



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

NOCIÓN DE NIÑEZ VULNERABLE EN EL DERECHO DE NIÑEZ CHILENO

RODRIGO MOLINA REYES
CRISTIAN ACEVEDO VERGARA

Proyecto de memoria, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Lucía Rizik Mulet

Santiago, Chile
2021

A nuestras familias por su apoyo constante durante este proceso y a nuestra profesora guía Lucia Rizik Mulet por su dedicación y compromiso.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
1. CAPÍTULO 1: DERECHO DE LA NIÑEZ (MARCO TEÓRICO Y MARCO JURÍDICO)	7
1.1 Marco teórico	7
1.1.1 Antecedentes.....	7
1.1.2 Base teórica	9
1.1.3 ¿Por qué los NNA merecen un estatuto de protección especial?	14
1.1.4 ¿Qué es una vulnerabilidad?.....	15
1.2 Marco jurídico	16
1.2.1 Legislación internacional	16
1.2.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño.....	16
1.1.1.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	17
1.1.1.3 Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño	18
1.1.2 Legislación Nacional.....	19
1.2.1 Constitución Política de la República.....	19
1.2.2 Derecho Civil	19
1.2.2.1 Código Civil Títulos VIII y IX.....	19
1.2.2.2 Ley 19.620 (Ley de Adopción)	20
1.2.3 Derecho Penal.....	20
1.2.3.1 Ley 20.084 (Ley de Responsabilidad Penal Adolescente).....	20
1.2.4 Derecho Laboral	21
1.2.4.1 Reglas de Capacidad (artículos 13 a 18).....	21
1.2.4.2 Convenio 138 de la OIT (Convenio sobre Edad Mínima de Empleo)	21
1.2.4.3 Convenio 182 de la OIT (Convenio sobre Peores Formas de Trabajo Infantil) ...	22
1.2.5 Sustracción Internacional	22
1.2.6 Normativa sobre Educación para la Niñez	23
1.2.6.1 Ley 20.370(Ley General de Educación)	23
1.2.6.2 Ley 20.536 (Ley de Violencia Escolar)	24
1.2.6.3 Ley 21.128 (Ley Aula Segura).....	25
1.2.7 Protección a la Infancia Vulnerable (Infancia en situación de riesgo y desamparo) ...	26

1.2.7.1 Ley 19.968 (Creación de los Tribunales de Familia)	26
1.2.7.2 Ley 16.618 (Ley de Menores)	27
1.2.7.3 Oficina de Protección de Derechos (OPD).....	27
1.2.7.4 Programa Mi Abogado.....	28
1.2.8 Defensa de los Derechos de la Niñez	28
1.2.8.1 Defensoría de la Niñez.....	28
1.2.8.2 Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH).....	29
2. CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE INFANCIA EN SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO; INFANCIA QUE PROTEGE EFECTIVAMENTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	30
2.1 Situaciones de desprotección.....	31
2.1.1 Situaciones de riesgo y desamparo	32
2.1.1.1 Situación de riesgo.....	32
2.1.1.2 Situación de desamparo	33
2.1.2 Maltrato infantil:.....	34
2.2 ¿Por qué el ordenamiento jurídico chileno, protege a la infancia vulnerable y no otra?36	36
CONCLUSIÓN.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	50

INTRODUCCIÓN

Para efectos de esta tesis, se hará un análisis jurídico y teórico de lo que representa la vulnerabilidad de los niños en nuestro país, analizando cómo nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina abordan esta problemática. Luego analizaremos a la infancia en situación de riesgo y desamparo, que es la que efectivamente protege la legislación nacional. Aquí explicaremos por qué el ordenamiento jurídico chileno protege más a esa infancia y no otra, intentando encontrar nuestra propia explicación a través de esta investigación.

Hablar de las vulneraciones de derechos de niños, niñas o adolescentes (NNA) es un trabajo complejo, ya que tenemos que referirnos a diferentes normas que lo consagran, tanto nacionales como internacionales, además saber cómo se trata el proceso de vulneraciones en Chile y en el mundo, sobre todo porque es un tema al que cada legislador le da una tratativa especial.

Las vulneraciones de derechos a NNA ocurren a cada minuto en Chile y en el mundo, la transgresión al interés superior del niño es una de las grandes problemáticas que existen hoy en día, es por lo anterior que cada país debe tener establecido la forma de tratar las vulneraciones y cuál será su actitud frente a estas.

En el sistema judicial chileno la noción de vulneración es subjetiva, ya que según dispone el artículo 31 de la ley 16.618 (Ley de Menores) “El juez podrá ejercer las facultades que le otorga esta ley, a petición del Ministerio Público, de los organismos o entidades que presten atención a menores, de cualquiera persona y aun de oficio. En el ejercicio de estas facultades podrá el juez ordenar las diligencias e investigaciones que estime conducentes”. Por ende, según lo establecido en el último inciso del citado artículo, para algunos jueces en casos muy similares hay vulneraciones, pero para otros no las hay.

Es por esto que, en este trabajo de investigación analizaremos la noción de vulneración de derechos en el derecho de niñez chileno. Analizando qué establece nuestra legislación sobre

las vulneraciones, cuál es la norma internacional que se encuentra ratificada por Chile, y qué establece la doctrina nacional e internacional.

Respecto a la situación nacional, según el CENSO del año 2017 Chile tiene una población total de 17.574.003 millones de personas, y un 24,2% son NNA entre 0 y 17 años. Es por lo anterior que, nuestro país tiene un porcentaje importante de este grupo etario.

Lamentablemente aun cuando varios sistemas constitucionales reconocen a los NNA de manera explícita en favor de sus derechos en el ámbito constitucional, nuestro país aún no lo reconoce en su carta magna, pero de igual manera cabe mencionar que existen leyes que si lo abordan (ley 16.618, ley 19.968 y nuestro Código Civil), y a las que nos vamos a referir más adelante.

Conforme lo señalado por Nicolás Espejo Yaksic: “la Constitución Política de la República de Chile no reconoce formalmente ni a la infancia ni a los derechos del niño (incluido su interés superior); a pesar de ello, el Tribunal Constitucional ha ido incipientemente incorporando tales derechos por vía de la utilización de la CDN”¹ .

La doctrina nacional está de acuerdo en que el sistema chileno de protección especial de derechos de NNA que hay hoy en Chile, produce vulneración en su derecho fundamental a vivir en familia. Fabiola Lathrop enuncia al respecto que, a diferencia de la tendencia mundial, nuestro sistema se caracteriza por un marcado intervencionismo estatal en la esfera familiar de NNA, primando la actuación judicial a aquella administrativa. Además, cuenta con un deficiente marco regulatorio de las medidas de protección de derechos de NNA, al carecer de una verdadera naturaleza preventiva e integral y de supuestos de procedencia claros.²

¹ ESPEJO YAKSIC, Nicolás. Constitución Política e Infancia. Santiago, Chile, Andros Ltda., 2017. 13 p. Disponible en: <<https://www.unicef.org/chile/informes/constitucion-politica-e-infancia-una-mirada-desde-los-derechos-de-los-ninos-ninas-y>>.

² LATHROP GÓMEZ, Fabiola. La protección especial de Derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. Revista Chilena de Derecho Privado, Año 14 (Nº22): 197-229, julio. 2014.

1. CAPÍTULO 1: DERECHO DE LA NIÑEZ (MARCO TEÓRICO Y MARCO JURÍDICO)

1.1 Marco teórico

1.1.1 Antecedentes

Para explicar la noción de vulnerabilidad de la niñez en el ordenamiento jurídico chileno debemos comenzar por una mención breve sobre los derechos humanos, ya que es el comienzo del “por qué” existe un estatuto internacional especial que los reconoce como tal.

Los derechos humanos son los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos; no están garantizados por ningún estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, género, origen étnico o nación, color, religión, idioma o cualquier otra condición. Varían desde los más fundamentales – el derecho a la vida – hasta los que dan valor a nuestra vida, como los derechos a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la salud y a la libertad.³

La Declaración de los Derechos Humanos marcó un hito en la historia del mundo, ya que todas las personas deben vivir una vida en libertad, igualdad y dignidad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) nació por la falta de consenso que existía en la época sobre la obligación que tenían los estados de proteger y respetar los derechos intrínsecos de los seres humanos. Posterior a la Segunda Guerra Mundial, se evidenciaron continuas vulneraciones, por esto que, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó la tarea de elaborar una propuesta en donde existiera una serie de instrumentos que tuvieran como fin, la protección de los Derechos Humanos.

³ Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ¿En qué consisten los Derechos Humanos?, Sin año. Disponible en: < <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx> >.

En 1946 se comenzó la redacción de la DUDH por un comité integrado por diferentes países (Estados Unidos, Líbano y China), donde tiempo después se ampliará para incluir a diferentes representantes, entre ellos Chile. El 10 de diciembre de 1948 en París, se sometió a discusión y votación el proyecto de DUDH, el cual fue aprobado por 48 votos a favor.⁴

La DUDH contiene 30 derechos y libertades que pertenecen a todas las personas por el hecho de ser tal, estos serán la base para el derecho internacional, que hasta el día de hoy todas las naciones deben respetar y promover.

El origen y fundamento de los derechos humanos nos llevan a tres marcos teóricos, en donde los filósofos explicaron el concepto y fundamento de los derechos. Estos son el iusnaturalismo, positivismo y el constructivismo moral.

Las existencias de los derechos humanos se encuentran en la esencia de la persona, pero estos se deben hacer efectivos en un derecho positivo (escrito), así ocurre con la DUDH y en el caso de los NNA en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

Pero dentro de la sociedad existe un grupo de personas que tienen derechos, pero se encuentran limitados en poder ejercerlos. Estos son los niños, niñas y adolescentes, ya que por su calidad de dependencia que tienen con sus padres y/o adultos que se encuentren a su cuidado, se enmarcan dentro de un grupo que tiene mayores probabilidades de vulneración.

Es por esto que, los NNA tienen necesidades respecto a los adultos y estas deben ser satisfechas en un espectro amplio de su vida.

⁴ Amnistía Internacional, ¿Qué es la Declaración Universal de Derechos Humanos y por qué se creó?. Disponible en: <<https://amnistia.org.ar/que-es-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos-y-por-que-se-creo/>>.

1.1.2 Base teórica

Teoría de la Necesidades:

Podemos definir una necesidad como la distancia, hiato o vacío que existe entre la situación tal como una persona la está viviendo en el presente y tal como le gustaría vivirla en el futuro.⁵

Aquí nacen los derechos de la infancia desde la perspectiva de las necesidades, ya que existen necesidades básicas universales para todos los seres humanos (incluyendo a los NNA), entonces serán el fundamento moral de los derechos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Algunos autores que nos hablan al respecto de las necesidades:

1) Abraham Maslow:

En 1943, Abraham Maslow plantea su “Teoría de la Motivación Humana”, la cual tiene su origen en las ciencias sociales y fue ampliamente utilizada por el área psicológica. Esta teoría fue el primer paso para poder introducirnos en las necesidades humanas y el “por qué” se recogieron las necesidades universales y se plasmaron en las leyes o tratados internacionales.

La “Teoría de la Motivación Humana”, propone una jerarquía de necesidades y factores que motivan a las personas; esta jerarquía se modela identificando cinco categorías de

⁵ INFO NEGOCIACIÓN [en línea]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Sin año.- [fecha de consulta: 30 diciembre 2020.] Disponible en :< <http://www.infonegociacion.net/pdf/piramide-necesidades-maslow.pdf> >.

necesidades y se construye considerando un orden jerárquico ascendente de acuerdo a su importancia para la supervivencia y la capacidad de motivación”⁶

De acuerdo a la teoría, el ser humano avanza en el camino de las necesidades, porque cada vez que una necesidad se encuentra satisfecha, nacen nuevas necesidades. Por ende, las necesidades irán en orden ascendente según la pirámide creada por Maslow.

Maslow detalla cinco categorías de necesidades:

1. Necesidades fisiológicas: Son de orden biológico, relativas a la supervivencia del hombre, son las cosas básicas. Ejemplo: comer, dormir, beber agua, necesidad alimentaria, etc;
2. Necesidades de Seguridad: Surgen cuando las fisiológicas se encuentran satisfechas, se refieren a sentirse seguro y protegido (salud, trabajo, ingresos, etc.);
3. Necesidades de amor, afecto y pertenencia: Se encuentran satisfechas las dos necesidades anteriores, surgen estas que están destinadas a la superación de sentimientos de alineación y soledad (formar familia, casarse, pertenecer a alguna organización, etc.);
4. Necesidades de estima: Vinculadas con el autoestima, logros particulares y reconocimientos por parte de los demás, etc;
5. Necesidades de auto-realización: Se hallan en la cúspide de la jerarquía, es el cumplimiento de la potencialidad personal⁷.

Además de las cinco necesidades explicadas, Maslow identificó otras tres categorías de necesidades: 1. Las estéticas: Motivadas por la necesidad de belleza exterior y experiencias gratificantes; 2. Las cognitivas: Asociadas al deseo de conocer; 3. La de auto-trascendencia: Objetivo promover una causa mas allá de si mismo⁸.

⁶ QUINTERO, José. Teoría de las Necesidades de Maslow [en línea]: Teoría de las Necesidades de Maslow. 2012. [fecha de consulta: 2 de enero de 2021]. Disponible en: <https://www.academia.edu/39037769/TEOR%C3%8DA_DE_LAS_NECESIDADES_DE_MASLOW>.

⁷ **Angarita, José Quintero. 2012. Teoría de las Necesidades de Maslow.** Bogotá : Corporación Universitaria Iberoamericana, 2012.

⁸ *Ibíd.*

2) Doyal y Gough:

En 1992 publican la obra titulada *A theory of human needs*, posteriormente fue traducida al castellano en 1994 con el título “Teoría de las necesidades humanas”.

Doyal y Gough adoptan una definición negativa del concepto de necesidades universales: en el sentido de que estas se consideran como objetivos y estrategias que, si no son alcanzadas por el ser humano, comprometen seriamente su integración satisfactoria dentro de su grupo social.⁹

Las necesidades universales pueden resumirse en dos:

1. Salud Física.
2. Autonomía.

Además existen ciertas necesidades secundarias que ayudarán para que se concreten las principales, estas Doyal y Gough las define como: “aquellas cualidades de los bienes, servicios, actividades y relaciones que favorecen la salud física y la autonomía humana en todas las culturas”¹⁰.

Satisfactores universales o necesidades intermedias en la teoría de Doyal y Gough:

- Alimentos nutritivos y agua limpia.
- Alojamiento adecuados a la protección contra los elementos
- Ambiente laboral desprovisto de riesgos
- Medio físico desprovisto de riesgos
- Atención sanitaria apropiada

⁹ OCHAITA ALDERETE, E. y ESPINOSA BAYAL, M. Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 25-46, 2012

¹⁰ OCHAITA ALDERETE, E. Y ESPINOSA BAYAL, M. Los Derechos de la Infancia desde la Perspectiva de las Necesidades. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 201-202, 1992.

- Seguridad en la infancia
- Relaciones primarias significativas
- Seguridad física
- Seguridad económica
- Enseñanza adecuada
- Seguridad en el control de nacimientos, en el embarazo y en el parto.

Es necesario la satisfacción de las necesidades de segundo orden para alcanzar la plena salud y autonomía.

Además, si leemos resumidamente las necesidades intermedias, podemos pensar que tienen un grado de similitud con los derechos que se encuentran en la Convención de los Derechos del Niño.

El enfoque de necesidades no se opone en absoluto al enfoque de derechos en la concepción del desarrollo humano, por el contrario, las necesidades -no solo las de salud física, sino las de autonomía- se consideran el fundamento moral de los derechos humanos universales ¹¹.

Los menores de edad, como habíamos explicado anteriormente, tienen dificultad para justificar sus derechos, porque desde un punto de vista del derecho, no tienen capacidad para ejercerlos (capacidad de ejercicio). Con la Teoría de las Necesidades con un enfoque en la infancia podremos formar la base para justificar aquellos derechos.

¹¹ Boni, A. (2005). La educación para el desarrollo en la enseñanza universitaria como una estrategia de cooperación orientada al desarrollo humano. Tesis doctoral inédita Universidad de Valencia.

Necesidades Infantiles Universales:

Ochaita y Espinosa crearon una propuesta de satisfactores primarios, o necesidades secundarias de salud física y autonomía desde el nacimiento a la adolescencia.

SALUD FÍSICA	AUTONOMÍA
Alimentación adecuada	Participación activa y normas estables
Vivienda adecuada	Vinculación afectiva primaria
Vestidos e higiene adecuada	Interacción con adultos
Atención sanitaria	Interacción con iguales
Sueño y descanso	Educación formal
Espacio exterior adecuado	Educación informal
Ejercicio físico	Juego y tiempo de ocio
Protección de riesgos físicos	Protección de riesgos psicológicos
Necesidades sexuales	Necesidades sexuales

Fuente: Ochaíta y Espinosa, 2004.

Estas son las condiciones indispensables para que un niño o una niña pueda desarrollarse sano y autónomo y adaptarse de forma activa a la sociedad.

1.1.3 ¿Por qué los NNA merecen un estatuto de protección especial?

Durante toda nuestra historia se ha visto reflejado como los derechos de los NNA han tomado protagonismo dentro de los ordenamientos jurídicos, ha existido una línea temporal de mejoría, en donde existieron cambios predominantes en materia de niñez. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 estableció el pilar para que existan estatutos proteccionales.

Esta Convención marcó, para buena parte de la doctrina, un hito en la consideración y el tratamiento jurídico que el niño había tenido en la normativa internacional hasta ese momento, sustituyendo la tradicional dinámica proteccionista, dominante en las Declaraciones sobre los derechos del niño de Ginebra de 1924 y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, por una consideración del niño como sujeto -y no como objeto- de Derecho¹².

Finalmente, los NNA merecen un estatuto de protección especial por la situación en la que se encuentran, que en definitiva es la desprotección por parte de los Estados y ordenamientos jurídicos.

María del Carmen Barranco Avilés explica que pueden existir 3 razones de por qué existe escasa presencia jurídica: “La primera explicación posible es que los niños sean titulares de los mismos derechos que los adultos, de modo que se considera que las normas que amparan a los mayores de dieciocho años frente a vulneraciones en sus derechos, amparan también a quienes aún no han alcanzado esta edad”. “Otra explicación posible, más pesimista, tiene que ver con que quizá también en relación con los niños tenga sentido señalar algunas de las insuficiencias del modelo sobre el que se construyen nuestros sistemas de derechos. Insuficiencias que, por ejemplo, han sido en buena parte desveladas en relación con los

¹² LLANO ALONSO, Fernando. Ignacio CAMPOY CERVERA, La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección, Dykinson, Madrid, 2006, 1052 pp. Derechos y Libertades, 346(23); pp. 311-321, junio 2010.

derechos de la mujer”. “Por último, sería posible también imaginar un contexto en el que los niños no se consideren igualmente dignos que los adultos”¹³.

Como vemos existen variadas razones por las cuales debe existir un estatuto proteccional especial para los NNA, y va en cada Ordenamiento Jurídico la opción por cual se incline, así tendrán que decidir cuál será el mejor método para la protección de los derechos de la niñez.

1.1.4 ¿Qué es una vulnerabilidad?

La frase "vulneración de derechos" es muy utilizada en el idioma del derecho y se puede encontrar en diferentes ámbitos, como en el derecho de familia, laboral, penal, ambiental, etc. Pero nuestra Constitución no da una definición y es por lo anterior que muchas veces los derechos de los NNA están siendo transgredidos pero nuestro poder judicial o administrativo, no lo percata.

Según la Defensoría de la Niñez “El concepto de vulneración de derechos corresponde a cualquier trasgresión a los derechos de niños, niñas y adolescentes establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, la cual puede ser constitutiva de delito o no, dependiendo de nuestra legislación. Independientemente de ellos, cualquier vulneración de derechos es grave, por lo que los Estados deben realizar todas las acciones destinadas a prevenir estos hechos y a entregar mecanismos de restitución de derechos una vez ya vulnerados ¹⁴

¹³ BARRANCO ÁVILES, María y GARCÍA FERRER, Juan. Reconocimiento y protección de los Derechos de los Niños. Madrid, España: Instituto Madrileño del Menor y la Familia, 2006. 192 p.

¹⁴ Defensoría de la Niñez -¿Qué se entiende por vulneración de Derechos? [en línea] Santiago, Chile [fecha de consulta: 21 de octubre de 2020] Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entiende-por-vulneracion-de-derechos/#:~:text=El%20concepto%20de%20E2%80%9Cvulneraci%C3%B3n%20de,no%2C%20dependie%20de%20nuestra%20legislaci%C3%B3n>.

Pero es importante también preguntarse, ¿por qué en sí la infancia está en situación de vulnerabilidad? ¿por qué la infancia, es decir, NNA, como grupo etario en específico se encuentra en situación de vulnerabilidad? Una idea que ilustra al respecto, sin ser del todo acertada, es que, su condición se presta para muchas situaciones de abuso, cuyas formas de expresión se traducen por ejemplo en el trabajo infantil, la prostitución infantil, no asistir a la educación escolar, etc.

1.2 Marco jurídico

1.2.1 Legislación internacional

1.2.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, definidos como personas menores de 18 años, y que obliga a los gobiernos a cumplirlos.

La CDN se convirtió en ley en 1990, después de ser firmada y aceptada por 20 países, entre ellos España. Hoy, la Convención ya ha sido aceptada por todos los países del mundo excepto Estados Unidos.

Los 54 artículos que componen el texto recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños. Tiene 3 protocolos que la complementan: el protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; el protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados; y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño.

Chile ratificó la CDN en 1990 y esta se rige por 4 principios fundamentales, que a su vez guían nuestra legislación (se desarrollarán más adelante).¹⁵

1.1.1.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

La Convención Americana, -también llamada Pacto de San José de Costa Rica-, en adelante, la Convención, es un tratado internacional que prevé derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. Fue ratificada por el Estado de Chile el 10 de agosto de 1990.

Es importante en el ámbito de los derechos de la niñez, pues su artículo 19 establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.¹⁶

La Convención creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano autónomo que, entre otras labores, tiene la de elaborar las Opiniones Consultivas, que son la respuesta a consultas formuladas por Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) u órganos de la misma, vinculadas a:

- a) Compatibilidad de las normas internas con la Convención.
- b) La interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos¹⁷.

¹⁵ 1. No discriminación (artículo 2): El niño no deberá sufrir discriminaciones por raza, color, género, idioma, religión, nacionalidad, origen social, casta o discapacidad.

2. El interés superior del niño (artículo 3): Las leyes que afecten a la infancia deben beneficiarla de la mejor manera posible.

3. Supervivencia, desarrollo y protección (artículo 6): Las autoridades del país deben proteger al niño y garantizar su pleno desarrollo, tanto físico como social.

4. Participación y ser escuchado (artículo 12): Los niños tienen derecho a expresar su opinión en las decisiones que les afecten, y que sus opiniones se tomen en cuenta.

¹⁶ Artículo 19, Decreto 873 de 1990. [Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”], Santiago, Chile, agosto de 1990. D.O. del 5 de enero de 1991. Disponible en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022> >

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos- ¿Qué son las opiniones consultivas? – [en línea] Sin año. San José, Costa Rica. [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/que_son_las_opiniones_consultivas.cfm>

En la materia que nos atañe, hay una relevante Opinión Consultiva de la Corte , que es la 17-2002 , sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, cuya finalidad fue la de determinar si las medidas especiales dispuestas en el artículo 19 de la Convención representan “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados”¹⁸ en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

La Opinión emitida por la Corte contiene 18 puntos, siendo uno de los más importantes que debe preservarse y favorecer la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.¹⁹

1.1.1.3 Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

Desde 1991 existe un Comité de los Derechos del Niño, conformado por un grupo de 18 expertos de distintas nacionalidades, quienes trabajan para profundizar en diversas materias de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA). Una de esas tareas es generar Observaciones Generales de algunos artículos de la Convención de Derechos del Niño (CDN).

Para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité de los Derechos del Niño se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia. La labor del Comité, como un órgano internacional de expertos en la materia, ha sido fundamental para dar a conocer el contenido de la Convención a través de Observaciones Generales²⁰.

¹⁸ Opinión Consultiva OC-17/2002. Agencia de la ONU para los Refugiados, San José, Costa Rica, 28 de agosto de 2002. [fecha de consulta: 15 de diciembre de 2020] Disponible en <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>>

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ UNICEF- Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, Sin año. [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2020]. Disponible en <<https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>>.

Actualmente hay 24 observaciones, las que van desde los propósitos de la educación, hasta los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil.

1.1.2 Legislación Nacional

1.2.1 Constitución Política de la República

Aunque varios sistemas constitucionales todavía no reconocen explícitamente a los niños como una categoría constitucional de manera formal (como la constitución política chilena), el reconocimiento de los niños se ha reconocido gradualmente de dos maneras. Por un lado, a través de la interpretación dinámica del propio texto constitucional, la enmienda constitucional o su equivalente legal (en ausencia de una constitución escrita). Por otro lado, a través de la incorporación gradual del derecho internacional de los Derechos Humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos regionales.

Si bien tenemos en nuestra Carta Magna alusión a la niñez en el artículo 19 numeral 4 y numeral 10, esta enunciación queda al debe con la última, pues solo habla de los niños en su condición de hijos y no en su condición de niños, es decir es un mecanismo de protección que se le entrega a los padres para con los hijos en cuanto a sus derechos a ejercer la crianza y educación sobre estos últimos.

1.2.2 Derecho Civil

1.2.2.1 Código Civil Títulos VIII y IX

El derecho civil en materia de protección de NNA, contempla los títulos VIII y IX.

El título VIII hace alusión a las acciones con que cuentan los hijos no reconocidos como tal por sus padres para impetrar procedimientos dirigidos a contar con este reconocimiento; y el Título IX, regula las obligaciones existentes entre los padres y los hijos.

1.2.2.2 Ley 19.620 (Ley de Adopción)

Cuando no existe la posibilidad de que al NNA se le brinde el afecto y cuidado cruciales en esta etapa de su desarrollo por parte de sus padres o familiares llamados por la ley al efecto, existe la posibilidad de que personas que, cumpliendo ciertos requisitos, puedan adoptar al menor.

La adopción se entiende como el acto de recibir legalmente como propio a un hijo que biológicamente no lo es, para brindarle el afecto y los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales²¹. Aquí, tenemos que evidenciar su finalidad, ya que “su objeto es velar por el interés superior del adoptado”²².

1.2.3 Derecho Penal

1.2.3.1 Ley 20.084 (Ley de Responsabilidad Penal Adolescente)

Esta ley establece un sistema de responsabilidad para los menores infractores de la ley, cuyo rango etario es de mayores de catorce y menores de dieciocho años. El objetivo básico de esta ley que contempla a los menores, es su reinserción en la sociedad, mediante la implementación de programas especiales (Biblioteca del Congreso Nacional, 2008)²³.

Actualmente se encuentran en discusión en el Congreso Nacional, modificaciones a esta norma, siendo la más importante de estas, la creación del Servicio de Reinserción Social Juvenil.

²¹ Ley fácil: Adopción, año 2010 [en línea]. Chile. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. [fecha de consulta: 16 de diciembre de 2020] Disponible en: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/adopcion>

²² Artículo 1 Ley 19. 620.Chile. [Dicta normas sobre Adopción de Menores], D.O. del 5 de agosto de 1999. Santiago, Chile, julio de 1999.

Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=140084>

²³ **Biblioteca del Congreso Nacional. 2008.** Ley Fácil . *Guía Legal: Ley Penal Juvenil* . [En línea] 14 de mayo de 2008. [Citado el: 26 de mayo de 2021.] <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-penal-juvenil>.

Las sanciones previstas en la Ley N.º 20.084 son variadas y de diversa naturaleza a las asignadas por el Código Penal a los adultos, y se caracterizan por tener una finalidad responsabilizadora y de integración social. El cuadro en que se enmarca esta ley, es coherente con la Convención sobre Derechos del Niño²⁴ (Fiscalía de Chile , [s.a]).

1.2.4 Derecho Laboral

1.2.4.1 Reglas de Capacidad (artículos 13 a 18)

En el capítulo II del Código del Trabajo, el legislador se ocupa de proteger los derechos de los NNA que se desempeñen en alguna actividad laboral, de manera taxativa, evitando la libre discrecionalidad de los empleadores a la hora de contratar a un NNA, procurando la protección de sus derechos ante prácticas que vulneren los mismos.

El Código del Trabajo se refiere a “Los menores de dieciocho años y mayores de quince”²⁵ quienes podrán celebrar contratos de trabajo, pero siempre y cuando “no perjudiquen su salud y desarrollo”²⁶, siendo exigido, además, que cuenten con autorización expresa del padre o madre, o las personas llamadas por la ley a falta de estos últimos. Y, ante todo, se establecen limitaciones de manera que, por una relación laboral, no se vea afectado su derecho a recibir una educación. Como reza el artículo 13 del Código del Trabajo, “las labores no deberán dificultar su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación”.²⁷

1.2.4.2 Convenio 138 de la OIT (Convenio sobre Edad Mínima de Empleo)

A lo largo de los 100 años de existencia de la Organización Internacional del Trabajo, esta ha tenido entre sus principales objetivos, la eliminación del trabajo infantil²⁸. Este convenio

²⁴ **Fiscalía de Chile . [s.a].** *Responsabilidad Penal Adolescente.* [En línea] [s.a]. [Citado el: 25 de mayo de 2021.] <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/areas/adolescente.jsp>.

²⁵ Artículo 13, DFL 1, [FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CODIGO DEL TRABAJO] de 2002, D.O. de 16 de enero de 2003. Disponible en:<
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207436> >

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

fue firmado en 1973, en Ginebra, y entró en vigor en 1976. Fue ratificado por nuestro país el 1 de febrero de 1999.

El artículo 2 numeral 3 de este cuerpo normativo dispone que la edad mínima no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años²⁹

1.2.4.3 Convenio 182 de la OIT (Convenio sobre Peores Formas de Trabajo Infantil)

Convenio firmado en 1999. La OIT estima que más de 250 millones de chicos, entre los 5 y 14 años, son forzados a trabajar para sobrevivir y mantener a sus familias. Más del 70% lo realiza en condiciones peligrosas.³⁰

Las peores formas de trabajo infantil, de acuerdo con el Convenio N° 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Chile en el año 2000, se refiere a la explotación de niños, niñas y adolescentes por parte de adultos, en actividades económicas que ocasionan daño a su desarrollo físico, psicológico y moral.³¹

1.2.5 Sustracción Internacional

En esta materia se encuentra el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, instrumento multilateral que pretende, sin entrar a cuestiones de fondo sobre los derechos parentales, restituir al menor al Estado de su residencia habitual.³²

²⁹ Artículo 2 DECRETO 227, año 1999. CHILE. [PROMULGA LOS CONVENIOS N.º 87, 98, 105 Y 138, ADOPTADOS POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO], D.O. del 12 de mayo de 1999, Santiago, Chile, febrero de 1999.

Disponible en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=136328> >

³⁰ MEDINA, Romina. El Convenio N° 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, 1999. Humanium.

³¹ SENAME. LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL (PFTI). Sin año.

³² PINO MONTERO, Alejandra y QUIROZ LÓPEZ, Eduardo. Análisis doctrinario y jurisprudencial del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Memoria (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, enero 2015. 398 p.

El objeto de la Convención, se encuentra en su artículo 1, el cual dispone que es:

- a) Asegurar el inmediato regreso de los niños trasladados a, o retenidos ilícitamente en cualquier Estado Contratante;
- b) Hacer respetar efectivamente en los demás Estados Contratantes los derechos de tuición y de visita existentes en un Estado Contratante³³.

1.2.6 Normativa sobre Educación para la Niñez

1.2.6.1 Ley 20.370(Ley General de Educación)

Fue promulgada el 17 de agosto de 2009. Esta ley reemplazó a la antigua Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza. Derogó lo atinente a la educación general básica y media, manteniendo todo lo relativo a la educación superior. Garantiza, por parte del Estado, el acceso gratuito y financiamiento fiscal para el primer y segundo nivel de transición, es decir, Pre Kínder y Kínder.

Para asegurar la calidad de la educación el Estado crea un Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación, que deberá encargarse de mantener los estándares de calidad a través de cuatro instituciones:

- Ministerio de Educación: Propone las bases curriculares, programas de estudio y estándares de calidad, y da apoyo a los establecimientos para su cumplimiento.
- Consejo Nacional de Educación: Nueva institución creada por la LGE. Aprueba las bases, planes y estándares de calidad concebidos por el Ministerio. Lo componen académicos

³³ Artículo 1 DECRETO 386 de 1994.CHILE. [Promulga la Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños], D.O. del 17 de junio de 1994.Santiago, Chile, marzo de 1994. [fecha de consulta:19 de diciembre de 2020] Disponible en:<
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=12931&idParte=0> >

destacados, docentes, representantes de las universidades y profesionales de la educación designados por el Presidente de la República.

- Agencia de Calidad de la Educación: También es una nueva institución. Evalúa e informa sobre la calidad de los establecimientos educacionales.
- Superintendencia de Educación: Nueva institución que fiscalizará que los establecimientos educacionales cumplan con las normas educacionales y las cuentas públicas, cuando corresponda.³⁴

El artículo 1° de la citada ley regula los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad educativa, Fijar los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de educación parvularia, básica y media, regular el deber del Estado de velar por su cumplimiento, y establece los requisitos y el proceso para el reconocimiento oficial de los establecimientos e instituciones educacionales de todo nivel, con el objetivo de tener un sistema educativo caracterizado por la EQUIDAD y la CALIDAD de su servicio.³⁵

1.2.6.2 Ley 20.536 (Ley de Violencia Escolar)

Esta ley surge como una forma de abordar el problema del acoso en los establecimientos educacionales, una práctica reprochable, en la cual la entidad educativa tiene la responsabilidad de adoptar las medidas correctivas, pedagógicas o disciplinarias que correspondan, de acuerdo a su reglamento interno.

Si realizada la denuncia de una situación de acoso se logra determinar que las autoridades del establecimiento no actuaron conforme a estos criterios, se inicia un procedimiento por parte de la Superintendencia de Educación Escolar, que puede concluir con una sanción

³⁴ CHILE.MINISTERIO de Educación. Ley General de Educación. Santiago, Chile: Ministerio de Educación. [fecha de consulta: 19de diciembre de 2020] Disponible en < <https://www.ayudameduc.cl/ficha/lge-ley-general-de-educacion-4> >

³⁵ *Ibíd.*

contra el establecimiento, según lo previsto en el artículo 16 de la Ley General de Educación (Multa de hasta 50 UTM).

1.2.6.3 Ley 21.128 (Ley Aula Segura)

Es una ley impulsada por el Gobierno de Chile, cuya finalidad es dotar de mayores atribuciones a los directores de establecimientos educacionales, para proceder a la suspensión o cancelación de matrícula de alumnos que lleven a cabo hechos de violencia. Cabe mencionar que quien perpetra estos hechos que afectan gravemente la convivencia escolar, puede ser cualquier integrante de la comunidad educativa y no solamente el alumnado.

A diferencia de la anterior ley (la cual rigió hasta diciembre de 2018), ya no se tendrán que esperar 25 días hábiles para desvincular a un alumno que haya incurrido en actos de violencia, pues con Aula Segura se debe aplicar un procedimiento simple e inmediato de expulsión y cancelación de matrícula en los siguientes casos:

1. Cuando un alumno es sorprendido usando, portando o manipulando ciertos tipos de armas o artefactos incendiarios, explosivos, y de características similares, como, por ejemplo, bombas Molotov.
2. Cuando un alumno produzca lesiones a docentes, asistentes de la educación o manipuladoras de alimentos.³⁶

Las medidas de expulsión y cancelación de matrícula sólo podrán aplicarse cuando:

- Sus causales estén claramente descritas en el Reglamento Interno del establecimiento, o

³⁶ SUPERINTENDENCIA de Educación, Procedimiento Aula Segura. [Cartilla] Santiago, Superintendencia de Educación. [2019]. 1p. [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2020] Disponible en <<https://www.supereduc.cl/wp-content/uploads/2019/04/aulasegura.pdf> >

- Afecten gravemente la Convivencia Escolar.³⁷

1.2.7 Protección a la Infancia Vulnerable (Infancia en situación de riesgo y desamparo)

1.2.7.1 Ley 19.968 (Creación de los Tribunales de Familia)

Esta ley responde a la necesidad de poner en primer lugar el interés superior del niño al resolver conflictos familiares.

La creación de los tribunales de familia surge para otorgar una justicia especializada para los conflictos de naturaleza familiar. Se enmarca dentro de la política de gobierno de modernizar la administración de justicia.³⁸

En efecto, en la formulación de un nuevo Derecho de Familia resulta indispensable adecuar los órganos jurisdiccionales llamados a conocer de los conflictos que se suscitan en el ámbito familiar y dotarlos de una competencia amplia para conocer de todos los asuntos que tengan repercusiones sobre la familia.

Dispone el artículo 1 de la ley: Judicatura especializada. Créanse los juzgados de familia, encargados de conocer los asuntos de que trata esta ley y los que les encomienden otras leyes generales y especiales, de juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado.³⁹

Los tribunales de familia en el caso de situaciones de violencia a los niños, conocen situaciones de violencia respecto a sus padres, lo cual, como vemos, deja fuera de ese esquema situaciones en las que los niños igualmente son vulnerados y las medidas no son suficientes para abordar esa problemática , por ejemplo , si utilizáramos trabajo con los padres como medida de protección en casos de bullying, esta medida no nos sirve, pues si el

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional, Guía legal sobre: Tribunales de familia, año 2010. [fecha de consulta: 19 de diciembre de 2020]

Disponible en: < <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-de-familia> >

³⁹ CHILE. Artículo 1 Ley 19.968 [CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA], D.O. del 30 de agosto de 2004. Disponible en: < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229557> >

niño tiene una buena y sana relación con los padres, el problema no radica en su relación para con los mismos.

1.2.7.2 Ley 16.618 (Ley de Menores)

La ley de menores antiguamente establecía el procedimiento, o más bien proceso (sólo una parte, sin mayor intervención de terceros), por el cual un juez de menores tomaba conocimiento de la situación de desprotección de un niño, niña o adolescente.

Pese a que dicha ley aún se encuentra vigente, el actual procedimiento de protección (como señalamos recientemente) está regulado en la ley N°19.968 de Tribunales de Familia y sus procedimientos especiales, quedando vigentes hoy en día sólo algunas normas de la ley de menores.⁴⁰

1.2.7.3 Oficina de Protección de Derechos (OPD)

La O.P.D. constituye una forma primaria de ingreso a los diferentes recursos cuya finalidad es la protección a nivel local, de los NNA que han sido víctima de vulneraciones o excluidos en sus derechos por su condición de NNA. La puesta en funcionamiento de la OPD permite soslayar el innecesario e inicuo ingreso de niñas/os y adolescentes al sistema institucional y judicial.

Su misión es Contribuir a la Instalación de Sistemas Locales de Protección de Derechos que permitan prevenir y dar respuesta oportuna a situaciones de vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes a través de la articulación de actores presentes en el territorio como garantes de derechos, el fortalecimiento de las familias en el ejercicio de su rol parental, como de la participación sustantiva de las niñas, niños y adolescentes, familias y comunidad.⁴¹

⁴⁰ MORALES, Fernanda. “INGRESOS RESIDENCIALES: PROCEDIMIENTO JUDICIAL ESPECIAL ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA”, año 2018. [en línea]. [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2020]. Disponible en: < www.senado.cl >

⁴¹ Ilustre Municipalidad de La Granja, OPD: Oficina de Protección de Derechos de la Infancia y la Adolescencia. [en línea]. Sin año. [fecha de consulta: 20 de diciembre 2020]. Disponible en: <https://www.municipalidadlagranja.cl/oficina-de-proteccion-de-los-derechos-de-la-infancia-y->

1.2.7.4 Programa Mi Abogado

En concreto, lo que hace el Programa Mi Abogado, es ofrecer una defensa jurídica especializada para niños, niñas y adolescentes que se encuentran en modalidades alternativas de cuidado, incluyendo a los ingresados en todo tipo de residencias, así como los que están junto a familias de acogida externas y extensas.⁴²

1.2.8 Defensa de los Derechos de la Niñez

1.2.8.1 Defensoría de la Niñez

En enero de 2018 se promulgó la ley que crea la Defensoría de la Niñez, órgano autónomo, que tiene como principal objetivo proteger y promover los derechos de NNA. De igual manera tiene como función interponer acciones y presentar querellas cuando las víctimas sean niños y la ley lo permita; en esa misma línea también puede interponer acciones constitucionales como recursos de protección o recursos de amparo e incluso cuenta con los medios para actuar a través de la figura jurídica del *amicus curiae*, figura clásica que permite a terceros ajenos a un conflicto jurídico, ofrecer opiniones para la resolución del tribunal⁴³, es decir, la Defensoría puede hacer presentaciones ante los tribunales, incluyendo comentarios u opiniones, debiendo pronunciarse los tribunales sobre las mismas al dictar el fallo, aunque estas no sean vinculantes.

[adolescencia/#:~:text=Contribuir%20a%20la%20Instalaci%C3%B3n%20de,el%20fortalecimiento%20de%20las%20familias](#)

⁴² MINISTERIO de Justicia, Programa Mi Abogado alcanza cobertura nacional, y espera atender al 80% de los niños, niñas y adolescentes que están en residencias y familias de acogida en 2020, año 2020.

Disponible en: < <https://www.municipalidadlagranja.cl/oficina-de-proteccion-de-los-derechos-de-la-infancia-y-adolescencia/#:~:text=Contribuir%20a%20la%20Instalaci%C3%B3n%20de,el%20fortalecimiento%20de%20las%20familias> >

⁴³ Instituto Chileno de Derecho Procesal, Participación de la sociedad civil en el proceso a través del “Amicus Curiae”, año 2016.

Disponible en: < <https://www.ichdp.cl/participacion-de-la-sociedad-civil-en-el-proceso-a-traves-del-amicus-curiae/> >

En ese sentido, para el caso particular de Chile, el propio Comité de los Derechos del Niño, tanto en sus recomendaciones del año 2002 como el año 2007, indicó la importancia de que el Estado contara con una institución de derechos humanos nacional e independiente dedicada íntegramente a la promoción y protección de los derechos del niño, basándose en los Principios de París.⁴⁴

1.2.8.2 Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH)

Es una corporación autónoma de derecho público, cuya misión es la protección y promoción de los derechos humanos de todas las personas, lo cual naturalmente incluye a NNA, les ofrece la debida protección en caso de que sufran vulneraciones a sus derechos humanos, a través de la presentación de acciones legales en contra de aquellos que las cometan.

⁴⁴ COMISIÓN. Honorable Cámara de Diputadas y Diputados. (Valparaíso, Chile,2015). Institucionalidad sobre Derechos Humanos y Niñez: la instauración del Defensor de la Niñez en Chile. Valparaíso, Chile: Congreso Nacional de Chile,2018. 9p.

2. CAPÍTULO 2: ANÁLISIS DE INFANCIA EN SITUACIÓN DE RIESGO Y DESAMPARO; INFANCIA QUE PROTEGE EFECTIVAMENTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Como hemos explicado en el capítulo anterior, los Derechos de NNA tienen un inicio desde las necesidades de los seres humanos y esto, llevándolo hacia la niñez, la CDN tiene una base en las personas y como los Estados tienen que satisfacerlas y protegerlas. Además, desarrollamos donde se encuentran establecidos los derechos de NNA en distintos cuerpos normativos, tanto nacionales como internacionales.

Pero debemos desarrollar la idea de la niñez vulnerable que protege nuestro país ¿De cuál situación estamos hablando? La niñez en riesgo y desamparo, además de explicar por qué nuestro ordenamiento jurídico chileno protege más este tipo de situaciones y no otras.

La situación actual de nuestro país respecto a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes es el enfoque en una clase de situación, la cual es la que nuestro ordenamiento le da relevancia en nuestro derecho escrito.

Esta situación, es respecto al riesgo y desamparo que los NNA sufren por sus padres o algún adulto que se encuentra con su cuidado, maltrato que se encuentra evidenciado en violencia psicológica o física. Fabiola Lathrop lo señala en una entrevista: “Cerca del 70% de nuestros niños dice haber sufrido algún tipo de violencia por parte de su padre y/o madre. El maltrato es transversal al nivel socioeconómico de las familias”⁴⁵.

Es por esto que, en la etapa de niñez hay que dar un enfoque especial, un énfasis a la protección de derechos, en donde nuestras instituciones sean garantes y vanguardistas en los tiempos que se viven hoy, con una actualización es su política de planes de intervención. Así lo establece un documento del SENAME como objetivo: “La infancia, la niñez y la

⁴⁵ LATHROP, Fabiola. Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile. Santiago, Chile: Anuario de Derechos Humanos, 2018. 16 p.

adolescencia, son las fases del desarrollo humano que requieren de toda nuestra atención y especialización, en especial hacia aquellos sujetos que han sido expuestos a graves situaciones de vulneración de derechos como es la exposición a situaciones de maltrato infantil. Frente a las vivencias no siempre se cuenta con la habilidad y el profesionalismo de respetar la etapa evolutiva en la que se encuentra el sujeto que ha sido victimizado”⁴⁶.

Según lo anterior, se deriva la importancia por la etapa evolutiva de la niñez y como se trabajará con los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones que van en contra de su interés superior y que en el futuro traerán graves consecuencias tanto para su salud física y psicológica.

2.1 Situaciones de desprotección

Las situaciones de desprotección en NNA se deben evitar y controlar, por ende, el Estado es el encargado de proteger la niñez, creando instituciones que se hagan cargo de la protección. Las políticas públicas serán el sustento del organismo estatal. Así lo establece el art.19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y También la antes mencionada CDN en su artículo 2, N° 2.

Dicho lo anterior, es necesario que nuestro Estado pueda llegar a la ciudadanía, como también llegar a nuestros NNA, ya que cualquier pérdida de tiempo en el ámbito de vulneraciones de la niñez, puede traer variadas y extremas consecuencias.

“Tomar medidas especiales de protección cuando se trata de niños, y esto dice relación con que los niños se encuentran en una situación particular que requiere de la adopción de todo tipo de medidas, cualquiera sea el ente, cualquiera sea la naturaleza de esa medida, que proteja, que haga efectivos, los derechos del niño”⁴⁷.

⁴⁶ CHILE. SENAME. Documento técnico maltrato infantil. Santiago, Chile: SENAME, 2015. 3p.

⁴⁷ *Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*. **Lathrop, Fabiona, Berrios, Gonzalo y Cillero, Miguel. 2018.** 14, Santiago : Tipografica, 2018, págs. 15-31.

2.1.1 Situaciones de riesgo y desamparo

Para referirnos a la situación de riesgo y desamparo en la niñez, es sumamente importante comenzar con una conceptualización del tema, para así poder desarrollarlo en la práctica.

2.1.1.1 Situación de riesgo

Hablar de riesgo es trasladarnos a la antigüedad y verificar sus implicancias en todo ámbito de cosas, “La palabra riesgo es tan antigua como la propia existencia humana. Podemos decir que con ella se describe, desde el sentido común, la posibilidad de perder algo (o alguien) o de tener un resultado no deseado, negativo o peligroso”⁴⁸.

En un plano específico, la niñez vive en constante riesgo por su estado de dependencia con sus padres o cuidadores, por ende es de suma importancia definir esta situación. “Se considera situación de riesgo aquella en la que, a causa de circunstancias personales o familiares del menor, o por influencia del entorno, se ve perjudicado su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública”⁴⁹.

También, nacen otras definiciones y estudios por autores que evidencian distintos ejes y complejidades al respecto. Como así la “Infancia en Riesgo” que define Montse Cusó: “referir aquella situación en que se encuentran los niños y niñas que viven inmersos en unas condiciones de vida que obstaculizan, perjudican o pueden perjudicar a corto y medio plazo su normal desarrollo como seres humanos especialmente vulnerables entendido éste como un todo integral y armónico que envuelve y contiene elementos físico-biológicos, psicológico, emotivos, socio-afectivos, etc”⁵⁰

⁴⁸ ECHEMENDÍA TOCABENS, Belkis. Definiciones acerca del riesgo y sus implicaciones. **Revista Cubana de Higiene y Epidemiol**, 49 (3): 470-481: 2011.

⁴⁹ ALLUEVA AZNAR Laura. Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. **Revista para el Análisis del Derecho**, (4): 10: oct, 2011.

⁵⁰ CUSÓ, Montse: Infancia en riesgo e infancia maltratada. *Comunicación, Lenguaje y Educación*, 7 (27) 87-96, 1995.

2.1.1.2 Situación de desamparo

Por otro lado, las palabras riesgo y desamparo pueden suponerse sinónimos, pero tienen una diferenciación clave. El desamparo es una “Situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”⁵¹.

Las situaciones de riesgo y desamparo constituyen supuestos de entidad suficiente para activar el sistema público de protección de menores. En ambos casos, el menor se halla en una situación de desprotección que, como verdadero titular de derechos, debe ser evitada o paliada.

Por todo lo anterior, debido a las situaciones de riesgo y desamparo que viven los NNA, se han ido consolidando instituciones y programas que van en la defensa de los derechos que tiene la niñez. Autores como Campoy retratan fidedignamente la situación de sumisión y desprotección en la que vivieron los niños hasta su reconocimiento como sujetos de derecho tras la definitiva consolidación del proteccionismo como sistema de reconocimiento y protección de dichos derechos⁵².

El desamparo constituye la falta de protección y cuidados necesarios a los niños. Según entendemos, cuando los NNA se encuentran en una posición de maltrato hacia ellos, nace la situación de riesgo y desamparo. Con esto, existirá consecuencia, no solo entendiéndolo desde el detrimento físico, sino que, también desde el área psicológica del ser humano.

⁵¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Situación de desamparo [en línea]. [fecha de consulta: 26 mayo 2021]. Disponible en: <<https://dpej.rae.es/lema/situación-de-desamparo>>.

⁵² LLANO ALONSO, Fernando. Ignacio CAMPOY CERVERA, La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección, Dykinson, Madrid, 2006, 1052 pp. **Derechos y Libertades**,346(23); pp. 313-321, junio 2010.

Para seguir con nuestra línea de investigación, debido al riesgo y desamparo que se encuentran algunos niños, niñas y adolescentes, muchas veces provocado por el maltrato infantil por parte de los adultos que se encuentran a cargo de estos o también que son terceros ajenos a la relación familiar que tienen el cuidado temporal del sujeto vulnerable.

2.1.2 Maltrato infantil:

Para iniciar el desarrollo del maltrato infantil es de suma importancia buscar la definición más adecuada para evidenciar su enfoque y rango de alcance en torno a la temática.

Según la definición adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, en noviembre de 1989, “Se considera que el maltrato infantil es toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación mientras que el niño se encuentra bajo custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que le tenga a su cargo”.

También podemos encontrar diversas definiciones sobre maltrato infantil, realizadas por otros autores:

1. Una definición establecida por la Organización Mundial de la Salud es: "El maltrato infantil se define como los abusos y desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológicos, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil⁵³.

⁵³ ORGANIZACIÓN MUNDO DE LA SALUD (OMS). Temas de salud: Maltrato de Menores [en línea]. [fecha de consulta: 26 mayo, 2021]. Disponible en: < https://www.who.int/topics/child_abuse/es/ >.

2. El maltrato infantil viene desde la antigüedad, por esto diferentes organismos lo han definido, así el Comité de Ministros del Consejo de Europa lo define como: “Se consideran niños maltratados aquellos que han sido objeto de sevicias corporales, o que son víctimas de una falta de afecto, o de una crueldad mental, de tales características que comprometen su desarrollo físico, intelectual o afectivo, cuando estos actos son realizados por las personas que tienen a su cargo la guarda del niño o bajo cuya autoridad están situados de forma temporal o permanente”.

3. Para terminar con las diversas definiciones que existen respecto el maltrato infantil: Unicef define como víctimas de maltrato y abandono a aquellos niños, niñas y adolescentes de hasta 18 años que “sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales”.

Sin duda, las definiciones antes señaladas se enmarcan en diversos contextos y tienen características que se reiteran dentro de cada una. Lo son, el maltrato y abandono o también como se utiliza, la acción y omisión hacia los NNA.

Otra característica que se repite, es el maltrato proveniente de un adulto que se encuentra a su cargo, esto significa la falta de cuidado con el niño o niña que se tiene a su cargo y el objetivo de hacerle un daño, que muchas veces puede ser irreparable y puede traer consecuencias en su vida adulta.

En conclusión, nos abocamos a una idea diversa en torno a las definiciones de maltrato infantil, ya que como lo establecen en el Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco “El maltrato infantil no es un concepto absoluto, sino social; su contenido varía en el tiempo y en el espacio, en función del contexto sociocultural en el que se enmarca, planteándose importantes interrogantes cuando coexisten, en una misma área geográfica,

diferentes culturas con pautas de vida y costumbres familiares o sociales tan divergentes que pueden determinar diferencias en la consideración de las situaciones de maltrato”⁵⁴.

Por lo anterior, el riesgo y desamparo en los que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en Chile, y llevándolo a un cuadro más reducido que es el maltrato infantil, van en contra de los tratados internacionales y también en contra de uno de nuestros derechos fundamentales, como lo es el artículo N°1 de nuestra CPR “el Derecho a la vida” y absolutamente en contra del “interés superior del niño” establecido en el artículo 3 de la CDN.

Teniendo en cuenta las deficiencias y graves vulneraciones que provoca el maltrato infantil y la falta de garantías para los niños, niñas y adolescentes en riesgo y desamparo, se tiene que proteger esta etapa , ya que como lo establecen distintos informes “La infancia y la adolescencia se caracterizan por ser el tiempo de crecimiento integral y desarrollo de potencialidades. En estas etapas, son especialmente necesarios los cuidados de los padres o los adultos referentes a un entorno familiar, que aseguren un saludable y completo desenvolvimiento físico, psíquico y mental para alcanzar una vida adulta plena. Brindar estos cuidados es una responsabilidad por la que debemos velar tanto el Estado como la comunidad en su conjunto⁵⁵.

2.2 ¿Por qué el ordenamiento jurídico chileno, protege a la infancia vulnerable y no otra?

Al hablar de infancia, hablamos de un grupo que de por sí ya es vulnerable; millones de niños en el mundo sufren constantemente vulneraciones a sus derechos. La sola idea de que un niño desde que nace depende de otros nos puede ilustrar acerca de esto, pues éste dependerá de los adultos para tener acceso a las cosas básicas que requiere una persona para vivir de manera

⁵⁴ ESPAÑA. ARARTEKO. Atención a la Infancia y a la Adolescencia en Situación de Desprotección. País Vasco, España, 1997. 55p.

⁵⁵ **Vulnerabilidad, Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de.** 2011. *Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos.* Buenos Aires : Área de Publicaciones de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2011.

digna, es decir, alimentación (en el caso de los lactantes, requieren obviamente de la madre), un hogar, atención sanitaria, etc.

Sin embargo, dentro de la vulnerabilidad propia de los NNA, existe un grupo de niños que son aún más vulnerables, estos son los niños en situación de riesgo y desamparo, para los que el legislador despliega sus mayores esfuerzos en las medidas de protección de sus derechos. Estos niños sufren lo que se llama pobreza multidimensional, con esto nos referimos a que, además de sufrir carencia de ingresos, estos niños sufren también de carencia de afecto y cuidados, de posibilidades de acceder a la educación, salud, etc.

Haciendo un análisis de esta problemática, mediante cifras en concreto, el informe del 2019 del Observatorio para la Confianza, que aborda los Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes bajo protección del Estado de Chile, arrojó, entre otros, los siguientes resultados:

SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN	PREVALENCIA
Lista de espera por atenciones en salud	1329 NNA de la red SENAME
Diagnóstico psiquiátrico	2554 residentes
Con diagnóstico médico	970 residentes
Enfermedad crónica	953 NNA
Discapacidad	1358 NNA
Riesgo vital por enfermedad terminal	28 NNA
NNA con algún grado de discapacidad	20% de NNA de la red SENAME
Trastorno de salud (al menos uno)	69% de NNA en SENAME
Adolescentes privados de libertad con trastornos de salud mental	86%
Adolescentes juzgados por la justicia juvenil	38 reprobados
Cursando cuarto año de enseñanza media	142 egresados
	107 retirados

	61 rindieron PSU
	11 ingresaron a educación superior
Mortalidad infantil bajo protección del Estado	119 NNA
NNA víctimas de violencia física o psicológica por parte de sus padres	73,6%

FUENTES: PDI, MINSAL, UNICEF.

Estas cifras nos permiten darnos cuenta de que una gran cantidad de NNA en nuestro país sufre vulneraciones a uno de sus derechos más esenciales, cual es la salud. Y no solamente la salud en general, sino que también un área específica de esta: la salud mental. Hoy, una de las falencias como país es la gestión que se ha hecho en salud mental, y el acceso a esta.

Cabe destacar también, que como se observa en los índices de UNICEF, el maltrato infantil es una realidad y un problema grave que sufren los niños, niñas y adolescentes chilenos.

Seguidamente, en cuanto a la educación que reciben los NNA, durante el 2018 el 91.9% de niños, niñas y adolescentes en Residencias OCA (Organismos colaboradores acreditados del Sename) se encontraban matriculados, mientras que en los CREAD(Centros de Reparación Especializada de Administración Directa) corresponde a un 66.8%. Esto, sin perjuicio de quienes rinden exámenes libres, cifras que no se reflejan en las estadísticas recopiladas. Estos porcentajes, son de especial atención , pues un importante número de NNA no están ejerciendo en igualdad de oportunidades su derecho a la educación, aspecto de su formación por el cual el Estado debe velar, adoptando las medidas que sean necesarias para ello.

Lo mismo acontece con los jóvenes juzgados por la justicia juvenil, al observar estas cifras se concluye que es muy importante lograr la inmediata reinserción social de los jóvenes infractores de la ley, para que sean individuos que aporten a la sociedad y no sigan en el camino a la delincuencia, las drogas y el alcohol.

Las estadísticas nos dan a entender que gran parte de los niños en nuestro país sufre vulneración en sus derechos, y es ahí donde interviene el Estado para hacer frente a esta problemática.

Pero, ¿por qué el Estado? La explicación a esta disyuntiva es que, si bien la redacción de la Convención de Derechos del Niño significó un gran avance en la protección de los derechos de NNA, el cual derivó en un cuerpo normativo positivo que los abordara, no es menos cierto que la participación no figura en el listado de los derechos fundamentales consagrados por la Convención Internacional, la que, como es bien conocido, se sustenta en el paradigma de la protección⁵⁶.

Por ello se implementan distintas formas de afrontar esta situación. Por ejemplo, el Servicio Nacional de Menores, el Programa Mi Abogado, la implementación de la Defensoría de la Niñez, la Oficina de Protección de Derechos (OPD), etc.

No obstante, para que los derechos se hagan efectivos, es también imprescindible que estén recogidos en el derecho positivo, tal como ocurre con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y, en el caso de los niños, con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵⁷.

En cuanto a las medidas de protección para NNA, la ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, dispone el procedimiento de solicitud y aplicación de estas, las cuales son requeridas en situaciones en las que los derechos del menor se ven amenazados o vulnerados. Las medidas, que pueden ser impetradas de oficio o a requerimiento del niño, niña o adolescente, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en

⁵⁶ CASTRO, Jorge. La infancia en debate: entre derechos y necesidades. **Universitas: Revista de Ciencias Sociales y Humanas**, (5): 2004

⁵⁷ OCHAITA ALDERETE, E. y ESPINOSA BAYAL, M. Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades. *Educatio Siglo XXI*, 30(2), 25-46, 2012.

los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello.

Las medidas de protección enumeradas por la ley son las siguientes:

- a) Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;
- b) Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;
- c) El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable.
- d) Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;
- e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;
- f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;
- g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente.
- h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud.
- i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección⁵⁸.

⁵⁸ Artículo 71, Ley 19.968 de 2004(CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA). D.O. del 30 de agosto de 2004.

La vulneración de derechos también acarrea consecuentemente la violación de derechos humanos de los niños. En este sentido, se entiende que los derechos humanos son los instrumentos político jurídicos idóneos para que el mayor número de personas posible pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución y, con ello, alcanzar el máximo desarrollo posible de sus diferentes personalidades⁵⁹.

Esto, ciertamente, tomando en cuenta que los padres son quienes configuran el sentido de autoridad sobre sus hijos, lo cual los perfila para pasar a formar parte de la sociedad como personas íntegras, pero no olvidando su rol como sujetos de derechos.

El niño es, para la Convención, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, y no sólo de derechos pasivos, es decir derechos a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos, como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación⁶⁰.

A diferencia de otros ordenamientos, la regulación de nuestras medidas de protección no establece un supuesto determinado que amerite su aplicación. El art. 30 de la LM establece que en los casos previstos en el art. 8 N ° 7 de la LTF podrán decretarse las medidas que sean necesarias para proteger a los "menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos". Esta norma no señala cuáles son estos derechos susceptibles de vulneración. Al respecto, no es difícil concluir que el catálogo mínimo de tales derechos es el que establece la CDN; Sin embargo, sería adecuado que el legislador los especificara y estableciera políticas -universales y especiales- para lograr su efectivización. En este aspecto se observa la trascendencia de la Ley de Protección Integral de Derechos de NNA, pues en instrumentos de este tipo se suele reconocer ese catálogo y determinar esas políticas⁶¹.

⁵⁹ LLANO ALONSO, Fernando. Ignacio CAMPOY CERVERA, La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección, Dykinson, Madrid, 2006, 1052 pp. **Derechos y Libertades**,346(23); pp. 311-321, junio 2010

⁶⁰ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio. El niño y los Derechos Humanos. **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**,

⁶¹ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. **Revista chilena de derecho privado**, (22): 475. Julio 2014.

El enfoque de derechos se ha de vincular con el enfoque de desarrollo humano y, en ese marco integral, debe generar un rol protector frente a estos grupos vulnerables, que se expresa en un conjunto de garantías institucionales, programáticas y financieras. Para ello se debe considerar la interseccionalidad, pero no solamente sobre la idea de vulnerabilidad, sino en forma más global⁶².

Cabe señalar, además, que esta esfera de protección a la infancia, beneficia consecuentemente a los adultos encargados de los NNA.

Entonces, de hecho, hay autores que han señalado, y esto está documentado, cómo el aseguramiento de los derechos de los niños que están en una situación particular, en una doble vulnerabilidad o de minoría, gatilla muchas veces que el estándar de protección de derechos de los adultos mejore. Esto se explica porque un niño, que está en una situación de carencia de derechos sociales, por ejemplo, y que recibe una respuesta oportuna por parte del Estado para ponerlo en una situación de equivalencia con niños que no están en esa doble o triple situación de vulnerabilidad, mejora, a su vez, los derechos de los adultos que están en su entorno⁶³.

Así las cosas, este enfoque de la vulnerabilidad, de especialidad en la satisfacción de derechos, tiene un efecto directo en la mejora de la condición de vida de todas las personas⁶⁴.

Un sistema de protección especial refiere al régimen legal vigente que determina las hipótesis de intervención a favor de toda persona menor de 18 años de edad, cuando ella ha sido objeto de grave vulneración o amenaza a sus derechos, debido a negligencia, abuso, maltrato u otra forma de violencia por parte de los adultos responsables de su cuidado. En el caso del ordenamiento jurídico chileno, se permite la intervención pública en casos de vulneración o amenaza de derechos de NNA. Esta intervención es de carácter judicial y se caracteriza por la adopción de medidas de protección⁶⁵.

⁶² Anuario de Derechos Humanos. Santiago, (14)2018.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Espejo, N. “Los Derechos de los Niños”, Derechos Fundamentales: Parte Especial, Derechos Civiles y Políticos.2019

Dicha intervención, obviamente se realiza cuando se manifiesta el riesgo. Los indicadores de riesgo nos indican en qué tipo y qué grado de riesgo se halla un niño o niña. Esto obviamente de manera conjunta con equipos multidisciplinarios encargados de determinar qué tan expuesto está un niño o niña al riesgo.

Montsé Cuzó enuncia las manifestaciones de riesgo de manera no taxativa, pero intentando abordar las de mayor gravedad y frecuencia:

- Niños y niñas que han sido víctimas de malos tratos físicos, psíquicos o sexuales en alguna ocasión.
- Niños y niñas que han sido víctimas de situaciones de abandono o negligencia con anterioridad.
- Niños y niñas que tienen o han tenido algún hermano o hermana que ha sido víctima de algún tipo de maltrato y/o que han tenido que ser tutelados por la institución competente.
- Hijos e hijas de familias monoparentales, cuando a este hecho se suman otros factores de vulnerabilidad familiar.
- Hijos e hijas de familias en las que ambos progenitores padecen algún tipo de disminución física o psíquica.
- Niños y niñas que conviven con progenitores u otros adultos que sufren adicción a las drogas.
- Niños y niñas con uno o ambos progenitores encarcelados.
- Niños de otras etnias o razas, cuando a este hecho se suman otros factores, como por ejemplo: exclusión social, insuficiencia de recursos económicos, marginación, estigmatización, aislamiento social, etc.
- Niños y niñas que viven en un entorno en el que predominan la delincuencia, la falta de condiciones sociales para desarrollar su potencial relacional, la falta de redes sociales establecidas o informales, la marginalidad, etc⁶⁶.

⁶⁶ CUSÓ, Montse: Infancia en riesgo e infancia maltratada. Comunicación, Lenguaje y Educación, 7 (27) 88-96, 1995

Como señala Noceti, calificar a algunos sujetos miembros de una sociedad como sujetos en riesgo legitima la acción del Estado y “(...) tal acción supone orientar sobre ellos políticas diversas que permitan controlar el desarrollo de la vida de estos individuos y, a su vez, proteger al resto de la sociedad de las plausibles acciones que los primeros pudieran realizar” (2011:149)⁶⁷.

Entonces, a nuestro entender, el ordenamiento jurídico chileno establece esta directriz proteccionista dirigida a los niños en situación de riesgo y desamparo, en razón de su especial situación, desfavorecida en comparación a los niños que no sufren estas vulneraciones, es por esto que el legislador protege a esta infancia y no otra, por encontrarse en una situación límite en que se transgreden sus derechos,- desde una adecuada atención sanitaria, hasta el derecho a recibir una educación de calidad sin distinción de clase- los cuales fueron reconocidos por el Estado al ratificar la Convención de Derechos del Niño. Sin embargo, en nuestra opinión, hay aquí una tarea inconclusa, pues las violaciones a los derechos de la niñez vulnerable han sido una constante a través de los últimos años.

Si bien los niños que no son víctima de vulneraciones, no pueden ser dejados de lado (especialmente para prevenir que acontezcan vulneraciones contra ellos), la legislación se remite a la infancia vulnerable, pues, es aquella la que se encuentra en una situación de especial desprotección y en favor de la cual se deben de tomar las medidas correspondientes para restablecer su bienestar en todo ámbito.

Como lo define la Ley del Servicio Nacional de Menores, la preocupación del Estado se centra en aquellos niños con problemas de tuición, conducta y en conflicto con la justicia, estos son los “menores” que de acuerdo a la doctrina de la situación irregular son niños que pueden ser objetos de protección e intervención por parte del Estado porque carecen de personas mayores y responsables que se ocupen de ellos⁶⁸.

⁶⁷ ABUD, Silvina. Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil, ¿qué reflejan estos conceptos?. *Omnia, Derecho y sociedad*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, 1(1):2018.

⁶⁸ FUENZALIDA, Daniela. PROTECCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE LA INFANCIA: SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PÚBLICO (Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2014. 168 p.

Por ello, el legislador se ha encargado de crear una institucionalidad que se encargue de dar la debida protección a NNA en situación de vulnerabilidad (protegiendo a esta infancia y no otra), además de la dictación de normas tendientes al mismo fin.

La creación de la Defensoría de la Niñez nos da una idea del por qué existe este estatuto proteccional especial para los NNA en situación de vulnerabilidad, pues, la falta de poder económico y político de los niños, niñas y adolescentes, y su consecuente vulnerabilidad ante la explotación, los abusos y el abandono, exige la creación, por parte del Estado chileno, de un organismo independiente autorizado para actuar en defensa de las personas menores de edad y centrado exclusivamente en velar por su interés superior. Sin una institución de estas características, la evidencia revela que con casi toda seguridad saldrán perdiendo ante otros intereses y grupos de presión⁶⁹.

Entonces, la Defensoría de la Niñez, organismo creado al amparo de una ley, se encarga de abordar la problemática de la niñez vulnerable, mediante la promoción y protección de sus derechos.

Con el fin de poner a los niños en el primer lugar de las prioridades del Gobierno y del país, el Presidente Sebastián Piñera convocó a una Mesa de Trabajo para un Acuerdo Nacional por la Infancia, el 2 de abril de 2018, a menos de un mes de iniciado su mandato.

Esta mesa de trabajo fue convocada por el Presidente como un espacio de diálogo político y técnico, con el objetivo de recoger inquietudes, ideas y planteamientos, a fin de obtener aquellos consensos básicos que permitan desarrollar un gran Acuerdo Nacional por la Infancia. Lo anterior, por la triste constatación de la desprotección en la que se encuentran muchos niños, niñas y adolescentes que viven en nuestro país, en especial aquellos bajo el sistema de protección de la infancia. Se reconoce que la urgencia actual se encuentra en tomar acciones inmediatas para proteger efectivamente a aquellos niños, niñas y adolescentes más

⁶⁹ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile. Hacia un verdadero garante de su interés superior. Estudios constitucionales,15(1):2017

vulnerables y a los que han sido vulnerados en sus derechos, especialmente aquellos que se encuentran bajo el alero de los programas de la red del Servicio Nacional de Menores (SENAME)⁷⁰.

En Chile, la mayor parte de las políticas de protección de derechos de infancia y justicia juvenil son implementadas por ONGs, a través de proyectos licitados por el Servicio Nacional de Menores que atiende prioritariamente a sectores de alta vulnerabilidad social⁷¹.

⁷⁰ CHILE. SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ. Informe de Niñez y Adolescencia 2019. Santiago, Chile: 2019. 8p.

⁷¹ Bilbao, Marian, Torres-Vallejos, Javier, Juarros-Basterretxea, Joel. Bienestar subjetivo en niños, niñas y adolescentes del Sistema de Protección de Infancia y Justicia Juvenil en Chile. Revista IBICT ,13(2): 208-219, abr. 2020.

CONCLUSIÓN

La presente memoria realizó una extensa revisión en la noción existente de niñez vulnerable en el Derecho de niñez chileno, comenzando por la teoría de las necesidades humanas que es la base en los derechos de las personas y en específico representa la base de los derechos establecidos en la Convención de Derechos del Niño, ratificados por Chile.

Evidenciamos y creemos que desde la existencia de las necesidades humanas que plantea Abraham Maslow y su modelo de la Teoría de la motivación humana, existen diferentes tipos de necesidades que tienen un orden (el cual no es taxativo) y que el ser humano busca satisfacer, así, lo podemos llevar a la niñez, que también tiene necesidades y busca satisfacerlas, pero, por su condición de dependencia, esta debe ser protegida y acompañada para la satisfacción completa y segura.

Hoy existen una serie de derechos establecidos, tanto en cuerpos normativos internacionales, como nacionales; pero es de suma importancia llevar a la práctica este tipo de derechos. Hoy el interés superior del niño está siendo afectado dentro de diferentes enfoques de la sociedad, por ende, se deben garantizar los derechos y buscar su protección por parte del Estado y la sociedad en general (instituciones, fundaciones, personas naturales, etc.).

Debido al desarrollo que se realizó en torno al estudio del marco jurídico que protege la niñez chilena, se demuestra que en el plano internacional, a través de la Convención de los Derechos del Niño, existe un objetivo claro en la defensa de estos, y cómo los Estados deben hacerse parte de un trabajo colaborativo. Los niños, niñas y adolescentes deben tener una base clara de derechos y de garantías de rango constitucional, para que así, no existan diversas lecturas en torno a estos.

En el marco jurídico nacional, Chile presenta un conjunto de leyes e instituciones que protegen a la niñez vulnerada, pero muchas veces estas no son del todo claras y dejan espacio para variadas interpretaciones. Aquí solo debe existir una lectura en torno a los NNA,

avanzando hacia una idea de Estado garante de derechos y alejarnos de la visión liberal, que solamente se entiende como “no-interferencia” por parte de la comunidad y que deja lo privado con lo público alejados.

Así mismo como resultado de una extensa revisión a las variadas definiciones que existen sobre el riesgo y desamparo en que se hallan los niños, niñas y adolescentes, podemos conceptualizar la niñez que se encuentra más protegida por Chile. Desde la desescolarización o falta de cuidados médicos, hasta el maltrato infantil que se vive en los hogares, que puede traer innumerables consecuencias, tanto físicas como psicológicas para los NNA.

Un punto importante de la investigación es la diferencia entre riesgo y desamparo, porque en la practica variados organismos presentan ambos conceptos como sinónimos, pero tienen una diferencia clara, ya que, el desamparo por su parte es la situación que se produjo por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la ley, por ende los NNA quedan desprovistos de los cuidados mínimos para su subsistencia. En cambio, el riesgo constituye la posibilidad de que ese incumplimiento ocurra, por la situación personal o familiar que vive el niño o niña, acarreando consecuencias negativas.

Durante el desarrollo de nuestra investigación, surgió la interrogante en cuanto, **¿Por qué el ordenamiento jurídico chileno protege más la niñez en situación de riesgo y desamparo y no otra?**. Después de finalizada la investigación académica y el desarrollo del tema, hemos llegado a la siguiente respuesta:

Si bien el ordenamiento jurídico chileno debe velar por la protección de la niñez en su conjunto - en cumplimiento de la CDN y los demás tratados internacionales en materia de protección infantil-, no es menos cierto que la infancia en situación de riesgo y desamparo reviste un carácter de especial vulnerabilidad, el cual reúne las condiciones que hacen necesario el enfoque específico de la legislación en esa categoría de niñez y no otra.

Las estadísticas demuestran que la niñez en riesgo y desamparo, es aquella que evidencia mayor porcentaje en vulneraciones de derechos, esto como consecuencia del maltrato infantil que viven los niños, niñas y adolescentes por parte de sus progenitores o adultos responsables de su cuidado. Por ende, el Ordenamiento Jurídico Chileno se hace cargo de abordar estas situaciones de abuso, a través de su legislación e instituciones estatales.

Creemos que la manera en la que el legislador aborda esta problemática es correcta, sin perjuicio de que siempre podrán existir modificaciones para una mejor interpretación del Derecho, para subsanar los vacíos que pudieren existir. Además que, guarda concordancia con la naturaleza dinámica del Ordenamiento Jurídico, porque la sociedad se encuentra en una constante evolución y las vulneraciones de derechos van tomando diferentes matices.

El actual escenario de elaboración de una nueva Constitución Política Republica en nuestro país, constituye una importante oportunidad para categorizar a la niñez como un grupo relevante de nuestra sociedad. Hoy evidenciamos una problemática que en nuestra opinión debe ser solucionada por parte del legislador, como el reconocimiento formal de la infancia y los derechos de niños, niñas y adolescentes contenidos en la CDN y otros cuerpos normativos.

Muchas naciones han reconocido explícitamente a la infancia como categoría constitucional. Ejemplos de ello encontramos en las constituciones de Italia, España, Brasil, Bolivia y Ecuador. Así, los legisladores han permitido que se localice y reconozca a la infancia como materia de preocupación de rango constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

1. **Angarita, José Quintero. 2012.** *Teoría de las Necesidades de Maslow*. Bogotá : Corporación Universitaria Iberoamericana, 2012.
2. **ARARTEKO. 1997.** *Atención a la Infancia y a la Adolescencia en Situación de Desprotección*. País Vasco : s.n., 1997. pág. 55, Informe extraordinario del Ararteko al Parlamento Vasco.
3. **Barranco Aviles, Maria del carmen y Garcia Ferrer, Juan Jose. 2006.** *Reconocimiento y protección de los Derechos de los niños*. Madrid : Instituto Madrileño del Menor y la Familia, 2006.
4. **Bcn. 2010.** Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Ley fácil: adopción*. [En línea] 22 de febrero de 2010. [Citado el: 12 de mayo de 2021.] <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/adopcion>.
5. **Biblioteca del Congreso Nacional. 2010.** BCN. *Guía legal sobre: Tribunales de familia*. [En línea] 8 de junio de 2010. [Citado el: 25 de enero de 2021.] <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/tribunales-de-familia>.
6. *Bienestar subjetivo en niños, niñas y adolescentes del Sistema de Protección de Infancia y Justicia Juvenil en Chile*. **Bilbao, Marian, Torres-Vallejos, Javier y Juarros-Basterretxea, Joel. 2020.** 2, Santiago : Revista IBICT, 2020, Vol. 13, págs. 208-219.
7. **Boni, A. 2005.** *La educación para el desarrollo en la enseñanza universitaria como una estrategia de cooperación orientada al desarrollo humano*. Valencia : Universidad de Valencia, 2005.
8. **Corte Interamericana de Derechos Humanos. [s.a].** Corte Interamericana de Derechos Humanos. *¿Qué son las opiniones consultivas?* [En línea] [s.a]. [Citado el: 20 de mayo de 2021.] https://www.corteidh.or.cr/que_son_las_opiniones_consultivas.cfm.
9. **Defensoría de la Niñez.** Defensoría de la Niñez. *Defensoría de la Niñez*. [En línea] [Citado el: 21 de octubre de 2020.] https://www.defensorianinez.cl/preguntas_frecuentes/que-se-entiende-por-vulneracion-de-derechos/#:~:text=El%20concepto%20de%20“vulneración%20de,no%2C%20dependie%20de%20nuestra%20legislación.

10. *Definiciones acerca del riesgo y sus implicaciones.* **Echemendia Tocabens, Belkis.** 2011. 3, Cuba : Revista Cubana de Higiene y Epidemiol, 2011, Vol. 49, págs. 470-481.
11. **Diputados, Cámara de.** 2018. *Institucionalidad sobre Derechos Humanos y Niñez.* Valparaíso : s.n., 2018. pág. 9, Comisión.
12. *El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile. Hacia un verdadero garante de su interés superior.* **Ravetllat Balleste, Isaac.** 2017. 1, Santiago : Revista semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2017, Vol. 15.
13. **Espejo, Nicolas.** 2019. Centro de Estudios Justicia y Sociedad. *Los Derechos de los Niños.* [En línea] 2019. [Citado el: 27 de mayo de 2021.] <https://justiciaysociedad.uc.cl/espejo-n-2019-los-derechos-de-los-ninos-en-contreras-p-y-salgado-c-coordinadores-derechos-fundamentales-parte-especial-derechos-civiles-y-politicos/>.
14. **Fuenzalida, Daniela.** 2014. *Protección jurídica y social de la infancia: situación actual en Chile desde la perspectiva del Derecho público.* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Santiago : Universidad de Chile, 2014. pág. 168, Memoria para optar a grado .
15. **Hierro Sanchez-Pescador, Liborio.** 2007. *Los Derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas.* Madrid : Dykinson, 2007. págs. 17-35.
16. **Ilustre Municipalidad de La Granja.** [s.a]. Municipalidad de La Granja. *OPD: Oficina de Protección de Derechos de la Infancia y la Adolescencia .* [En línea] [s.a]. [Citado el: 20 de diciembre de 2020.] <https://www.municipalidadlagranja.cl/oficina-de-proteccion-de-los-derechos-de-la-infancia-y-adolescencia/#:~:text=Contribuir%20a%20la%20Instalación%20de,el%20fortalecimiento%20de%20las%20familias.>
17. *Infancia en riesgo e infancia maltratada.* **Montse, Cusó.** 1995. 27, Barcelona : Aprendizaje, 1995, Vol. 7, pág. 87.96.
18. *Infancia, niñez en riesgo, vulnerabilidad infantil, ¿Qué reflejan estos conceptos?* **Abud, Silvina.** 2018. 1, Salta : Omnia, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, 2018, Vol. 1.
19. **Instituto Chileno de Derecho Procesal.** 2016. ICHDP. *Participación de la sociedad civil en el proceso a través del "Amicus Curiae".* [En línea] 2016. [Citado el: 27 de mayo

- de 2021.] <https://www.ichdp.cl/participacion-de-la-sociedad-civil-en-el-proceso-a-traves-del-amicus-curiae/>.
20. *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección.* **Llano Alonso, Fernando H. 2010.** 23, Madrid : Dykinson, junio de 2010, DERECHOS Y LIBERTADES, Vol. 346, págs. 311-321.
 21. *La infancia en debate: entre derechos y necesidades.* **Castro, Jorge. 2004.** 5, Quito : Universitas: Revista de Ciencias Sociales y Humanas, 2004.
 22. *La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno.* **Lathrop Gomez, Fabiola. 2014.** 22, s.l. : Revista Chilena de Derecho Privado, julio de 2014, págs. 197-229.
 23. *Los Derechos de la Infancia desde la perspectiva de las necesidades.* **Ochaita Alderete, Esperanza y Espinosa Bayal, Maria Angeles. 2012.** 2, Madrid : Educatio Siglo XXI, 2012, Vol. 30.
 24. **Maslow, Piramide de Necesidades de. [s.a].** Info Negociación. *infonegociacion* . [En línea] [s.a]. [Citado el: 30 de diciembre de 2020.] <http://www.infonegociacion.net/pdf/piramide-necesidades-maslow.pdf>.
 25. **Medina, Romina. 1999.** Humanium. *El Convenio N°182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.* [En línea] 1999. [Citado el: 23 de abril de 2021.] <https://www.humanium.org/es/convenio-182-peores-formas-trabajo-infantil-1999/>.
 26. **MINEDUC. [s.a].** Ayuda: atención ciudadana. *LGE- Ley General de Educación.* [En línea] [s.a]. [Citado el: 19 de diciembre de 2020.] <https://www.ayudamineduc.cl/ficha/lge-ley-general-de-educacion-4>.
 27. **Ministerio de Justicia. 2020.** Cuentas Públicas Participativas Gestión 2020. *Programa Mi Abogado.* [En línea] 09 de octubre de 2020. [Citado el: 17 de febrero de 2021.] <https://www.minjusticia.gob.cl/programa-mi-abogado-alcanza-cobertura-nacional-y-espera-atender-al-80-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-que-estan-en-residencias-y-familias-de-acogida-en-2020/#:~:text=Hasta%20el%20mes%20julio%20de,esto%20es%20aproximadament>.
 28. **Morales, Fernanda. 2018.** Ingresos Residenciales: Procedimiento Judicial Especial ante los Juzgados de Familia. [En línea] 2018. [Citado el: 20 de diciembre de 2020.] www.senado.cl.

29. **Organización Mundial de la Salud. [s.a].** Temas de salud. *Maltrato de Menores*. [En línea] [s.a]. [Citado el: 26 de mayo de 2021.] https://www.who.int/topics/child_abuse/es/.
30. **Pino Montero, Alejandra y Quiroz Lopez, Eduardo. 2015.** *Análisis doctrinario y jurisprudencial del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago : Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2015. pág. 398, Memoria.
31. **Real Academia Española. [s.a].** RAE. *Situación de desamparo*. [En línea] [s.a]. [Citado el: 26 de mayo de 2021.] <https://dpej.rae.es/lema/situación-de-desamparo>.
32. **SENAME. 2015.** *Documento Técnico Maltrato Infantil*. Santiago : Sename, 2015. págs. 1-28, Documento Técnico.
33. *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores*. **Allueva Aznar , Laura. 2011.** 4, Barcelona : Revista para el Análisis del Derecho, 2011.
34. *Situación actual de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*. **Lathrop, Fabiona, Berrios, Gonzalo y Cillero, Miguel. 2018.** 14, Santiago : Tipografica, 2018, págs. 15-31.
35. **Subsecretaría de la Niñez. 2019.** *Informe de Niñez y Adolescencia 2019*. Santiago : s.n., 2019. págs. 1-160, Informe anual.
36. **Superintendencia de Educación. 2019.** SUPEREDUC. *Procedimiento Aula Segura*. [En línea] 2019. [Citado el: 19 de diciembre de 2020.] <https://www.supereduc.cl/wp-content/uploads/2019/04/aulasegura.pdf>.
37. **UNICEF. 2017.** *Constitución Política e Infancia*. [ed.] Anuar Quesille. Santiago : Andros Ltda., 2017. pág. 453. Vol. 1. 978-92-806-4935-2.
38. **UNICEF. [s.a].** Unicef. *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. [En línea] [s.a]. [Citado el: 2021 de mayo de 23.] <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.
39. **¿En qué consisten los Derechos Humanos?, [s.a].** Naciones Unidas Derechos Humanos. [En línea] [s.a]. [Citado el: 26 de mayo de 2021.] <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>.
40. **¿Qué es la Declaración Universal de Derechos Humanos y por qué se creó?, 2018.** Amnistía Internacional. *Amnistía Internacional*. [En línea] 29 de noviembre de 2018.

[Citado el: 26 de mayo de 2021.] <https://amnistia.org.ar/que-es-la-declaracion-universal-de-derechos-humanos-y-por-que-se-creo/>.

41. **Las peores formas de trabajo infantil, [s.a].** SENAME. [En línea] [s.a]. [Citado el: 27 de mayo de 2021.] <https://www.sename.cl/wsename/otros/DOCPFTI/TEXTO%20PÁGINA%20PRINCIPAL%20PFTI.pdf>.