no estar orientado por una mirada global y responder fraccionadamente a situaciones particulares, más que proteger a NNA cuyos derechos fundamentales han sido afectados, los vulnera y no mejora su situación. Así, por ejemplo, cada programa interviene desde su pequeño marco de acción o lineamiento, evitando entrometerse en otras problemáticas y derivando los casos para que otro programa se encargue, generando que los NNA que sufrieron una determinada vulneración de derechos sean atendidos por muchos programas, en lugares diferentes y por personas distintas, generando sobreintervención y victimización secundaria.²⁹

En este sentido, una de las magistradas entrevistadas sostuvo que:

Lo que vemos es un déficit primero de visión, desde lo sistémico, es decir, de considerar a un niño en su contexto, que no es el niño solo y por tanto no nos sirve solo la intervención de SENA-

28 Información facilitada por el poder judicial, a través de la Corporación Administrativa, a partir del requerimiento realizado mediante la Ley de Acceso a la Información Pública. La información fue entregada el 18 de junio de 2014.

29 Se entiende victimización secundaria aquella nueva victimización causada por las consecuencias de la vulneración.

ME, sea como se conciba, o solo la intervención de SERNAM, en otros casos, sino que [...] la intervención sistémica, integral de la familia, coordinada, interinstitucional e interministerial.³⁰

Otra jueza entrevistada considera problemática la falta de recursos y limitados cupos con que cuentan los Programas del SENAME, que no alcanzan a cubrir a la cantidad de NNA que efectivamente son parte del sistema proteccional.³¹

El hecho de que la política pública en Chile no sea universal, sino pensada solo para aquellos NNA que han sufrido vulneración de derechos, y que ni aun así pueda dar cobertura a todos ellos, actuando de manera desarticulada, sin pensar en los NNA integralmente, permite concluir que esa política actúa más cerca de la doctrina de la situación irregular que de la protección integral. Así lo observa también una de las juezas entrevistadas:

Nosotros todavía estamos haciendo un tránsito desde la situación irregular a la protección integral; el paradigma de la situación irregular no está totalmente superado, atendido a que todavía no tenemos ley de protección integral, no tenemos un defensor del niño [...] mientras no tengamos esa visión y esas garantías, no podemos hablar todavía que estamos en un sistema de protección integral. Creo que vamos hacia allá, [pero] lamentablemente tenemos esta visión adultocéntrica, donde pareciera ser que todavía muchos entendemos que protegemos a un objeto con necesidad de protección y no a un sujeto de derechos[...][actuar] poniéndose en los zapatos del niño, desde la mirada del niño, desde esa perspectiva, implica un paradigma y un enfoque totalmente diferente y creo que, si bien estamos avanzando muchísimo, nos falta una ley de protección integral que esté asegurada desde la legislación.³²

A continuación, analizaremos con atención especial el sistema residencial, uno de los ejemplos más dramáticos de la ineffectividad de la política pública de infancia en Chile, por su escasa capacidad de proteger derechos fundamentales de NNA y las consecuencias negativas que produce su intervención.

4. SISTEMA RESIDENCIAL EN CHILE

El sistema residencial es la política pública de protección, correspondiente a uno de los cuatro lineamientos del SENAME, que está enfocada en aquellos NNA que han sufrido vulneraciones graves en

³⁰ Entrevista realizada el 29 de abril de 2014.

³¹ Entrevista también realizada el 29 de abril de 2014.

³² Íd.

sus derechos y que no tienen posibilidad de vivir con su familia de origen, ni con ningún otro cuidador como referente de protección. En tales casos, el Estado, por medio de resolución judicial, decide que dicho NNA debe ser separado de sus cuidadores e internado en una residencia de protección, las que reciben a varios NNA a la vez y quedan a cargo de su cuidado personal.

Como se señaló en las consideraciones sobre el derecho internacional, los Estados deben evitar que los NNA estén a cargo del sistema residencial o “institucionalizados”, siendo esta una medida de último recurso, y deben permanecer por el menor tiempo posible. De esta forma, la primera consideración que deben tener en cuenta los profesionales de una residencia cuando reciben por primera vez a un NNA es proyectar un egreso en el menor plazo posible, buscando a algún miembro de la familia de origen, familia extensa o cuidador sin vínculo sanguíneo que pueda actuar como referente de protección. Debe apoyar a los cuidadores en sus habilidades parentales y vínculo con el NNA y, cuando ello no es posible, ejercer las acciones necesarias para que se lleve a cabo la adopción, siempre velando por asegurar el derecho de ese NNA de vivir en familia.

En este sentido, la CIDH, en su último informe,³³ ha recomendado que los Estados tengan programas diferentes a las residencias para recibir a los NNA que no puedan estar con su familia de origen, tales como las familias de acogida especializada (FAE). Si bien estas existen en Chile, corresponden a un porcentaje muy inferior al de las residencias. Según información aportada por SENAME,³⁴ en el territorio nacional existen solo 18 programas de familia de acogida, que atienden a 3.848 niño/as, y 275 residencias, que se encargan de 9.647 niños y niñas.

En este contexto, en julio de 2013, CIPER Chile³⁵ publicó la noticia sobre el informe encargado por el poder judicial a Unicef sobre la situación de NNA que se encontraban en residencias proteccionales del SENAME. Los resultados exhibidos a la opinión pública encendieron las alarmas de todos los sectores.

Al mismo tiempo que el Ministerio Público recibió una denuncia por algunos de los hechos descritos en el informe, la Cámara de Diputados inició su propia investigación, la cual correspondía a información de 11 Regiones del país, relativa a 6.481 NNA que viven en sistema residencial.³⁶

Las conclusiones de dicho informe fueron devastadoras para el sistema residencial chileno, ya que se exponían situaciones de grave

33 CIDH, *El derecho del niño y la niña a la familia*, 2013.

34 Información solicitada a través de Ley sobre Acceso a la Información Pública, entregada al equipo investigador el 27 de junio de 2014.

35 CIPER Chile, op. cit.

36 Comisión investigadora, Cámara de Diputados, marzo de 2014.

vulneración de derechos de NNA, las que eran producto de grave descuido, negligencia e incluso actuar delictivo de ciertas personas que se encontraban a cargo de las residencias.

La investigación realizada posteriormente por diversas instituciones³⁷ ha arrojado conclusiones todavía más alarmantes: no solo se trata de algunas residencias administradas con descriterio o incluso con ánimo delictivo, sino que de una política pública que no da respuesta a la situación de grave vulneración en que se encuentran los NNA que están en el sistema residencial, que permite y en muchas ocasiones incluso promueve que se separe a NNA de su medio familiar sin siquiera asegurarse que esa acción sea realmente destinada a la promoción y protección de los derechos de estos.

En la elaboración de este informe—que se basa en información recogida por medio de entrevistas, en datos estadísticos con los que cuenta el SENAME, y en observación participante de las investigadoras en los procesos de trabajo de algunas residencias—se detectaron graves problemas en el sistema residencial chileno. Ello se ve agravado porque se trata de una situación altamente normalizada y generalizada, una muestra de cómo el Estado de Chile está fallando en la política pública de infancia y, al intentar proteger a los NNA, genera en la mayoría de los casos nuevas vulneraciones.

A partir de la exposición en los medios de comunicación de la investigación realizada por CIPER, se organizaron comisiones de investigación de diversas instituciones, tales como la Comisión Ascar del Ministerio de Justicia, la experiencia piloto de apoyo jurídico a residencias que desarrolló el propio SENAME y la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados, que entregó sus resultados en marzo de 2014. En estos últimos se detallan los problemas detectados en las residencias, desde el quehacer judicial hasta de los administradores de estas.³⁸ Los principales problemas que detecta en relación al poder judicial tienen que ver con que:

- Jueces ordenan la internación de un niño o niña, muchas veces sin plazo definido ni objetivos concretos.
- No determinan con claridad el concepto de “grave vulneración de derechos”.
- Las causas no son revisadas regularmente.
- Se observa una escasa aplicación de normas internacionales sobre modalidades de cuidado alternativo de NNA.

³⁷ Íd., Comisión investigadora del Ministerio de Justicia ASCAR, Comisión investigadora de la Contraloría.

³⁸ Informe Comisión Cámara de Diputados.

Asimismo, la comisión detectó:

- Deficiencias graves en la administración de las residencias, ya sean de organismos colaboradores del SENAME o de administración directa.
- Falta de profesionales adecuados y técnicos que puedan realizar una intervención enfocada en la promoción y protección de derechos.
- Supervisión técnica insuficiente.
- Importante número de NNA que son declarados susceptibles de ser adoptados para los que luego no se produce un enlace con una familia adoptiva.
- Falta de oferta programática que pueda brindar reparación a los NNA por vulneraciones sufridas, tanto en sus familias de origen como durante su internación.
- Ausencia de una labor sostenida y planificada que tenga por objetivo trabajar con las familias de origen de NNA, para que estos se puedan reintegrarse en ellas.
- Ausencia de un trabajo sistematizado con adolescentes que no cuentan con familia de origen, que brinde apoyo para una posterior vida independiente.

Todos los informes realizados dan cuenta de la gravedad de la situación de la política pública residencial y la urgencia de generar acciones que la mejoren lo antes posible.

En adición a lo anterior, a partir de la evidencia reunida para este trabajo, se han constatado algunas situaciones de especial preocupación en el sistema residencial:

- a) *La institucionalización es prácticamente la única respuesta estatal para aquellos casos en que NNA son separados de sus familias de origen:* según información aportada por SENAME,³⁹ 9.647 niños y niñas se encuentran en el sistema residencial. Muchos de ellos lo están en virtud de situaciones de vulneración que podrían ser tratadas por otro tipo de programas, dejando la institucionalización como último recurso, ante una situación de grave vulneración.⁴⁰
- b) *Las causales de ingreso registradas son amplias y no responden a una situación específica de vulneración:* según información entregada por SENAME,⁴¹ el 98% de los NNA registran en el SE-

³⁹ Información entregada por medio de Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de junio de 2014

⁴⁰ Esto fue especialmente destacado por uno de nuestros entrevistados, abogado de un organismo colaborador del SENAME, en entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

⁴¹ Información entregada por medio de Ley sobre Acceso a la Información Pública, el 28 de

NAINFO⁴² como causal de ingreso “protección de derechos”, lo que impide determinar con certeza el motivo por el cual los NNA se encuentran institucionalizados.

Si la internación es una situación excepcional, la estadía de un niño o niña en una residencia debiera fundarse en causales determinadas y específicas para asegurar que se está ante una situación de tal gravedad que la amerita como medida de protección. En los hechos, solo se cuenta con causales amplias y desprovistas de significado real, por lo que no es posible establecer la necesidad de la internación.

Un entrevistado refirió que una de las causales de ingreso recurrentes es el consumo de drogas de los padres de los NNA. “Casi un 90% de las causales de ingreso de NNA era por consumo problemático de alcohol y drogas, [y] la ausencia de familia extensa, ausencia de redes de apoyo a los padres y madres”.⁴³ Esta apreciación ilustra cómo el Estado, por no contar con programas que presten un apoyo adecuado a los padres y madres, causa una importante vulneración a los derechos de NNA al ofrecer, como única respuesta, la institucionalización.

- c) *Largas permanencias de NNA en las residencias*: según información aportada por SENAME,⁴⁴ un 48% de los NNA permanece en la residencia un tiempo igual o mayor a la mitad de su edad. Los adolescentes que cumplen 18 años estando en una residencia, han permanecido un promedio de 15 años institucionalizados. Sin perjuicio de lo anterior, no fue posible obtener datos concluyentes al respecto porque no hay registros estadísticos.
- d) *La evidencia indica que los tribunales no revisan con la periodicidad necesaria las causas proteccionales de los NNA que se encuentran bajo el cuidado de una residencia*: según lo referido por algunos entrevistados, existen NNA “que estaban años en una residencia y su situación proteccional nunca fue revisada por un tribunal, en que los informes que debían remitir las residencias a los tribunales no eran aportados por ellas (y es obligación que lo hagan cada 3 meses), pasando 2, 3 años y el tribunal no tenía información actualizada [y] tampoco [...] lo solicitaba de oficio”.⁴⁵ Para verificar esto realizamos una soli-

junio de 2014.

⁴² SENAINFO es el sistema informático con que cuenta SENAME. Cada profesional que trabaja en cualquier programa del SENAME debe completar por cada NNA la ficha diseñada para éste, a lo menos una vez al mes. Por lo tanto, las causales de ingreso señaladas por SENAME fueron ingresadas por los propios profesionales que trabajan cada caso.

⁴³ Entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

⁴⁴ Información entregada por medio de ley sobre acceso a la información, el 27 de junio de 2014.

⁴⁵ Entrevista realizada con fecha 22 de julio de 2014.

citad de información a la Corporación de Administración del Poder Judicial, que, a través de correo electrónico, señaló que no contaba con la información, remitiendo un cuadro con el número de causas proteccionales ingresadas a los tribunales de familia por año. Para 2013, estas ascienden en la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago a 55.289 causas. De ello no posible obtener ninguna conclusión porque el ingreso no significa que se haya concedido la medida y no se indica la causal que lo motivó.⁴⁶

- e) *Dificultades presupuestarias*: una de las importantes falencias del sistema residencial es su presupuesto insuficiente. Se pudo apreciar a través de observación participante en una de las residencias que el presupuesto cubre alrededor del 50% de los gastos de esta, lo que significa que muchos directores deben invertir parte importante de su tiempo en conseguir recursos a través de la buena voluntad de sus socios o colaboradores, en vez de dedicarlo a planificar una intervención enfocada en los derechos de NNA que se encuentran bajo su cuidado.
- f) *Carencia de representación jurídica de NNA*: estos no gozan de un derecho a la defensa técnica en juicio. Según señalaron profesionales de una residencia, en general los abogados curadores ad litem designados están atestados de trabajo y por ello es difícil que puedan representar debidamente los intereses de NNA, ya que no tienen contacto con profesionales de la residencia ni conocen a los niños y niñas.⁴⁷ Si bien este problema afecta a todos los NNA en el sistema proteccional, es más dramático que NNA internados en el sistema residencial no cuenten con abogados que defiendan sus intereses y procuren su derecho de vivir en familia. Esta situación implica que el Estado no da cumplimiento a lo señalado en el artículo 12, número 2, de la Convención, que establece el derecho a la defensa técnica con que deben contar los NNA. Se produce el absurdo que un adolescente en conflicto con la ley penal cuente con un/a defensor/a al momento de ser sancionado, pero no para ver protegidos sus intereses. Si se considera que los NNA son sujetos de derechos, los que pueden ejercer de acuerdo a su autonomía progresiva, deben contar con un/a abogado/a en juicio que defienda sus intereses y deseos. Como se señaló en el acápite sobre normativa interna, la Ley 19.968, en su artículo 19, establece la figura del curador ad litem, la cual

⁴⁶ Información facilitada por el Poder Judicial, a través de la Corporación Administrativa, a partir del requerimiento realizado mediante la Ley de Acceso a la Información Pública. La información fue entregada el 18 de junio de 2014.

⁴⁷ Información obtenida por medio de reunión con profesionales de una residencia, realizada el 13 de mayo de 2014.

tiene escasa aplicación en el sistema proteccional. Así lo señalaron los entrevistados y distintos agentes del sistema. Ello fue referido por un profesional de un organismo colaborador: “Vi que la mayoría de los NNA no cuentan con curador ad litem [...] y, si los tienen, son bastante pasivos [...] son curadores que son nombrados por el tribunal, pero en la práctica no comparecen a las audiencias, no hacen petición alguna en torno a revisar las causas, no se comprometen con los casos, no conocen a los NNA, es una curadoría más nominal que real”.⁴⁸

- g) *La pobreza como factor de la internación*: es un grave problema del sistema residencial chileno que la pobreza continúe siendo uno de los motivos por los cuales los NNA son ingresados a residencias. En este sentido, señala una de las entrevistadas, que dirige una corporación sin fines de lucro por los derechos de infancia:

[en las residencias] ya no señalan expresamente que el NNA es ingresado en virtud de la pobreza en que viven sus padres, porque es conocido por todos los integrantes del sistema que eso no se puede hacer, es decir, que la pobreza no es motivo para la separación de un NNA de su grupo familiar, pero es posible encontrar informes que hacen alusión a las condiciones habitacionales como motivo de ingreso, o padres que no cuentan con condiciones para hacerse cargo... cuando sabemos que lo que debemos hacer como Estado es prestar el apoyo a esos padres para que mejoren sus condiciones, pero no privar a los NNA de su derecho de vivir en familia.⁴⁹

- h) *Mantención del vínculo con la familia de origen*: los sistemas de visitas que las residencias adoptan con las familias o personas significativas de cada NNA son en muchos casos muy restringidos, ya que privilegian el orden y funcionamiento de la residencia. Así lo señala uno de los abogados entrevistados: “En algunas residencias estaba todo mucho más reglado que en otras, en algunas tenían horarios y en otras era más flexibles, pero pude observar que algunas residencias actuaban como obstaculizadores, ya que las visitas molestaban al funcionamiento adecuado de la residencia... el rol de la residencia debería ser propender a que el vínculo se mantenga y se fortalezca; por ende, deberían promover las visitas más que restringirlas”.⁵⁰ Si se considera que las residencias deberían trabajar para el rápido egreso de los NNA, deberían contar

⁴⁸ Entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

⁴⁹ Entrevista realizada el 8 de mayo de 2014.

⁵⁰ Entrevista realizada el 22 de julio de 2014.

con un régimen amplio y flexible de visitas de familiares y otras personas significativas, propiciando el fortalecimiento del vínculo y con ello la responsabilización y habilidades parentales de los posibles cuidadores. A través de observación participante, se pudo apreciar una residencia que sí contaba con un sistema de visitas flexible y amplio, lo que tenía un efecto positivo en el vínculo y posterior egreso de los NNA.⁵¹

Se puede concluir que la situación del sistema de protección es grave y que es urgente que se modifiquen aspectos sustantivos de la política pública para que este sistema proteccional efectivamente proteja, en vez de volver a vulnerar, a los NNA con quienes interviene. Los datos expuestos dan cuenta que la permanencia de NNA en el sistema residencial está lejos de ser excepcional y que en un importante número de casos su duración es tan larga que priva del todo a los NNA de su derecho a vivir en familia, generando graves vulneraciones de derechos, y que en ocasiones es la única respuesta del sistema de protección frente a un niño o niña que requiere la intervención del Estado, perdiendo su carácter de excepción y último recurso.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A partir de lo analizado y revisado en el presente capítulo, hemos llegado a las siguientes conclusiones con respecto a la política pública de infancia sostenida por el Estado de Chile:

- 1 El Estado de Chile aún actúa a partir de la doctrina de la situación irregular, luego de 24 años de ratificada la Convención de Derechos del Niño, no logrando adaptar sus normas y prácticas a la protección integral de derechos. De este modo, muchos de los NNA que son intervenidos a través de la política pública de infancia, en vez de ser protegidos, son nuevamente vulnerados por el propio Estado.
- 2 No existe una intervención estatal integral y sistemática que mire a la infancia como un todo, ofreciendo respuestas que incluyan a los NNA y su contexto de manera sistémica. De este modo, no se actúa fortaleciendo a las redes familiares y comunitarias de cada NNA, sino que de modo fraccionado y desarticulado.
- 3 Hay carencia de una institucionalidad que pueda formular y aplicar la política pública, toda vez que el órgano administrativo a

51 Información obtenida por medio de reunión con profesionales de una residencia, realizada el 13 de mayo de 2014.

cargo de esta materia solo tiene mandato para atender a los NNA que han sido gravemente vulnerados en sus derechos y no a todos los NNA que habitan en el país.

- 4 El Estado no cuenta con estadísticas que le permitan conocer exhaustivamente la situación real de los NNA intervenidos. No hay cifras que den cuenta, por ejemplo, de las medidas de protección que se interponen ante tribunales ni de su seguimiento, así como tampoco de la situación socioeconómica de la población que se atiende, entre otros aspectos.

A partir de las conclusiones obtenidas en el presente capítulo, se formulan las siguientes recomendaciones:

- 1 Aprobar la ley de promoción y protección integral de derechos, derogando la actual Ley de Menores, haciendo especial énfasis en la normativa en todos los NNA, y asegurando la protección y promoción de todos sus derechos fundamentales.
- 2 Generar un órgano que articule la política pública de infancia, capaz de generar una intervención con enfoque sistémico, interviniendo al NNA con todo su contexto familiar, comunitario y educacional, para detener la vulneración de derechos y promover una cultura de derechos alrededor de la intervención.
- 3 En conexión con lo anterior, urge una institucionalidad infanto juvenil con mayores atribuciones y presupuesto, que pueda efectivamente articular la política pública y realizar un adecuado trabajo intersectorial que permita un abordaje integral de las necesidades de NNA.
- 4 Generar un sistema de estadísticas que permita evaluar la intervención estatal y sus efectos, generando mejoras y rediseños del sistema enfocados en la protección y promoción de los derechos.
- 5 En cuanto al sistema residencial, es urgente que se trate efectivamente de una medida de última ratio y excepcional. Para ello, se requiere:
 - Aplicación de causales claras y específicas que funden la medida de separación con la familia de origen.
 - Determinación de plazos para internación y efectivo control de la judicatura de ellos.
 - Implementación cuantitativamente mayor de los programas de familias de acogida, que permita dar una respuesta distinta frente a la de separar a un niño o niña de su familia de origen.
- 6 En el sistema de residencias resulta indispensable:
 - Aumentar el presupuesto destinado a dichas instituciones.
 - Capacitar a los profesionales para generar intervenciones tendientes al egreso de NNA a un medio familiar.

- Fortalecer el sistema de abogados/as curadores ad lítem, para que los NNA puedan contar con defensa técnica efectiva de sus intereses y deseos.