



UNIVERSIDAD DE CHILE
Departamento de Derecho Privado
Escuela de Derecho

**RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y
REPRODUCTIVOS DE LAS Y LOS ADOLESCENTES EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Valeria Antonia Sepúlveda Parada
Profesora guía: Dra. Fabiola Lathrop Gómez
Fondecyt Regular N°1190580
Santiago, Chile

2021

*A Vania, a Sandra, a Marco, a Laura y a Juan,
y a todos los niños, niñas y adolescentes,
cuyos derechos siguen en deuda*

TABLA DE CONTENIDO

LISTADO DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I: Reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes a través de la progresiva incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	3
1. ¿Cómo se incorpora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento interno?.....	3
2. Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos	5
2.1. Derechos Humanos involucrados en los Derechos Sexuales y Reproductivos	5
2.1.1. Derecho a la Salud	5
2.1.2. Derecho a la Libertad	7
2.1.3. Derecho a la Igualdad.....	8
3. Convención Sobre los Derechos del Niño	10
3.1. Artículo 24 de la CDN: Salud y Servicios Médicos	11
3.2. Interés Superior del Niño (ISN). Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño	13
3.3. Derecho del niño a ser escuchado. Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño	16
3.4. Autonomía Progresiva. Artículos 5 y 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño	17
3.5. Cuestiones vinculadas a los Derechos Sexuales y Reproductivos de los NNA que son omitidas por la CDN.....	19
4. Derechos Sexuales y Reproductivos en tanto Derechos Humanos. Aplicación especial de estos derechos para adolescentes en atención a sus particularidades, necesidades y forma de ejercerlos.....	20
4.1. Autonomía reproductiva.....	21
4.1.1. Interrupción Voluntaria del Embarazo	21
4.1.2. Acceso a métodos anticonceptivos.....	23
4.1.3. Embarazo adolescente	24

4.2.	Educación sexual integral.....	27
4.3.	VIH/SIDA	28
Capítulo II: Tratamiento de la legislación nacional sobre capacidad, autonomía y rol de los padres, frente al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. Análisis comparado con la nación argentina.....		
		30
1.	Tratamiento de la capacidad jurídica, la autonomía y el rol de los padres en la legislación nacional	30
1.1.	Tratamiento de la legislación nacional sobre la capacidad de las y los adolescentes	30
1.2.	Tratamiento de la legislación nacional sobre la autonomía de las y los adolescentes	37
1.3.	Tratamiento de la legislación nacional sobre el rol de los progenitores respecto a los DSR de sus hijos.....	38
2.	Tratamiento de la capacidad jurídica, la autonomía y el rol de los padres en la legislación argentina.....	43
2.1.	Tratamiento de la legislación argentina sobre la capacidad de las y los adolescentes	43
2.2.	Tratamiento de la legislación argentina sobre la autonomía de las y los adolescentes	47
2.3.	Tratamiento de la legislación argentina sobre el rol de los progenitores respecto a los DSR de sus hijos.....	47
3.	Análisis crítico y comparado de la normativa y procedimientos nacionales versus la normativa y procedimientos de la legislación argentina.....	50
3.1.	Breve paralelo entre algunas leyes nacionales y argentinas sobre DSR	52
4.	Análisis de jurisprudencia.....	57
4.1.	Caso Gillick.....	57
4.2.	Jurisprudencia Chilena.....	66
4.3.	Jurisprudencia argentina.....	70
Capítulo III: ¿Qué ocurre con el reconocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos cuando se trata de adolescentes en sistemas de acogimiento?.....		
		74
1.	Marco Legal e Institucional	74
1.1.	Servicio Nacional de Menores.....	74

2. ¿Cómo ejercen sus derechos sexuales y reproductivos las y los adolescentes en sistemas de acogimiento?.....	76
2.1. Atención de salud y administración de medicamentos	76
2.2. VIH/SIDA	79
2.2.1. ¿Cómo puede un NNA que se encuentra dentro del SENAME realizarse el examen de detección de VIH?.....	80
2.3. Métodos Anticonceptivos.....	82
2.4. Maternidad y paternidad adolescente.....	82
2.4.1. Maternidad adolescente	83
2.4.2. La paternidad invisibilizada.....	84
2.5. Educación sexual. La consejería.....	86
2.6. Venustario. Derecho de las y los adolescentes privados de libertad.....	89
2.7. Interrupción Voluntaria del Embarazo en SENAME.....	91
3. Violencia sexual	94
4. Adolescentes en SENAME y sus derechos sexuales y reproductivos. Deuda del Estado chileno con los NNA institucionalizados	97
CONCLUSIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	106

RESUMEN

El Estado chileno posee la obligación de reconocer y proteger a los derechos humanos, en función de la ratificación de tratados y pactos internacionales sobre ellos, entendiéndose como parte de estos derechos, a los sexuales y reproductivos, y siendo los adolescentes también seres humanos, a ellos igualmente se les debe reconocer estos derechos y proteger su ejercicio, sin perder de vista que, en razón de su particular condición, el Estado debe observar una especial protección a su respecto. Por otro lado, en Chile existe un incompleto y deficiente reconocimiento de estos derechos para las y los adolescentes, ya que la normativa es escasa, y la existente realiza un tratamiento indirecto de estos derechos para ellos, obstaculizando su reconocimiento, y sirviendo de óbice para su ejercicio. En este sentido, es fundamental entender a las y los adolescentes como sujetos plenos de derechos, que poseen al igual que todas las personas, derechos que deben ser protegidos y garantizados por el Estado, asimismo, es importante reconocer que los adolescentes tienen necesidades sexuales que van a ir desarrollándose y modificándose a través del tiempo, tanto física como cognitiva y emocionalmente. Debido a ello, esta memoria se propone analizar y cuestionar la legislación nacional referente a los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, sobre la base del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estudiando instituciones fundamentales tales como la capacidad jurídica, la autonomía y el rol de los progenitores, efectuando un análisis comparado con la nación Argentina. Culminando con el examen de la forma en que se reconocen estos derechos a las y los adolescentes en sistemas de acogimiento, junto a la manera en que ejercen los mismos.

LISTADO DE ABREVIATURAS

- CADH :Convención Americana de Derechos Humanos
- CC :Código Civil
- CCyCN :Código Civil y Comercial de la Nación
- CDN :Convención Sobre los Derechos del Niño
- CEDAW :Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Woman (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer)
- CESFAM :Centros de Salud Familiar
- CPR :Constitución Política de la República de Chile
- CREAD :Centro de Reparación Especializada de Administración Directa
- DDHH :Derechos Humanos
- DESC :Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- DIDH :Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- DSR :Derechos Sexuales y Reproductivos
- DUDH :Declaración Universal de los Derechos Humanos
- INDH :Instituto Nacional de Derechos Humanos
- ISN :Interés Superior del Niño
- ITS :Infecciones de transmisión sexual
- IVE :Interrupción voluntaria del embarazo
- MINSAL :Ministerio de Salud
- NNA :Niños, niñas y adolescentes
- OCAS :Organismos Colaboradores Acreditados
- OMS :Organización Mundial de la Salud
- ONU :Organización de las Naciones Unidas
- PIDCP :Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- PIDESC :Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- RAE :Real Academia de la Lengua Española
- SENAME :Servicio Nacional de Menores
- SIDA :Síndrome de inmunodeficiencia adquirida
- VIH :Virus de inmunodeficiencia humana
- VPH :Virus del papiloma humano

INTRODUCCIÓN

Los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de los derechos humanos, y en tanto tales resulta fundamental reconocerlos en los ordenamientos jurídicos de los Estados. En el caso chileno, los derechos sexuales y reproductivos no están contenidos en la Constitución Política de la República, dificultando su reconocimiento y ejercicio.

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes, éstos tampoco son reconocidos de forma expresa en la Constitución Política de nuestro país, siendo considerados bajo la denominación común de “personas”, sin efectuar distinciones. Como corolario de lo anterior, resulta evidente que los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, no se encuentran contenidos en la Carta Magna chilena, y en lo tocante a la normativa de rango legal e infra legal, su mención es exigua.

La importancia del reconocimiento de estos derechos para los NNA en general, y en particular para las y los adolescentes, radica en un primer aspecto, en la obligación del Estado de Chile de reconocer y dar protección a los derechos humanos, en función de la ratificación de tratados y pactos internacionales sobre ellos, y dentro de los instrumentos internacionales más relevantes sobre NNA y derechos humanos se encuentra la Convención Sobre los Derechos del Niño, documento que tiene rango de tratado internacional y que ha sido ratificado por nuestro país. Una de las aristas más relevantes de la Convención, es que consagró a los NNA como sujetos de derechos, modificando su anterior tratamiento como objetos de protección, impactando la manera en que la infancia y adolescencia es tratada y reconocida en toda la normativa que versa sobre ellas.

En un segundo aspecto, la importancia del reconocimiento de estos derechos radica en su estrecha vinculación con el ejercicio de derechos que son indispensables en la vida humana, como lo son el derecho a la salud y el derecho a la integridad física y psíquica de las personas. De manera tal que su reconocimiento establece una enorme contribución para mejorar la calidad de vida y la salud de las y los adolescentes, contribuyendo a su desarrollo personal y a sus relaciones con otras personas.

Si bien la legislación nacional demuestra preocupación por otorgarles protección a los NNA, dicha protección deja ciertos espacios en blanco, puesto que muchas veces no son considerados como sujetos de derechos, autónomos e independientes de sus padres, sino más bien como objetos de protección a los cuales hay que limitar y considerar incapaces de tomar decisiones por sí mismos. Este aspecto se evidencia con mayor énfasis cuando se trata de sus derechos sexuales y reproductivos, ya sea porque se cree que los NNA son seres asexuados hasta la mayoría de edad, o porque no se les reconoce como sujetos de derechos autónomos, vale decir como personas titulares de derechos humanos. Esta situación

se complejiza aún más cuando se trata de NNA institucionalizados, cuyos derechos han sido dramática y constantemente vulnerados.

Por las razones expuestas, es que resulta primordial efectuar el análisis sobre el tratamiento dado a los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, a efectos de poder contribuir a mejorar la legislación nacional, adecuándola a los parámetros internacionales sobre derechos humanos, y para colaborar al reconocimiento de la infancia y la adolescencia como etapas vitales que deben siempre protegerse y defenderse. Por consiguiente, esta memoria tiene por objetivo general realizar un análisis crítico de la normativa nacional respecto a cómo aborda, reconoce e incorpora a los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, teniendo como base al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su aplicación en nuestro país.

Para cumplir con dicho objetivo, la metodología utilizada será partir en el primer capítulo por indagar de qué forma se incorpora en nuestro derecho interno a los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, realizando un análisis de algunos derechos y principios reconocidos en la Convención Sobre los Derechos del Niño, y de ciertos temas atinentes en consideración a las y los adolescentes, tales como educación sexual integral, VIH y embarazo adolescente. En el segundo capítulo se inspeccionará la manera en que se han ido reconociendo estos derechos a nivel legal en Chile, en cuanto a normas jurídicas y a procedimientos legales específicos, efectuando un estudio comparado con las normas y procedimientos de la nación Argentina, inspeccionando tres instituciones fundamentales; la capacidad jurídica, la autonomía de las y los adolescentes y el rol de sus padres, culminando con el análisis de jurisprudencia nacional y comparada. Finalmente, en el tercer capítulo se estudiará el ejercicio y reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes que se encuentran en cuidado alternativo en nuestro país, considerando el contexto en el cual viven, su situación de vulnerabilidad y las especiales obligaciones que surgen para el Estado con respecto a ellos y a ellas.

Para realizar esta memoria se revisaron fuentes doctrinales nacionales y comparadas, principalmente de la nación Argentina, junto a documentos elaborados por organismos internacionales, tales como el Comité de los Derechos del Niño. Adicionalmente, se examinó jurisprudencia chilena, argentina y del Reino Unido, junto a la revisión exhaustiva de normativa chilena y argentina respecto a los derechos sexuales y reproductivos de NNA en general, y de adolescentes en particular.

Capítulo I: Reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes a través de la progresiva incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

1. ¿Cómo se incorpora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento interno?

Cuando se habla de la recepción del DIDH estamos hablando de la manera en la cual se incorporan en nuestro ordenamiento interno las disposiciones y normativa internacional que reconoce y ampara a los derechos humanos. Una de las formas en las cuales esto ocurre es a través de la creación y ratificación de tratados internacionales sobre derechos humanos que estén vigentes y que hayan sido ratificados por el país.

A diferencia de los tratados internacionales que tratan otras materias, los tratados sobre derechos humanos no buscan un intercambio recíproco de derechos que beneficie a ambas partes, sino que su fin es el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales que se garantizan a todos los seres humanos, asumiendo los Estados obligaciones hacia las personas que están sometidas a su jurisdicción. Respecto a estos instrumentos, se ha discutido en nuestro país tanto su valor jurídico como su jerarquía, si bien su incorporación en el sistema legal como fuente de derecho no dista de los demás tratados internacionales, si es discutida la jerarquía de las normas que reconocen derechos humanos (si tiene rango supraconstitucional, constitucional, legal o infra legal), esto debido a las reformas realizadas al artículo 5 inciso 2° de la CPR, las cuales no han dejado claro estos puntos. Dice el actual inciso 2° de este artículo:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En cuanto al valor jurídico y la relación entre el DIDH y el derecho interno también existen variadas posturas. Para efectos de este trabajo se optará por el enfoque de complementariedad, que señala que “las normas de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución”¹, en este sentido, no existiría una confusión con el ordenamiento interno, ni uno se posiciona como superior frente al otro, sino que se complementan mutuamente. Y frente a la jerarquía, esta dependerá de cada Estado, existiendo como se mencionó posturas diversas. En nuestro país este tema también ha sido objeto de disputa, no concluyéndose ninguna posición como la absoluta. Sin entrar al debate sobre dichas teorías por ser un asunto que escapa de los límites de esta investigación,

¹ (Núñez, 2018)

se adoptará aquella que entiende que a través del inciso 2º del artículo 5 de la CPR se eleva a rango constitucional no el tratado en sí mismo, sino que su contenido, cuando este versa sobre derechos humanos, vale decir, consagra “el carácter constitucional de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales”.²

En definitiva, el contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al incorporarse al ordenamiento jurídico nacional, formará a su vez parte del catálogo de derechos de rango constitucional, lo cual trae como consecuencia, por un lado, la obligatoriedad de su aplicación para todos los órganos del Estado, en base al artículo 6 de la CPR, ya que deben adecuar su comportamiento a las normas constitucionales y, por otro lado, constituir un límite al ejercicio de la soberanía.

Respecto al eje central de esta investigación, se debe señalar la escasa existencia de instrumentos internacionales que hacen alusión en forma expresa a los derechos sexuales y reproductivos, menos aun tratándose de los DSR de NNA, por tanto, para afirmar que sí deben ser reconocidos se debe señalar como punto inicial, cuáles son los tratados internacionales que han sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes que hagan mención expresa a estos derechos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Sobre los Derechos del Niño (CDN).

En el caso de la CEDAW, ratificada por Chile el 7 de diciembre de 1989, constituye uno de los tratados internacionales más importantes sobre el tema, puesto que vino no solo a estipular dichos derechos y a identificarlos como derechos humanos, sino que además incorporó una perspectiva de género. Pese a esto hay muy pocos ejes en que las niñas y adolescentes son mencionadas. Y tratándose de la CDN, tampoco se hace alusión en forma expresa a los DSR de los NNA.

Por esta razón, para hacer más evidentes estos derechos y a su vez no dar lugar a discusiones sobre su existencia, su construcción y reconocimiento se puede determinar mediante la interpretación de otros derechos que sí son reconocidos ampliamente, no solo por estos dos instrumentos mencionados sino por varios otros que también tienen la naturaleza de tratado y que se encuentran vigentes y ratificados por nuestro país, como ocurre con el derecho a la salud (que comprende a la salud sexual y reproductiva), el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad. De igual forma, los DSR encuentran reconocimiento en el derecho a la educación, que involucra recibir información en materias de sexualidad y reproducción, o el derecho a la identidad, así como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica. Hallando

² (Nash, 2012)

sustento estos derechos en el compromiso que hizo el Estado chileno al ratificar instrumentos internacionales como la CADH, la CEDAW, el PIDESC y por sobre todo la CDN.

2. Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos

Es usual confundir estos dos derechos, si bien es efectivo que tienen un vínculo cuyos límites suelen ser difusos, no necesariamente se unen en la realidad, teniendo en cuenta que existe sexualidad sin reproducción y reproducción sin sexualidad.

El informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994) ha definido a los derechos reproductivos declarándolos como derechos humanos y conceptualizándolos como aquellos que se construyen en el derecho de los individuos de poder decidir de manera libre y responsable el número, espaciamiento e intervalo de los hijos y el acceso a información, junto al derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, todo ello anclado en el ejercicio sin discriminación, coacción ni violencia de dichos derechos.³ En cuanto a los derechos sexuales, estos han tenido un tratamiento indirecto por medio de los derechos reproductivos, haciendo difícil crear un concepto que englobe su contenido, sin embargo a modo general, se trata de derechos que guardan relación con el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la identidad sexual, la libertad de expresión, la autodeterminación (no solo reproductiva), el acceso a información y educación sobre sexualidad, entre otros aspectos de la persona, incluyendo la reproducción.

2.1. Derechos Humanos involucrados en los Derechos Sexuales y Reproductivos

En el marco de los DSR en tanto derechos humanos existen tres de ellos que son fundamentales para su ejercicio y reconocimiento: el derecho a la salud, el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad. Que, al igual que los demás derechos humanos se encuentran interrelacionados; así el reconocimiento de uno va a ir aparejado en la forma de ejercicio de otro, en forma constante y progresiva atendiendo a las necesidades y evoluciones físicas, cognitivas y emocionales de las personas.

2.1.1. Derecho a la Salud

No cabe duda que el derecho a la salud es uno de los derechos humanos más importantes e influyentes al ser un derecho que se encuentra indisolublemente ligado a la vida. El Protocolo de San Salvador (de 17 de noviembre de 1988) en su artículo 10 lo define como aquel derecho al “disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. De esta forma, al conllevar bienestar general en una persona, debe estar presente en todas las áreas de su vida, incluyendo la salud sexual y reproductiva, que responden a su vez, a áreas de bienestar físico, mental y social. Físico, puesto que la sexualidad involucra cambios en el cuerpo de una persona, que en las primeras etapas de la vida se vislumbran, por ejemplo, a través

³ (Naciones Unidas 5 al 13 de septiembre de 1994)

del desarrollo de los genitales, el crecimiento de vello corporal, etc., y la reproducción que involucra la posibilidad de un embarazo que evidentemente conllevará cambios físicos y también riesgos para la vida. En cuanto a bienestar mental y social, el desarrollo de la sexualidad se encuentra comprometido directamente con la identidad, con el desarrollo de la personalidad y con las relaciones sociales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también ha reconocido este vínculo, señalando que “el derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.⁴

También a este respecto es importante distinguir entre salud sexual y salud reproductiva. La OMS define salud sexual como “un estado de bienestar físico, mental y social en relación con la sexualidad. Requiere un enfoque positivo y respetuoso de la sexualidad y de las relaciones, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, libre de toda coacción, discriminación y violencia”.⁵ Y en lo que respecta a la salud reproductiva, el mismo organismo la define señalando que es aquella que aborda los mecanismos de procreación y del funcionamiento del aparato reproductor en general en todas las etapas de la vida, implicando decisiones en materias de planificación familiar que conllevan la libertad de decidir si tener o no tener hijos y en qué momento de la vida, incluyendo la elección de métodos de control de la fertilidad y el acceso a servicios de salud.⁶

En cuanto a los instrumentos normativos que reconocen el derecho a la salud, éste se encuentra consagrado en la Constitución Política de Chile en un primer aspecto en el artículo 19 No. 1° cuando asegura a todas las personas; *1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica*, estableciendo un primer acercamiento al derecho a la salud, a modo general como parte de la protección de la vida y de la integridad de la persona. Y hace alusión expresa al derecho a la salud en el mismo artículo en el numeral 9, que estipula el *derecho a la protección de la salud*. Además, es reconocido por instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes como el PIDESC en su artículo 12, revelando el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental para todas las personas.

Dentro de los instrumentos internacionales que reconocen este derecho en NNA se encuentran, en orden cronológico, en primer lugar, la Declaración de Ginebra del año 1924, que resulta ser la primera declaración con carácter internacional que hace referencia explícita a la niñez y a su desarrollo, el cual no puede lograrse sin tomar en consideración al derecho a la salud. Luego nos encontramos con la

⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Naciones Unidas. E/C.12/GC/22. 2 de mayo de 2016.

⁵ (Organización Mundial de la Salud, 2020)

⁶ (Organización Mundial de la Salud, 2016)

Declaración de los Derechos del Niño del año 1959, proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas. Y finalmente, a la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en sus artículos 6 y 24 hace alusión directa a este derecho. El artículo 6 se refiere al derecho a la *Supervivencia y Desarrollo* como parte de su derecho intrínseco a la vida, y el artículo 24 menciona la *Salud y Servicios Médicos*, el cual establece el derecho de los NNA a la salud en términos prácticamente idénticos a la forma en que lo hacen los demás cuerpos normativos internacionales de protección, en consecuencia, no se ve razón alguna que pueda justificar restricciones a este derecho para los NNA.

Finalmente, hay que señalar el nexo existente entre el derecho a la vida, el derecho a la salud y los DSR, relacionados de manera directa, por ejemplo, en la obligación que se impone por los Estados de llevar adelante embarazos no deseados que exponen a la niña o adolescente a un menoscabo grave a su derecho a la salud e inclusive a la muerte. El derecho a la vida se ve relacionado aquí como el derecho que tienen las niñas y adolescentes a no morir por causas que son evitables, y que forma parte de la protección que deben garantizar los Estados a todas las personas sometidas a su jurisdicción, sin distinción.

2.1.2. Derecho a la Libertad

Se puede conceptualizar el derecho a la libertad como aquel que involucra la posibilidad de realizar o de abstenerse de realizar algo y que no exista interferencia dentro de la esfera en que el derecho le reconoce al individuo esta libertad.⁷ A nivel normativo se habla de diversas manifestaciones del derecho a la libertad; como la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de movimiento, etc., contemplándose de esta forma una amplia gama de libertades que son reconocidas a los seres humanos y que bajo ciertos supuestos son también restringidas.

Dentro de los instrumentos normativos que reconocen el derecho a la libertad nos encontramos con la DUDH, que consagra este derecho en varias de sus disposiciones, como se puede notar en su artículo 18 que estipula el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el artículo 19 que nombra a la libertad de opinión y de expresión. Este derecho es también reconocido en el PIDCP en su artículo 17 y en la CADH en su artículo 11.

Sobre la forma de reconocimiento de este derecho en los NNA, es importante dejar en claro como punto inicial que la libertad que se le debe reconocer a los NNA en tanto seres humanos debe comprender las mismas esferas de derechos que las demás personas, pero con un enfoque diferencial que conlleve una mayor protección, de tal manera que el ejercicio de su libertad no los deje en una situación de mayor vulnerabilidad. Respecto a los instrumentos normativos tales como la CDN, a los NNA se les reconocen plenamente ciertas libertades como la de opinión y de expresión; el primero reconocido como el derecho

⁷ Cfr. Con (Williams, 2013)

a ser escuchado y el segundo en los artículos 13 y 14, en tanto derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, respectivamente.

En lo tocante al vínculo entre el derecho a la libertad y los DSR de los NNA, este se ve reflejado en principio por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que guarda relación con la autodeterminación de las personas, envolviendo a su vez la libertad de expresión; también incluye el derecho a la identidad que compromete la identidad sexual, así como también la libertad o autonomía reproductiva en tanto derecho a decidir el número, espaciamiento e intervalo de los hijos (artículo 16 de la CEDAW). Asimismo, contempla el hallarse libre de violencia sexual.

Y finalmente como corolario a la libertad de expresión, también encontramos la libertad de no expresión la cual se desglosa en el derecho a la intimidad y confidencialidad, reconocidos en gran parte de los tratados e instrumentos internacionales (artículos 12 de la DUDH, 17 del PIDCP y 11 de la CADH).

2.1.3. Derecho a la Igualdad

El derecho a la igualdad ha sido comúnmente conceptualizado mediante la denominada formulación clásica de la igualdad que se traduciría en tratar de igual forma a lo que es igual y tratar de manera diversa a lo que es desigual.⁸ Respecto al derecho a la igualdad es importante tener en consideración dos aspectos en que se descompone por la doctrina este derecho; la igualdad ante la ley y la no discriminación.

En cuanto a la igualdad ante la ley hay que hacer una subdistinción entre la igualdad en el contenido de la ley y la igualdad ante la ley propiamente tal. De esta forma,

“(…) La igualdad en el contenido de la ley constituye un mandato al legislador y consiste en que las prescripciones del Derecho deben tratar de la misma manera a los iguales y de diversa manera a los desiguales. La igualdad en la aplicación de la ley, por su parte, se refiere a la noción clásica de igualdad direccionada hacia el juzgador. Consiste en que el órgano que ejerce jurisdicción debe tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual”.⁹

Distinguiéndose así respecto a la persona a quien va dirigido este mandato, por un lado, al legislador y por otro al juzgador. De ahí que el derecho a la igualdad no verse sobre una igualdad en la realidad, sino que se trata de una igualdad normativa, vale decir, no se trata de la afirmación de que todas las personas somos efectivamente iguales, sino que debemos ser tratadas (por el legislador y por el juzgador) como si lo fuéramos.

⁸ (Soberanes, 2013)

⁹ (Díaz, 2012)

Por otra parte, para poder entender el derecho a la no discriminación dentro del marco jurídico del derecho a la igualdad, resulta indispensable comprender el significado de la palabra discriminación, la cual se puede definir como “una conducta (...) de desprecio contra una persona o grupos de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales”.¹⁰

A propósito de los instrumentos normativos que reconocen el derecho a la igualdad en sus dos vertientes, nos encontramos con la DUDH, que en la primera parte de su artículo 1º señala que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.¹¹ Aludiendo notablemente al vínculo existente entre la dignidad de las personas (sin distinción) y el derecho a la igualdad como derecho humano básico. Misma disposición la consagra la Constitución Política de Chile en su artículo 1, y respecto a la igualdad ante la ley, se refiere expresamente a ella en su artículo 19 numeral 2º.¹²

Y en cuanto a los NNA, el derecho a la igualdad reconocido a través de la no discriminación, se articula como uno de los cuatro pilares de la CDN.¹³ Con respecto a este punto en lo que implica a los NNA es conveniente efectuar una aclaración ya que podemos estar en presencia de dos situaciones diversas; por un lado la discriminación entre niños y por otro lado la discriminación por ser niño.¹⁴ La primera situación se refiere al derecho a no ser discriminado por alguna cualidad del NNA, como su color de piel, la religión que profesa, su orientación sexual, etc., y la segunda situación apunta a la discriminación en atención a la cualidad misma de ser NNA teniendo implicancia la delimitación de ser *menor de edad*.

La prohibición de la discriminación a los NNA en razón de su edad para el reconocimiento y ejercicio de sus derechos humanos, no quiere decir que este derecho sea absoluto, vale decir, sin tener en consideración límites como el respeto por los derechos de las demás personas, o que no deba tenerse consideraciones especiales en atención al desarrollo de los NNA o a su especial vulnerabilidad respecto a los adultos. Por ello resulta crucial distinguir entre la discriminación y el tratamiento diferenciado; la discriminación supone la creencia de superioridad de un grupo de personas frente a otras, en cambio el

¹⁰ (Rodríguez, 2007)

¹¹ En el mismo sentido lo consagra el artículo 3 del PIDCP; el artículo 3º del PIDESC; el artículo 1º de la CADH.

¹² Además, el derecho a la igualdad es reconocido en otros instrumentos internacionales como la CADH que en su artículo 24 establece la igualdad ante la ley y la DUDH subraya este derecho en varias de sus disposiciones (los artículos 1, 2, 6, 7, 8, 10, 11, 16, 21, 23).

¹³ Artículo 2 de la CDN: 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

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

¹⁴ (González, 2017)

tratamiento diferenciado se refiere a la necesidad de imponer distintas consecuencias normativas en atención a las particularidades de los NNA, pero sin que implique un juicio de valor.¹⁵

Importante en este punto es traer a colación una situación que responde a las especiales particularidades de los NNA, y es que, pese a que el derecho a la igualdad en teoría garantiza que no se realicen discriminaciones para el reconocimiento y ejercicio de sus derechos sin una razón válida que la justifique, no hay que perder de vista que los NNA son personas que están a cargo usualmente de otras y que en estas relaciones se generan situaciones de subordinación, donde la figura de los progenitores o personas responsables de los NNA son figuras influyentes para ellos y determinantes en muchos aspectos en cuanto a la forma de ejercicio de estos derechos.

En cuanto a la relación entre el derecho a la igualdad, en sus dos vertientes y los DSR de NNA según el análisis efectuado, se puede llegar a observar un problema más general en el ejercicio y reconocimiento de los derechos de los NNA, respecto a la forma en que se les discrimina, ya que se les estatuye como sujetos incapaces, lo cual obstaculiza que puedan desenvolverse como sujetos plenos de derechos.

Para finalizar con lo propuesto en este apartado, es conveniente sintetizar el vínculo existente entre el derecho a la salud, a la libertad y a la igualdad y los DSR, respecto a las y los adolescentes. A nivel general, los derechos sexuales y reproductivos se van desarrollando conforme evoluciona y crece la persona, en otras palabras, van configurándose de acuerdo a las necesidades humanas. En efecto, los derechos sexuales contienen a su vez derechos que van ligados con diversos aspectos de la persona desde muy temprana edad, como su identidad y su personalidad, y posteriormente se amplían estos derechos a otros, como la libertad de decidir tener relaciones sexuales y la autonomía reproductiva, incluyendo a su vez a los derechos reproductivos, los cuales igualmente son progresivos. Y en este desarrollo el derecho a la salud siempre va a estar involucrado, por ser parte del derecho mismo a la vida; la libertad va a ir en aumento conforme crezca la autonomía de la persona; y la igualdad se expresa en el tratamiento específico que se le da a los NNA, puesto que usualmente se les trata de forma paternalista, como *menores*, como *casi adultos* o como propiedad de sus padres o tutores.

3. Convención Sobre los Derechos del Niño

En función de las especiales particularidades de los sujetos de los cuales trata este trabajo, resulta central hacer alusión a la Convención Sobre los Derechos del Niño (en adelante “la Convención” o “CDN”), como parte de la normativa internacional aplicable a Chile en materia de DSR de NNA.

¹⁵ *Ibíd* pág. 24

La Convención es un tratado internacional de derechos humanos, aprobado como tal el 20 de noviembre de 1989, que reconoce una serie de derechos a los niños y niñas, entendiendo por tales a los seres humanos menores de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que les sea aplicable, hayan alcanzado antes la mayoría de edad (artículo 1 CDN). Es el primer cuerpo normativo internacional que versa sobre los derechos de los NNA de carácter obligatorio para todos los Estados firmantes, entre ellos Chile. Para nuestro país la CDN entró en vigencia el 12 de septiembre de 1990.

La CDN es una norma de fundamental importancia para el reconocimiento no solo de los derechos de los niños y niñas sino también para la consideración de ellos como sujetos de derechos, lo que va a traer aparejados múltiples cambios y variadas consecuencias. A continuación, se analizarán algunos derechos y principios que consagra este instrumento y que son particularmente relevantes a la hora de examinar los DSR de las y los adolescentes y su reconocimiento y ejercicio.

3.1. Artículo 24 de la CDN: Salud y Servicios Médicos

La Observación General N° 4 emitida por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante el “Comité”) se titula *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, y hace alusión expresa al derecho de las y los adolescentes a la salud a modo general y en particular, atendido su desarrollo físico, cognitivo y emocional, se refiere a su salud sexual y reproductiva.

Lo que señala el Comité en esta Observación¹⁶ debe desglosarse en varios puntos relevantes; primeramente, constatar que el Comité le reconoce a los adolescentes, a través de su derecho a la salud, gran parte de sus DSR, al contemplar su salud sexual y reproductiva, y las problemáticas que van asociadas a esta, tales como embarazo adolescente, aborto y contagio y transmisión de VIH.

En segundo lugar, el derecho a ser escuchado y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, que conlleva su derecho a una participación activa en los procesos que involucran a su salud, incluidas obviamente su salud sexual y reproductiva. Dicha participación debe ser acorde con el principio de autonomía progresiva, ya que de acuerdo a su edad y madurez los NNA tendrán una participación más activa e independiente en estos procesos, lo que incide en la expresión de su consentimiento de manera libre e informada.

En tercer lugar, su derecho a la intimidad que se determina en gran parte por su derecho a la confidencialidad. El Comité resalta la importancia de que existan protocolos que garanticen la

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2003/4, julio de 2003

confidencialidad en los tratamientos médicos a que se someten los adolescentes, inclusive sin la anuencia de sus padres de ser necesario e insta a que existan las capacitaciones correspondientes al personal de salud.¹⁷ Esto es muy relevante debido a que una de las situaciones que más se vislumbra en las legislaciones cuando se trata de reglar los derechos de los NNA en general y en particular a sus DSR, es un excesivo paternalismo, lo que no lleva aparejado necesariamente una mayor protección para ellos, sino que más bien lleva a considerarlos como objetos de protección, incapacitados para el ejercicio de sus derechos y para el entendimiento de los mismos, como se evidencia en forma dramática con los procedimientos quirúrgicos de esterilización de niñas y adolescentes en situación de discapacidad en Chile.¹⁸

En cuanto a la Observación General del Comité N°15, que se titula *Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*, se establecen ciertos principios rectores y ciertas premisas que deben considerarse para realizar este derecho de los NNA, agregando puntos que son significativos para contribuir al análisis, además de enfatizar los elementos ya analizados de la Observación N°4. En este sentido, agrega la indivisibilidad e interdependencia de los derechos de los NNA, el derecho a la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, y la evolución de las capacidades y trayectoria del niño.¹⁹

Posteriormente, la misma Observación General realiza un análisis normativo de lo que estipula el artículo 24 de la Convención; al analizar el párrafo 1° del artículo, el Comité reconoce que el derecho a la salud involucra libertades, y entre ellas a las sexuales, aumentando su importancia a medida que se incrementa la capacidad y madurez de los NNA.²⁰ En cuanto a la segunda parte del párrafo 1°²¹ es conveniente destacar el deber del Estado respecto a la disponibilidad y la accesibilidad de los servicios de salud, ya que deben intentar asegurar que los NNA puedan acceder a estos servicios, sin ser privados de este derecho, debiendo velar porque los proveedores de los servicios médicos cuenten con herramientas necesarias para comprender las necesidades de los NNA en atención a sus particularidades, y por otro lado, el Comité menciona que los Estados deben estudiar la posibilidad de permitir que los NNA puedan

¹⁷ Observación General N°4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. 2003. Apartado D. Derechos civiles y libertades. Naciones Unidas.

¹⁸ El Comité de los Derechos del Niño expreso su preocupación al respecto en los casos de niñas sordas y con discapacidad mental que son esterilizadas, lo cual afecta a sus derechos sexuales y reproductivos a juicio del Comité. En: Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 2 de octubre de 2015. CRC/C/CHL/CO/4-5

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°15: sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/15

²⁰ *Ibíd* párr. 24

²¹ 1. (...) Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

acceder a someterse a determinados tratamientos médicos incluso sin el consentimiento de sus padres, como la realización del examen de VIH.²²

En relación al párrafo 2 del artículo 24 este indica que los Estados deben asegurar la plena aplicación del derecho a la salud de los NNA y adoptar ciertas medidas, entre las más significativas para este análisis está la reducción de la mortalidad infantil y en la niñez, debido a la situación preocupante respecto a la mortalidad de niñas y adolescentes que son forzadas a llevar adelante sus embarazos, poniendo en riesgo su vida, pese a que en la gran mayoría de los casos se trata de muertes evitables. Respecto a las altas tasas de embarazo adolescente y mortalidad y morbilidad infantil, el Comité de los Derechos del Niño determinó que “(...) los Estados han de velar porque los sistemas y servicios sanitarios puedan atender las necesidades de los adolescentes en materia de salud sexual y reproductiva, incluso mediante servicios de planificación familiar y aborto en condiciones de seguridad.”²³

Lo relevante de destacar estos puntos es que el derecho a la salud no importa solo que se garantice la sobrevivencia de los NNA, sino que también supone garantizarles calidad de vida, la que conlleva diversas áreas que no son muy visibilizadas, como la salud mental por ejemplo, que se relaciona con los derechos sexuales a través de la identidad de género, la orientación sexual y los estereotipos que son un fuerte motor de desigualdad y de obstáculos para el acceso a la salud. Por tanto, si bien su nutrición y su educación es importante, también lo es su desarrollo sexual, su autodeterminación y su individualización como personas.

3.2. Interés Superior del Niño (ISN). Artículo 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño

La CDN se articula sobre la base de cuatro pilares fundamentales que son principios que deben considerarse al momento de interpretar todos los otros derechos de los niños, estos pilares son; el derecho del niño a ser escuchado, el principio de no discriminación, la autonomía progresiva y el interés superior del niño. Este último se encuentra contemplado en el artículo 3 párrafo 1 de la CDN subrayando que en todas las materias en las cuales se involucra a los NNA, la consideración primordial que debe tenerse en cuenta es su interés superior. Y lo considera como un concepto triple; un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.²⁴

²² Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°15: sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/15. párr. 31

²³ *Ibíd* párr. 56

²⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013

La Convención no define el interés superior del niño, pero en base al artículo 3 párrafo 1, la doctrina ha conceptualizado este interés como “la plena satisfacción de sus derechos”.²⁵ A su vez, el Comité de los Derechos de Niño señala que el objetivo de este principio “es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”²⁶, que es aquel que comprende su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.²⁷ De esta forma se le otorga al ISN forma y contenido. Pese a esto, se le ha criticado por su abstracción y por considerarse un concepto jurídico indeterminado que deja amplios márgenes a la discrecionalidad de los Estados Partes y de sus respectivas legislaciones.²⁸ Sin embargo, hay que tener en cuenta que la definición de ISN es justamente dar satisfacción plena a los derechos de los niños y la CDN estipula cuales son esos derechos, por tanto no se trataría de un concepto indeterminado o abstracto sino que más bien es un concepto que busca la interrelacionalidad de todos los demás derechos del niño que son reconocidos, no solo en la Convención, sino que en todos los demás instrumentos tanto nacionales como internacionales que consideran derechos de los NNA.

Otra de las críticas que se le ha efectuado al concepto de ISN es que dicho interés es construido por adultos, tanto a nivel legislativo como judicial. Ello porque las normas son creadas por adultos y en este proceso de creación normativa no existe participación vinculante de los NNA, y en lo tocante al ámbito judicial, si bien existen normas procedimentales que obligan a los jueces a justificar en sus decisiones de qué manera se tomó en cuenta el ISN para decidir²⁹, su opinión tampoco resulta vinculante para ellos.

¿Cómo superar este obstáculo/crítica al interés superior del niño? Aquí hay que subrayar una de las características del ISN que es la de ser un criterio que si bien es holístico respecto a las áreas que se deben tener en vista por quienes tomen medidas concernientes a los NNA (sea las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos), también es un criterio que debe ser específico respecto a cada niño. Como ha sido destacado por el Comité de los Derechos del Niño, los niños no son un grupo homogéneo³⁰, por lo que debe tenerse a la vista las especiales particularidades de ese niño o grupo de niños respecto al cual se está tomando una decisión en que la consideración primordial que se debe tener en vista es su interés superior, debiendo situarse en concreto dependiendo del contexto y de la situación de cada niño, abarcando sus facultades,

²⁵ (Cillero, 1998)

²⁶ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Párr. 4

²⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003

²⁸ (González, 2009)

²⁹ Como ocurre en el caso de Chile con la Ley N°19.968 Crea los Tribunales de Familia en su artículo 16.

³⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Párr. 55

su desarrollo, su capacidad cognitiva, en fin, se trata de un principio que debe tener criterios casuísticos,³¹ lo que también es una forma de ser respetuosos con la autonomía que debe reconocerse a los NNA en función de su edad y madurez.

Por otra parte, para poder evaluar y determinar el interés superior del NNA el Comité de los Derechos del Niño determinó que los elementos que debían considerarse eran los siguientes: la opinión del niño, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, el cuidado, protección y seguridad del niño, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y su derecho a la educación.³²

Respecto a la importancia que tiene este principio rector para el reconocimiento y ejercicio de los DSR de las y los adolescentes, se deben agregar algunos puntos relevantes; en primer lugar, se trata de personas que, en la mayoría de los casos, poseen una mayor autonomía e independencia respecto de sus padres o cuidadores, unido al hecho de que pueden expresarse por sí mismos y discernir posturas, opiniones y consecuencias de la realización de determinados actos. A su vez la adolescencia es un proceso que involucra cambios físicos y emocionales importantes, uno de ellos es la madurez sexual y el desarrollo más acabado de la personalidad y la identidad. En segundo lugar, debe haber una especial preocupación por la salud de las y los adolescentes, puesto que en el ejercicio de sus DSR, pueden verse expuestos a riesgos que vulneren su vida y su desarrollo, es por ello que es vital que existan mecanismos de resguardo y protección para ellos, respetuosos de la diversidad y la identidad de los adolescentes.

Para conciliar el respeto de la autonomía de los adolescentes y su protección, se puede adoptar la idea de ponderación de elementos o ponderación de intereses, ya que en ambos casos está presente el interés superior de las y los adolescentes, solo que, desde perspectivas diferentes, debiendo ponderarse los elementos para evaluar cual es finalmente el ISN, entendiéndose como la satisfacción más plena de sus derechos. El ISN permite enfrentar estos conflictos de derechos a través de la ponderación de los mismos.³³

Para concluir, es urgente que se comprenda que el ISN es un principio que debe construirse desde el niño³⁴ como lo señala el profesor Domingo A. Lovera, lo que trae como consecuencia la indisolubilidad de este principio/derecho/norma de interpretación con el derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta, tanto al ponderar derechos que pueden verse en conflicto como al evaluar la manera es que se reconocen y ejercen los DSR de las y los adolescentes.

³¹ *Ibíd* párr. 31

³² *Ibíd* párr. 52-79

³³ (Cillero, 1998)

³⁴ (Lovera, 2009)

3.3. Derecho del niño a ser escuchado. Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño

El derecho del niño a ser escuchado es uno de los cuatro principios rectores en que se basa la CDN, siendo por tanto no solo un derecho sino también un principio fundamental a la hora de interpretar y reconocer los demás derechos de los NNA.

Este derecho se encuentra contemplado en el artículo 12 de la CDN, pudiendo desglosarse en tres partes; el derecho del niño a expresar su opinión, el derecho a ser oído y el derecho a que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su edad y madurez. Estos tres aspectos se configuran como requisitos copulativos a efectos de que se realice efectivamente el derecho del niño a ser escuchado en los términos del artículo 12. A modo general, el derecho del niño a expresar su opinión versa sobre la facultad que tienen los NNA de poder manifestar sus puntos de vistas, no obstante es relevante sostener que se trata de una facultad y no de una obligación, vale decir, los niños pueden abstenerse de emitir opiniones si es que así lo desean. En relación al derecho a ser oído, éste supone un deber que tienen los sujetos receptores de la opinión del niño de prestar especial interés y atención a lo que este manifiesta. Y finalmente el derecho del niño a que sus opiniones sean tomadas en cuenta, se traduce en que por un lado el adulto que se encuentre en la situación de tener que tomar las decisiones respectivas, posicione lo expresado por el niño como una guía fundamental, pese a no ser imperativo que la decisión que finalmente se tome sea exactamente lo que opine el niño, y por otro lado implica que se explique al niño de qué manera su opinión fue efectivamente valorada.

Resulta interesante analizar para efectos de este estudio la interacción entre algunos derechos del niño y su derecho a ser escuchado, como es el caso del derecho a la no discriminación. Como se mencionó en su oportunidad, respecto a los NNA puede existir una doble discriminación; la discriminación entre niños y la discriminación por ser niño. Este último aspecto puede derivar en obstáculos que sondear cuando se trata de ejercer de parte de los NNA su derecho a ser escuchado, debido a que el mismo artículo 12 establece límites, como que los Estados deben garantizar el derecho del niño a expresar su opinión, pero cuando esté en condiciones de formarse un juicio propio, lo cual deberá ser evaluado por adultos que tienden a presuponer la falta de capacidad de los niños. Junto a ello, el mismo artículo continúa señalando que las opiniones del niño deben tenerse en cuenta en función de su edad y madurez. Si bien la edad es un concepto objetivo, la madurez no lo es, debiendo también ser configurado por adultos, con los consiguientes problemas recién expuestos. Sumado a que la edad no debiera ser un componente definitivo a la hora de evaluar el suficiente discernimiento del niño para expresar su opinión.

De igual forma es esencial poner de manifiesto el nexo existente entre el derecho del niño a ser escuchado y su derecho a la información, contemplado en el artículo 17 de la CDN, ya que el acceso a información

que se encuentre en un formato de fácil comprensión y acceso para los NNA contribuirá a la formación de su opinión y a la comprensión de las consecuencias que puede tener para su vida el proceso o la decisión que será tomada y que lo afectará de una u otra forma.

Finalmente, en cuanto a la relación del derecho a ser escuchado y los DSR los adolescentes, hay que analizar ciertos puntos; en primer lugar, estos derechos involucran un empleo mayor de autonomía de parte de quienes los ejercen, ya que comprometen aspectos íntimos e individuales de la persona humana que guardan relación con su dignidad, con su identidad y también con su derecho a la salud y a la vida y desarrollo. En segundo lugar, el hecho que los adolescentes hagan uso de su derecho contemplado en el artículo 12 de la CDN no implica que su opinión sea un veredicto definitivo, sino que más bien se trata como un criterio relevante, que muchas veces será decisivo, pero no siempre, lo cual redundará en un impedimento para el ejercicio de sus DSR en que la manifestación de su voluntad es trascendental.

Sobre esta cuestión es importante aclarar que el ejercicio del derecho de los NNA a expresar su opinión no implica consentimiento, por tanto, igualmente será necesario que se fijen en las normativas y protocolos internos de los Estados, especificaciones respecto al ejercicio de su derecho a expresar opiniones y al ejercicio de su derecho a otorgar consentimiento.

3.4. Autonomía Progresiva. Artículos 5 y 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño

El principio de autonomía progresiva se puede identificar a la luz de dos disposiciones de la CDN; el artículo 5 y el artículo 12. El primero indica la dirección y orientación de los padres, madres o cuidadores del NNA y el segundo se refiere al derecho del niño a ser escuchado. Considerando que ya se analizó este último derecho, en esta sección se examinará el artículo 5º, establecido en la CDN en los siguientes términos:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Este principio constata que los niños van adquiriendo mayor autonomía en la medida en que evolucionan sus facultades, lo que implica que conforme el niño va adquiriendo mayor edad y madurez, quienes están a cargo de él o ella deben transformarse en una guía que les permita adquirir cada vez mayor independencia hasta el punto que ellos ejerzan por sí mismos sus derechos.

El Comité de los Derechos del Niño ha definido la evolución de las facultades del niño como un concepto que se refiere a “procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren

progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden realizarse mejor”.³⁵ Sobre este punto es relevante determinar el rol que tienen los padres o cuidadores del NNA, así como el rol que tiene el Estado. El artículo 5° señala que los padres o personas que estén a cargo del niño tienen responsabilidades, derechos y deberes respecto a ese NNA que se refieren a impartirle dirección y orientación para que éste ejerza sus derechos, ello indica que se debe encaminar al niño a que desarrolle ciertas capacidades a efectos de que pueda lograr la plena satisfacción de sus derechos y ejercite estos derechos por sí mismo. Lo anterior implica que no se debe tratar de sustituir al NNA en el ejercicio de sus derechos, ni siquiera dentro del afán de protegerlo.

Respecto al rol que tiene el Estado, este se encuentra en una posición secundaria, lo cual no significa que tenga una actitud pasiva, sino que se refiere a que se prioriza a los progenitores o cuidadores, entendiendo que estos se encuentran en mejor posición para ejercitar estos derechos y tener estos deberes atendido a la suposición de tratarse de los miembros más cercanos del NNA, por tanto, el deber del Estado es justamente respetar estos derechos, deberes y responsabilidades y entregar las herramientas para que esto ocurra de la manera más respetuosa de los derechos de los NNA.

La Convención, al cambiar el paradigma que se tenía de los NNA; de ser contemplados como objetos de protección a sujetos de derechos, reconoce su autonomía, en el sentido de ser personas independientes de sus padres, con pensamientos, orientaciones, creencias y sentimientos distintos. De este modo en un primer aspecto, consagra la autonomía a través del reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos, lo que no implica que sean absolutamente libres de hacer lo que ellos quieran en cualquier etapa de sus vidas, sino que su autodeterminación debe ser progresiva en consonancia con la evolución de sus facultades, evolución que no debe ser determinada en base a una edad específica, puesto que esto será una variable que cambiará dependiendo del NNA, en base a sus experiencias de vida, al contexto familiar, entre otros elementos que se tienen que tener a la vista. No obstante, dicha autonomía no supone que a medida que aumente su desarrollo, su capacidad e independencia, se les prive de protección.

El principio de autonomía progresiva resulta ser de una importancia considerable al momento de examinar el reconocimiento y ejercicio de los DSR de los adolescentes, puesto que a medida que el ser humano va desarrollándose tanto física como cognitiva y emocionalmente, comienzan a surgir diversas necesidades, entre ellas las sexuales. De este modo las necesidades sexuales van ligadas al desarrollo físico y psíquico de la persona, y con este desarrollo también surge progresivamente su autonomía.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/7, noviembre de 2005.

Para ir concluyendo, es útil examinar cómo interactúan todos estos derechos y principios expuestos para el ejercicio y reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes y cuál es su importancia. Para ello es valioso tener a la vista las Observaciones que ha realizado el Comité respecto al derecho a la salud de los adolescentes, en particular ha señalado; “El derecho del niño a la salud consta de una serie de libertades y derechos. Entre las libertades, de importancia creciente a medida que aumentan la capacidad y la madurez, cabe mencionar el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva para adoptar decisiones responsables”.³⁶

Como primer punto, el Comité reconoce que el derecho a la salud de los NNA engloba su salud sexual y reproductiva que involucran a su vez una serie de libertades (sexuales y reproductivas). En un segundo punto, el Comité hace alusión directa a la autonomía progresiva de los adolescentes, señalando que aumenta la importancia de las libertades de los NNA a medida que aumentan su capacidad y madurez. Y termina por reconocer que dentro del ejercicio de dichas libertades se encuentra *el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva para adoptar decisiones responsables*. Si bien el Comité en este punto no menciona específicamente el derecho de los adolescentes a ser escuchados, resulta evidente sostener que para el ejercicio de dichas libertades resultará trascendental el reconocimiento y ejercicio de este derecho. Lo mismo ocurre con el ISN, el cual se entiende presente ya que se debe tener en cuenta en todas las medidas que se adopten y en que se afecten a las y los adolescentes.

3.5. Cuestiones vinculadas a los Derechos Sexuales y Reproductivos de los NNA que son omitidas por la CDN

La autora mexicana Mónica González señala que la CDN no hace referencia explícita a los derechos vinculados con las necesidades sexuales de NNA³⁷, y que omite ciertas cuestiones relevantes, no obstante, en base a lo recién expuesto, se puede sostener lo contrario. Además, hay que tener en cuenta que la CDN alude a los derechos de manera amplia y genérica a efectos de garantizar ámbitos más extensos de protección a dichos derechos, como en el caso del derecho a la información y/o educación sexual que pueden desprenderse del derecho a la educación (artículo 28 CDN).

Sin perjuicio de ello, sí hay ciertas cuestiones vinculadas a los DSR que son omitidas por la CDN y que quizás debieran incorporarse a ella en disposiciones específicas, sin embargo, dicha omisión no significa que estos derechos no sean parte del catálogo de derechos de los NNA contemplados por la Convención; como el derecho de los NNA a la salud, o su derecho a la libertad de expresión y al libre desarrollo de

³⁶ Observación General N°15 Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). 17 de abril de 2013. Párr. 24

³⁷ (González, 2009)

su personalidad, los cuales que se ven íntimamente ligados con su desarrollo y su expresión sexuales, junto a su determinación y percepción de sí mismos.

De las cuestiones que menciona la autora mexicana que son omitidas por la CDN, se encuentra la edad en que se puede otorgar el consentimiento para tener relaciones sexuales, la libertad para solicitar métodos anticonceptivos y el derecho a ver respetada la orientación o preferencia sexual.³⁸

Respecto a estos puntos, hay que considerar que el hecho de estipular una edad para otorgar el consentimiento para tener relaciones sexuales conllevaría situaciones arbitrarias y evidenciaría la incompreensión de la realidad social y cultural de los diversos Estados Partes de la Convención. Parece ser primordial imponer formas en las que se evite con la mayor severidad posible la violencia y el abuso sexual, los matrimonios infantiles, la prostitución o explotación sexual y la pornografía infantil, materias que la Convención trata en ciertos protocolos temáticos que se han emitido. Sin embargo, hay ciertas materias como las que menciona la autora, que deben ser revisadas con un criterio casuístico.

El problema principal que se evidencia frente a la omisión de estos asuntos por la CDN, es que se deja al arbitrio de los Estados su regulación, lo que es problemático porque es común que los Estados sean reacios a regular estos temas de manera específica, como ocurre en el caso de Chile.

4. Derechos Sexuales y Reproductivos en tanto Derechos Humanos. Aplicación especial de estos derechos para adolescentes en atención a sus particularidades, necesidades y forma de ejercerlos

De acuerdo con lo explicado, los DSR se entrelazan con otros derechos humanos formando una unión muchas veces indisoluble, como ocurre con el derecho a la salud. Además, es significativo destacar que los DSR van ligados a las necesidades humanas, de tal manera que no se presentan de la misma forma en cada una de las etapas de la vida, por lo que su manifestación y ejercicio va a ser progresivo en consonancia con la evolución de las facultades de las personas. En el caso de la adolescencia, los DSR tienen un papel preponderante, entendiéndose que es una etapa de la vida en que se alcanza la madurez sexual y se posee una creciente autonomía e independencia. La OMS ha definido a la adolescencia como un “periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años”.³⁹ Esta conceptualización constata que la adolescencia es un proceso y que no está asociado inseparablemente a la edad. Por otra parte, a la adolescencia se la ha estigmatizado como una etapa de gran vulnerabilidad y de conductas riesgosas de parte de los jóvenes, haciendo referencia tanto a la actividad sexual como al uso indebido de sustancias, lo cual hace que se contemple

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ (Organización Mundial de la Salud, s.f.)

a este periodo de la vida como inestable y a quienes lo están viviendo como sujetos incapaces. Esta visión es problemática y puede obstaculizar el ejercicio de los derechos por parte de las y los adolescentes. Sumado a que la forma de contemplarlos en la legislación suele ser de un modo más bien indirecto; a partir del tratamiento de otras circunstancias acostumbra a señalarse simplemente que requieren de una especial atención, pero no aporta un enfoque directo, dejando varias aristas fundamentales de su vida y desarrollo sin examinar. Frente a esto se analizarán ciertos derechos y situaciones que han sido y son particularmente relevantes, y cuyo tratamiento por la normativa nacional ha sido nebuloso.

4.1. Autonomía reproductiva

La autonomía reproductiva es entendida básicamente como el derecho y la posibilidad de las personas de decidir tener o no hijos y se ha entrelazado fuertemente como una problemática de género, dentro de la discusión contingente sobre el derecho de las mujeres de optar por ser madres solo cuando la maternidad sea deseada, y en caso de no serlo, de poder contar con los mecanismos médicos disponibles para interrumpir dicho embarazo.⁴⁰ Pero dentro del camino hacia la comprensión de este concepto se proyectan otras áreas que tienen que ver con la autonomía y la capacidad de decidir sobre nuestro propio cuerpo, en tanto seres humanos, como la interrupción voluntaria del embarazo, al acceso y uso de métodos de anticoncepción y el embarazo adolescente.

4.1.1. Interrupción Voluntaria del Embarazo

En términos médicos se entiende por interrupción voluntaria del embarazo a aquel procedimiento médico que se realiza “durante el embarazo, con el objetivo de facilitar un trabajo de parto dificultoso, de posibilitar la sobrevivencia del feto, o de proteger la salud o la vida de la madre. También es posible conceptualizar esta intervención médica como un término anticipado del embarazo o una anticipación del parto”.⁴¹ Es usual utilizar el concepto *aborto* de manera equivalente a *interrupción voluntaria del embarazo* (en adelante “IVE”), pero la verdad es que se efectúa una distinción de acuerdo a criterios bioéticos, señalando que cuando se habla de aborto a lo que se alude es al aborto provocado, entendiéndose por tal la interrupción o terminación del embarazo, que no tiene en cuenta la viabilidad o inviabilidad del feto y cuya intención y resultado es provocar la muerte del feto.⁴² La diferencia de acuerdo a estos criterios recién expuestos consistiría en que la IVE puede o no conllevar la muerte del feto, ya que puede interrumpirse un embarazo sin que llegue al término del ciclo gestacional y aun así sobrevivir el feto, de esta forma consistiría en un procedimiento médico más, cuyos objetivos son los señalados en su definición, y el aborto consistiría en interrumpir el embarazo con resultado de muerte para el feto. No obstante, en la gran mayoría de las legislaciones en las cuales se permite la realización

⁴⁰ Cfr. Con (Ortiz, 2014)

⁴¹ (Echeverría, y otros, 2015)

⁴² *Ibíd* pág. 1480

de la IVE o del aborto provocado, se señalan ciclos gestacionales máximos, usualmente que no sobrepasen las 12 semanas de gestación, en consecuencia la IVE conllevará igualmente la muerte del feto.

Estos dos conceptos se utilizan como sinónimos las más de las veces, pero es importante considerar sus diferencias. Sin perjuicio de esto, se utilizará el término *interrupción voluntaria del embarazo* para designar la circunstancia de interrumpir un embarazo en forma voluntaria y sin coacción, cuyo resultado es la muerte del feto, con las consideraciones recién señaladas.

La IVE ha sido objeto de mucha crítica y arduas discusiones a nivel social y legislativo, existiendo posiciones que van desde un extremo a otro. En la lucha por el reconocimiento de este derecho se ha logrado en la gran mayoría de los países del mundo su despenalización bajo ciertos supuestos, y en otros se ha avanzado hacia su completa permisión, efectuando para ello distinciones trimestrales del proceso de gestación.

Para entrar en la discusión normativa respecto a la IVE bajo cualquier circunstancia, siempre y cuando sea voluntario, para el caso de niñas y adolescentes, es importante recalcar ciertos derechos en juego; en cuanto a aquellos garantizados por la CDN nos encontramos con el interés superior de la niña y de la adolescente, la opinión de ella en función de su edad y madurez, su derecho a la salud y la protección contra malos tratos contemplada en el artículo 19 de la CDN como un deber del Estado de proteger a los NNA contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental.

El llevar adelante un embarazo forzado siempre implica un menoscabo brutal a la salud física y mental de las mujeres, pero llevarlo a una edad temprana importa un daño aún mayor. Usualmente la justificación dada para otorgar la posibilidad de abortar a niñas y adolescentes bajo cualquier circunstancia, bastando su sola voluntad, es la falta de capacidad de ellas para llevar adelante este proceso, ya sea a nivel físico por no encontrar suficiente desarrollo de sus órganos reproductores, como a nivel psíquico, por no poseer suficiente madurez para afrontar dicha situación y encima hacerse cargo de otra vida humana. No obstante, para seguir con la misma línea argumentativa sostenida a lo largo de este estudio, se considera que no debe asumirse un enfoque de incapacidad de las niñas y adolescentes, contemplándolas desde sus carencias, sino que el argumento debe ir dirigido a sostener la incapacidad del Estado de obligarlas a llevar adelante embarazos no deseados, aduciendo argumentos de ponderación de los bienes jurídicos en juego; por un lado la vida del embrión como potencial vida humana versus la integridad física y psíquica de la niña o de la adolescente, teniendo a la vista que respecto a estas últimas, el bien jurídico en juego tenderá a tener mayor valor atendido al hecho de ser personas nacidas vivas y encontrarse en una etapa de la vida en que el ordenamiento jurídico reconoce y adopta mayor énfasis en

su protección. Por esta razón es indispensable que se les reconozca a las niñas y adolescentes la posibilidad de abortar si así lo desean, debido a que, en primer lugar, los bienes jurídicos en juego, como lo es la vida, su integridad física y psíquica y su derecho a la salud, son más relevantes que la eventual vida del embrión. En segundo lugar, se encuentra el deber del Estado de proteger a los NNA de “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual” (artículo 19 CDN). En efecto, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto al Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, han señalado que “(...) la negativa a practicar abortos son causas muchas veces de mortalidad y morbilidad maternas, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o a la seguridad, y en determinadas circunstancias pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes”.⁴³

4.1.2. Acceso a métodos anticonceptivos

Respecto a este tema, el análisis estará centrado en la entrega del anticonceptivo de emergencia, la llamada “Píldora del día después” (en adelante también AE). El AE se refiere a ciertos métodos anticonceptivos que pueden utilizarse para prevenir un embarazo después de una relación sexual, su uso no es diario, más bien se trata de un anticonceptivo de urgencia, recomendándose su ingesta dentro de los cinco días siguientes a la relación sexual o de ser posible antes para aumentar su eficacia.⁴⁴

El acceso al anticonceptivo de emergencia ha sido objeto de arduo debate, en un principio por considerarse de carácter abortivo y por tanto en aquellos países en que la IVE estaba prohibida, como consecuencia se prohibía también la entrega del AE.

Otra discusión que ha generado este tema fue su entrega a adolescentes, y si resultaba necesario el consentimiento de su representante legal o que al menos se le informara a este último la administración del medicamento. En nuestro país igualmente se generó polémica, considerándose por cierto sector político y doctrinal que la entrega del AE a niñas y adolescentes en confidencialidad y sin la autorización de sus padres era una violación al derecho/deber de estos de educar preferentemente a sus hijos, sometiéndose esta discusión tanto al Tribunal Constitucional como a la Corte de Apelaciones de Santiago⁴⁵ quienes concluyeron que la entrega del AE no afectaba el derecho/deber mencionado, puesto

⁴³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Consejo Económico y Social. Naciones Unidas. E/C.12/GC/22. Citando a la comunicación núm. 1153/2003 del Comité de Derechos Humanos, Karen Noelia Llantoy Huamán c. el Perú, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2005; la comunicación núm. 17/2008 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Alyne da Silva Pimentel c. el Brasil, dictamen aprobado el 25 de julio de 2011; CAT/C/SLV/CO/2, párr. 23; y CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16.

⁴⁴ (Organización Mundial de la Salud, 2018)

⁴⁵ (Corte de Apelaciones de Santiago (CA), 2006)

que no impedía “a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual”.⁴⁶

La razón por la que se analiza el AE dejando de lado el análisis de los demás métodos anticonceptivos, es porque este medicamento contiene varias aristas delicadas; por una parte, es un fármaco que como bien indica su nombre, es de emergencia, por tanto, la información que se debe suministrar por parte de quienes lo entreguen es fundamental, ya que de no comprenderse el objetivo y la excepcionalidad de su uso, puede generar severos problemas de salud, por ejemplo, en caso de que se utilice como un método anticonceptivo recurrente. Este punto podría ser uno de los argumentos a favor de la postura de requerir el consentimiento de los padres o al menos que se les informe a estos sobre la entrega a sus hijas, lamentablemente, ello puede significar un obstáculo para el acceso del AE a niñas y adolescentes, lo que puede traer consecuencias muy graves, como llevar adelante un embarazo no deseado, afectando drásticamente la integridad física y psíquica de la persona, o la realización de abortos clandestinos, poniendo aún más en riesgo la integridad y la vida misma de la niña o adolescente. De manera que obligar al personal médico a informar a sus padres, contra la voluntad de la niña o adolescente constituye una transgresión grave a su derecho a la intimidad y a la confidencialidad, que puede conllevar incluso a una vulneración a su integridad. Sobre este tema, es fundamental que el suministro del AE vaya ligado de manera significativa a la educación sexual, para prevenir un uso indiscriminado del medicamento que puede traer como resultado daños relevantes a la salud de quienes lo utilizan.

Es trascendental incorporar a la normativa la posibilidad de que la información sobre la entrega del medicamento se realice a un adulto que la niña o adolescente escoja, limitando que se vulnere su derecho a la intimidad y confidencialidad y que contribuya a evitar que el uso del AE lleve envuelto situaciones de abuso o delitos sexuales.

4.1.3. Embarazo adolescente

Un embarazo siempre traerá cambios relevantes; físicos, emocionales, sociales y económicos. La forma en que se altera la vida de las madres dependerá en gran parte de la edad que posean, resultando cada vez más problemático en edades tempranas como la niñez y adolescencia, teniendo efectos dramáticos en su salud, su educación y muchas veces también su situación socioeconómica presente y futura.

Este tema ha sido objeto de preocupación tanto de los organismos internacionales de protección de los derechos como de los Estados, existiendo pronunciamientos en conferencias internacionales, como la Conferencia sobre Población y Desarrollo (Conferencia de El Cairo) y estableciéndose de parte de los Estados variada política pública al respecto. Sin embargo, las cifras de embarazo adolescente siguen

⁴⁶ (Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC), 2008)

siendo bastante inquietantes. En efecto, América Latina y el Caribe poseen la segunda tasa más alta del mundo de fecundidad en adolescentes.⁴⁷ La situación en nuestro país también es preocupante; de acuerdo con los datos aportados por el Instituto Nacional de Estadísticas, el año 2017 nacieron 17.369 bebés de madres adolescentes, de dicha cifra, 472 fueron hijos de madres menores de 15 años. En cinco de estos casos los recién nacidos correspondían al segundo bebé de las adolescentes, vale decir se trataría de niñas menores de 15 años que tenían dos hijos. Por otro lado, hubo 16.897 hijos nacidos de adolescentes entre 15 y 19 años y 81 de esos bebés correspondían al tercer hijo de las adolescentes.⁴⁸ Otro lado de la moneda lo constituyen los padres de los hijos de madres adolescentes, en que las cifras entregadas por el INE son angustiantes; en el caso de los hijos de madres menores de 15 años, 40 de esos bebés tuvieron padres de entre 20 a 24 años y uno de ellos tuvo un padre cuya edad se encontraba entre los 40 y 44 años. Y en el caso de los bebés de adolescentes entre 15 y 19 años, casi la mitad tuvo padres mayores de 20 años, y 17 de esos bebés tuvieron padres de 50 años o más.⁴⁹

Estos datos impactan de diversas maneras, profundizando en situaciones de la realidad nacional. Por un lado, es difícil pensar que no haya existido violencia sexual en las situaciones en que la diferencia de edad entre los padres y madres niñas y adolescentes es abismante, evidenciando la situación de vulnerabilidad que ellas viven. Esta vulnerabilidad se expresa en ciertos casos en su exclusión de la educación. De acuerdo con las cifras del INE, de los 472 bebés nacidos de niñas menores de 14 años, en 400 de esos casos ellas habían alcanzado entre 7 y 9 años de estudio,⁵⁰ lo que puede significar que luego del embarazo nunca vuelvan a ingresar a las escuelas.

Sobre el embarazo adolescente, nos encontramos con un caso contra Chile llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual culmina en una solución amistosa. La causa se titula *Mónica Carabantes Galleguillos con Chile*.⁵¹ La controversia versa sobre la expulsión de una adolescente (Mónica) del colegio privado al cual asistía, por la circunstancia de encontrarse embarazada. Ante este hecho su familia y ella recurren de protección el 24 de diciembre de 1997 ante la Corte de Apelaciones de La Serena, quien decide rechazar el recurso de protección, determinando que la actuación del director del establecimiento educacional de expulsar a la alumna embarazada era lícita en consideración al reglamento interno del colegio, en virtud del cual el director fundaba su decisión, que contenía una disposición que establecía que las alumnas que fueran madres durante el año escolar en curso no podrían renovar su matrícula para el siguiente año. Frente a este hecho, se decide apelar la

⁴⁷ (Fondo de Población de las Naciones Unidas y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2016)

⁴⁸ (Godoy, 2020)

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002)

sentencia ante la Corte Suprema quien confirma el fallo. Por esta razón se concurre al Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) quien comunica esta situación a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicha comunicación es recibida el 18 de agosto de 1998.

En esta causa se alega la violación del derecho a la protección de la honra y la dignidad (artículo 11), la igualdad ante la ley (artículo 24), la obligación general de respetar y garantizar los derechos (artículo 1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), todas disposiciones de la CADH.

Finalmente, el caso culmina, como se señaló, con una solución amistosa, que consistió en el otorgamiento de una beca para la educación superior de Mónica, una reparación simbólica que se traduciría en dar publicidad a las medidas reparatorias y difundir la legislación que modificó la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza aumentando la protección a las adolescentes embarazadas.

Este caso contiene varias violaciones a los derechos humanos. En efecto existe una violación al derecho a la educación, al derecho a la igualdad, tanto en su vertiente de igualdad ante la ley como en la de no discriminación y al derecho a la vida privada. Resulta más que interesante e inquietante que la justicia del Estado de Chile haya otorgado valor al reglamento del colegio, en que se violan flagrantemente estos tres derechos, privando a Mónica de la continuación de sus estudios, discriminándola por estar embarazada y al mismo tiempo inmiscuyéndose en su vida privada como condición habilitante para mantenerse dentro del establecimiento educacional. Podría agregarse también desde una perspectiva de género que el reglamento educacional solo hacía mención a la expulsión de adolescentes embarazadas, mas no de los padres adolescentes, evidenciando discriminación por razón de género.

El Estado chileno, en forma posterior al caso de Mónica, modificó su legislación estableciendo en la Ley N°19.688 (que Modifica la Ley N°18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, en lo relativo al derecho de las estudiantes que se encuentren embarazadas o que sean madres lactantes de acceder a los establecimientos educacionales, de 5 de agosto de 2000) que tanto el embarazo como la maternidad no deben constituir impedimentos para ingresar y permanecer en establecimientos educacionales y el Decreto N°79 que reglamenta el estatuto de las alumnas en estado de gravidez estableciendo derechos y facilidades, estipulando expresamente que no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación. Por otra parte, la variación de la legislación es muy reciente, ya que la Ley N°19.688 fue promulgada el año 2000 y el Decreto N°79 es del año 2004, por lo que llevamos como país solo cerca de 20 años reconociendo el derecho de las madres adolescentes a su educación, a la igualdad ante la ley y no discriminación y su derecho a la vida privada.

Termino con una reflexión de la División de Información y Relaciones Externas del UNFPA respecto al embarazo adolescente:

“Lo que se necesita es una nueva forma de pensar en el desafío del embarazo en adolescentes. En vez de concebir a la niña como el problema y cambiar su comportamiento como solución, los gobiernos, las comunidades, las familias y las escuelas deben entender que los verdaderos desafíos son la pobreza, la desigualdad de género, la discriminación, la falta de acceso a los servicios y las opiniones negativas sobre las niñas y las mujeres, y que la búsqueda de justicia social, el desarrollo equitativo y la ampliación de los medios de acción de las niñas son el verdadero camino para reducir los embarazos en adolescentes.”⁵²

4.2. Educación sexual integral

La OMS ha conceptualizado a la educación sexual integral como;

“un proceso que cuenta con un plan de estudios para dar a conocer los aspectos cognitivos, emocionales, físicos y sociales de la sexualidad. Su finalidad es dotar a los niños y los adolescentes de conocimientos, aptitudes, actitudes y valores que les permitan disfrutar de salud, bienestar y dignidad, establecer relaciones sociales y sexuales respetuosas, ser conscientes de la manera en que sus elecciones afectan a su propio bienestar y al de otras personas, y conocer sus derechos y velar por su protección durante toda su vida.”⁵³

La educación sexual integral es fundamental para todas las personas, pero es aún más importante tratándose de NNA, puesto que ellas y ellos se encuentran en diversas fases de desarrollo, dependiendo de su edad, de su madurez y de su evolución física e intelectual, encontrándose con una serie de interrogantes sobre su persona, su identidad y su propio cuerpo, en consecuencia, la educación sexual será trascendental para el ejercicio responsable de los DSR de parte de los NNA.

Tanto la cantidad de información como la manera en que esta información es entregada dependerá de las necesidades biológicas, psicológicas, emocionales y sociales de los NNA. No obstante, el propósito de esta diferenciación no es ocultar información, sino que más bien se trata de suministrar conocimiento de manera progresiva de modo que los NNA vayan comprendiendo de mejor manera estos aspectos tan importantes de su vida y su desarrollo como seres humanos.

La CDN dedica el artículo 28 al derecho a la educación y el artículo 29 a los propósitos de esta. Sobre este último resulta importante destacar su letra a) que señala que la educación del niño debe estar encaminada a “Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”. Se desprende de esta norma que la educación de los NNA no tiene por única finalidad nutrirlos de conocimientos para su desarrollo académico o profesional, sino que su fin

⁵² (Williamson, 2013)

⁵³ (Organización Mundial de la Salud, 2019) citando a (Organización Mundial de la Salud, 2017) y a (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), 2018)

también abarca conocimientos que contribuyan al desarrollo de su personalidad y que los nutra de capacidades para que puedan vivir su vida de la mejor manera posible, desarrollando sus aptitudes, su autoestima y capacidad.⁵⁴

De igual manera la CEDAW hace mención en diversas disposiciones a la importancia de la educación para erradicar la discriminación contra la mujer, eliminar estereotipos, así como también suprimir la violencia hacia ellas. En su artículo 16 párrafo 1 letra e, menciona expresamente el derecho a la educación sexual, señalando que los Estados Partes deben asegurar en condiciones de igualdad el tener acceso a información, educación y medios necesarios que les permitan ejercer los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos.

Es importante destacar que el derecho a la educación se caracteriza como un derecho de los NNA y no de los padres, por tanto el enfoque tiene que estar en ellos, y no en quienes cuidan de ellos. Lo cual no obsta a que los padres también les entreguen información y los eduquen al respecto, puesto que se trata de una tarea que se debe emprender en conjunto; con los progenitores, con la familia ampliada, con los establecimientos educacionales y de salud, y con el Estado como garante e impulsador.

En conclusión, la educación sexual integral es el pilar fundamental para un ejercicio responsable de los DSR y también para un desarrollo pleno de la persona, a su vez contribuye a mejorar las relaciones sociales, incorporando un clima de respeto y comprensión hacia todas las personas.

4.3. VIH/SIDA

Otro tema bastante preocupante es la alta tasa de contagio de VIH/SIDA en jóvenes. Hay varios factores de índole social, económico y cultural que contribuyen a este aumento, lo que trae como consecuencia que cada uno de los Estados deba enfocarse en su prevención y tratamiento de acuerdo con sus especiales particularidades, y asimismo evitar la discriminación asociada a esta enfermedad.

En atención a la forma en que la legislación debe abordar esta enfermedad, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la normativa debe tener en cuenta las múltiples formas de discriminación que agudiza “los efectos de la epidemia. Las estrategias también deben promover programas de educación y formación concebidos explícitamente para cambiar las actitudes discriminatorias y el estigma que acarrea el VIH/SIDA.”⁵⁵

⁵⁴ Cfr. con Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°1: Propósitos de la educación. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2001/1. abril de 2001

⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°3 El VIH/SIDA y los derechos del niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2003. 3 de marzo de 2003

Si bien es relevante crear esfuerzos dirigidos a frenar el avance del virus, también es vital tener un enfoque respetuoso de la dignidad humana e intentar mitigar no solo las consecuencias negativas biológicas sino también las sociales y culturales, como la discriminación en los servicios de salud, en la apertura laboral, entre otros espacios. Es urgente crear una normativa acorde con las necesidades actuales de la población, que posea el rumbo hacia el entendimiento de esta enfermedad y que busque mejorar la accesibilidad tanto a la realización del examen como a los medicamentos necesarios, que además sea respetuosa de la confidencialidad e intimidad como parte del derecho de los adolescentes a la vida privada, garantizado en la CDN (artículo 16) y en nuestra CPR (artículo 19 N°4), y efectúe un tratamiento diferenciado respecto a los NNA permitiéndole a estos acceder al examen respetando su vida privada siguiendo las directrices del Comité de los Derechos del Niño.

En este apartado se ha examinado el tratamiento de diversos derechos sexuales y reproductivos y su interacción con problemáticas actuales, tanto en la legislación internacional como la nacional. Respecto de todos los puntos que fueron tratados resulta fundamental recalcar que deben tener una visión respetuosa de todos los derechos humanos y además poseer una perspectiva de género; de equidad e igualdad de género, puesto que las desigualdades fácticas e ideológicas suelen afectar a las adolescentes y niñas en mayor medida que las que afectan a los adolescentes y niños. La profundización del estudio de los DSR de las niñas, niños y adolescentes suele ser incómodo para los adultos, haciendo muchas veces infructuoso su desarrollo en políticas públicas y en normativa específica. El enfoque en ciertos casos es de total negación de la sexualidad de los NNA hasta que llegan a la pubertad, e incluso en ese momento la orientación es a negarles acceso a información, a medicamentos, tratamientos, etc., por esta razón resulta imperativo que estos temas se saquen a la luz y se comprendan los problemas para llegar a soluciones rápidas y eficientes que ayuden a que las y los adolescentes puedan ejercer sus derechos sexuales y reproductivos en forma plena y responsable, con información necesaria y suficiente.

Capítulo II: Tratamiento de la legislación nacional sobre capacidad, autonomía y rol de los padres, frente al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. Análisis comparado con la nación argentina

1. Tratamiento de la capacidad jurídica, la autonomía y el rol de los padres en la legislación nacional

Al efectuar un análisis sobre el reconocimiento y ejercicio de los DSR de las y los adolescentes resulta fundamental el examen de ciertas figuras. En un primer aspecto la capacidad, como la forma a través de la cual las legislaciones regulan el ejercicio de todos los derechos, para delimitar si las personas pueden ejecutar dichos derechos por sí mismos o si requieren de otra persona para ello, como ocurre en el caso en que se necesita de un representante legal, figura de uso recurrente cuando se trata del ejercicio de derechos de parte de los NNA. En un segundo aspecto la autonomía, que es trascendental cuando se procura reconocer a los NNA como sujetos de derechos, y la manera en la que ejercerán sus derechos será conforme evolucionen sus facultades y desarrollo, configurándose en una autonomía creciente que resulta mucho más ostensible en el caso de las y los adolescentes. Y finalmente el rol que tienen los progenitores en la vida de sus hijos e hijas y como se conjugan sus derechos y deberes en tanto padres con los derechos de sus hijos. Todo ello anclado en ciertos derechos particulares y personalísimos; los derechos sexuales y reproductivos, en los cuales la esfera de autonomía aumenta, al tratarse de derechos que involucran aspectos íntimos e individuales de las personas.

1.1. Tratamiento de la legislación nacional sobre la capacidad de las y los adolescentes

Para el profesor Alessandri, la capacidad es la “aptitud de una persona para adquirir derechos civiles y poder ejecutarlos por sí misma”.⁵⁶ En el derecho chileno se distinguen en cuanto a la capacidad dos tipos de ella; la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es aquella que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones⁵⁷, siendo uno de los atributos de la personalidad, por tanto, todos los seres humanos poseen dicha capacidad desde su nacimiento; en cambio, la capacidad de ejercicio hace referencia a la capacidad legal de una persona que consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra (artículo 1445 del CC), esta capacidad es adquirida por regla general a los 18 años. El principio general en materia de capacidad en nuestro derecho se encuentra contemplado por el artículo 1446 del CC que señala que *toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*, constituyendo de este modo la capacidad la regla general y la incapacidad la excepción, estableciendo la ley expresamente quienes se consideran incapaces (artículo 1447 del CC), efectuando una distinción entre incapaces absolutos, quienes no podrán contraer obligaciones por sí mismos válidamente en ningún caso, debiendo actuar siempre representados, y los

⁵⁶ (Alessandri, 2004)

⁵⁷ (Lyon, 1985)

incapaces relativos, cuyos actos pueden tener valor en ciertas circunstancias de acuerdo a cierto requisitos determinados por la ley (artículo 1447 del CC). Es importante recalcar que estas incapacidades hacen alusión únicamente a limitar la capacidad de ejercicio, mas no la capacidad de goce, ya que esta última es un atributo de la personalidad y que, por tanto, todos los seres humanos poseen.

Asimismo, existe otra distinción en cuanto a la capacidad, dependiendo de los actos que se realicen, así nos encontramos con la capacidad para realizar actos patrimoniales y la capacidad para realizar actos extrapatrimoniales.

Cuando se habla de la capacidad para realizar actos patrimoniales se requiere tanto de la capacidad de goce como de ejercicio, y para nuestro derecho se adquiere a los 18 años, por lo que para el caso de los y las adolescentes se aplican las reglas de la representación legal de la patria potestad. De esta forma, no pueden realizar por regla general actos de naturaleza patrimonial sin la autorización o representación de sus representantes legales, ya sean sus padres o tutores; no obstante, hay ciertos actos que los NNA sí pueden realizar por sí mismos. Para establecer estas excepciones primero hay que referirse a las distinciones que realiza el Código Civil en su artículo 26 de acuerdo a las edades de los niños, señalando que; *infante o niño* es toda persona que no ha cumplido 7 años; el *impúber* es el niño que no ha cumplido 14 años y la niña que no ha cumplido 12; el *menor adulto* es quien ha dejado de ser impúber, vale decir, el varón mayor de 14 pero menor de 18 años y la mujer mayor de 12 pero menor de 18 años. Por su parte la Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia (de 30 de agosto de 2004) en su artículo 16, realiza una distinción diferente señalando que se considera *niños* a las personas menores de 14 años y *adolescentes* a las personas entre 14 y 18 años de edad.

El autor Rodrigo Barcia señala que la distinción que efectúa el artículo 16 de la mencionada ley se aplica solamente a actos extrapatrimoniales, manteniéndose las distinciones del Código Civil para el caso de los actos patrimoniales.⁵⁸

De acuerdo con las reglas del Código Civil y a la recién efectuada distinción etaria, se considera al menor adulto capaz de realizar una serie de actos por sí mismo; como poder reconocer hijos (artículo 262 CC), realizar testamento (artículos 261 y 1.005 del CC), administrar su peculio profesional (artículos 246 y 439 del CC) y a las personas mayores de 16 años se les reconoce la posibilidad de contraer matrimonio (artículo 5 de la Ley N°19.947 que Establece Nueva Ley de Matrimonio Civil, de 17 de mayo de 2004).

Para los efectos de esta memoria nos es útil centrarnos en la capacidad extrapatrimonial de las y los adolescentes, puesto que será este tipo de actos los relevantes al momento de ejercer sus DSR, como

⁵⁸ (Barcia, 2013)

aquellos actos personalísimos que guardan relación con su integridad física, psíquica, su derecho a la salud y su derecho a la vida. En este ámbito, el autor Rodrigo Barcia señala que el elemento central para determinar la capacidad de las personas sería las condiciones de madurez de ésta.⁵⁹ Las condiciones de madurez operarían según él, en actos que no son susceptibles de representación como ocurre con los actos personalísimos. Sin embargo, el autor no define qué se debe entender por condiciones de madurez.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española (RAE) se define madurez bajo tres acepciones: “1. Condición o estado de maduro; 2. Periodo de la vida en que se ha alcanzado la plenitud vital y aun no se ha llegado a la vejez; 3. Buen juicio o prudencia, sensatez.”⁶⁰ A su vez, la misma RAE define *juicio* en su primera acepción como “facultad por la que el ser humano puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso”.⁶¹

En base a ambas definiciones se puede construir la idea de madurez como atributo de la persona. Considerándose como la capacidad de ésta de poder distinguir consecuencias (el bien y el mal) y argumentos (lo verdadero y lo falso), ser prudente, tomando decisiones con cautela, comprendiendo su actuar, además de que dichas decisiones sean racionales (sensatas).

Sin perjuicio de lo anterior, Rodrigo Barcia distingue dos situaciones; por un lado, habla del *suficiente juicio* y por otro lado de las *condiciones de madurez*. El suficiente juicio se exigiría solo para que el NNA fuera escuchado, vale decir, ejerza su derecho a ser oído. En palabras de Barcia “El suficiente juicio es solo una herramienta que permite que los padres o el juez puedan tomar la decisión más acertada respecto del menor dada su responsabilidad. En cambio, las condiciones de madurez habilitan al menor a actuar por sí mismo y excluye la representación legal de los padres”.⁶² Por lo tanto, según lo que se señala, para que un niño sea escuchado y su opinión sea tomada debidamente en cuenta, se requiere que posea suficiente juicio, pero cuando la persona ya adquiere mayor capacidad de racionamiento y madurez, podría considerársele plenamente capaz para tomar decisiones por sí mismo. No obstante, el autor advierte que, pese a ello, pueden existir casos en que la entidad del acto sea de tal importancia o de tal gravedad que, pese a que la persona, en este caso el o la adolescente, cuente con condiciones de madurez suficientes, se desestime igualmente su capacidad y se deje la decisión a sus padres o tutores en tanto representantes legales de aquél.

Parece ser que el elemento *condiciones de madurez* de los NNA corresponde a un buen criterio para determinar la capacidad de éstos, sobre todo cuando se trata de actos extrapatrimoniales o de actos

⁵⁹ (Barcia, 2013)

⁶⁰ (Real Academia Española, s.f.)

⁶¹ (Real Academia Española, s.f.)

⁶² (Barcia, 2013)

personalísimos, incluyendo además en este criterio un análisis holístico del NNA en concreto, que envuelva su contexto familiar, socioeconómico, sociocultural, étnico, religioso, etc. Pero no parece correcto que el *suficiente juicio* sea un criterio determinante para oír al niño y para considerar su opinión más o menos importante. De acuerdo a los instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, principalmente la CDN, previamente analizada, además de la legislación nacional (como la Ley N° 19.968 que Crea los Tribunales de Familia (de 30 de agosto de 2004), en su artículo 16), se contempla específicamente el derecho que le asiste a todo NNA a ser oído, sin condicionar este derecho a la edad del niño o a sus capacidades intelectuales. Es más, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño⁶³, la jurisprudencia nacional⁶⁴ así como la doctrina⁶⁵ reconocen que el derecho del niño a ser escuchado abarca no solamente el lenguaje verbal, también el no verbal y kinésico, de tal manera que la opinión que los niños más pequeños pueden emitir es igualmente válida, aunque no se puedan comunicar con la misma claridad que un adolescente de 15 años. Sin perjuicio de esto, es claro que los opiniones vertidas por un adolescente o por una persona con suficiente discernimiento para distinguir las consecuencias de sus actos, será mucho más vinculante que la opinión de un niño de 4 años que aún no posee un total desarrollo de su personalidad y que probablemente le cueste mucho más distinguir consecuencias y argumentos, sobre todo si se trata de casos complejos, pero esto no obsta a que ejerza su derecho a ser escuchado. Ello, porque hay que distinguir por un lado el derecho del NNA a ser oído en todos los asuntos que lo afecten y, por otro, el derecho a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en función de su edad y madurez, donde sí será necesario analizar dichos criterios para valorar la opinión vertida. Lamentablemente, en muchos casos contemplados por la legislación, la opinión de los NNA no resulta vinculante para el juez o la autoridad que debe oírle.

Siguiendo con el razonamiento de Barcia sobre la capacidad extrapatrimonial y su elemento determinante (condiciones de madurez), las preguntas fundamentales para este estudio son primero, ¿Quién debe calificar la madurez del adolescente? Y segundo, ¿Qué criterios debe tener en cuenta? La doctrina en general ha estado de acuerdo en que es posible sostener que los adolescentes son, por regla general, plenamente capaces respecto del ejercicio de actos extrapatrimoniales, salvo situaciones excepcionales⁶⁶, pero se divide en cuando se trata de determinar quién debe señalar esos casos excepcionales en que se considere a las y los adolescentes incapaces de ejercer actos extrapatrimoniales. Por un lado, tenemos la postura del autor Miguel Cillero, quien considera que debe ser la ley quien señale estos casos⁶⁷ y por otro

⁶³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°12. El derecho del niño a ser escuchado. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009

⁶⁴ Véase a modo de ejemplo Causa N°207/2016 (Corte de Apelaciones de Valdivia, 2016).

⁶⁵ En este sentido se expresa el autor (Carretta, 2018)

⁶⁶ (Barcia, 2013)

⁶⁷ (Cillero, 2001) citado en (Barcia, 2013)

lado la postura de Rodrigo Barcia quien concluye que son los jueces los llamados a calificar los supuestos de excepción, de acuerdo con el interés superior del niño.

Existen buenos argumentos para sostener una u otra postura. Por una parte, que sea la ley quien determine los casos de excepción otorga mayor seguridad jurídica a la población, sumado al requisito de publicidad que todas las leyes poseen. Agregando como punto a favor la objetividad de la ley, junto a su generalidad, ayudando a evitar situaciones discriminatorias. En efecto, si la ley considera que las personas mayores de 14 años y menores de 18 son plenamente capaces de consentir por sí mismos (sin la autorización o la representación de otra persona) en la realización de, por ejemplo, determinado tratamiento médico, absolutamente todos y todas quienes se encuentren bajo el supuesto de hecho de dicha norma, serán capaces de consentir y se les considerará capaces, cumpliéndose la consecuencia jurídica indicada en la norma. Sin embargo, el gran riesgo de adoptar esta postura sin miramientos es que se deja de lado la valoración de los casos en concreto, lo cual es el principal punto a favor de que sean los jueces quienes determinen estos casos de excepción.

Como argumentos a favor de que sean los jueces o juezas quienes definan los casos en que deba considerarse a un adolescente incapaz de ejercer actos extrapatrimoniales, se encuentra como se mencionó, que se puede analizar el caso en concreto, verificando de primera fuente por así decirlo, las capacidades cognoscitivas e intelectuales de él o la adolescente, así como también examinar el tipo de acto del que se trata, el contexto familiar, entre otras cosas. Incluso poder solicitar algún tipo de examen psicológico del adolescente que sirva de prueba para constatar la incapacidad de éste (la prueba debe siempre versar sobre la demostración de la incapacidad, pues se sostiene en esta memoria que como la regla general es que se considere a todas las personas capaces, siendo la incapacidad la excepción, en ésta la que deberá probarse). Lo cual conlleva a que la decisión que se adopte se apege más a la necesidad del caso, pudiendo concluirse una decisión que beneficie mucho más al adolescente y que contenga criterios de justicia material. Pese a este gran punto a favor, igualmente existen elementos en contra, como por ejemplo la eventual arbitrariedad en que pueden incurrir los jueces, la falta de certeza jurídica, ya que cada caso será distinto puesto que cada NNA es distinto, además del hecho de que se haría necesario que frente a cada decisión que deban tomar los adolescentes realizando actos extrapatrimoniales se deba recurrir a los tribunales de justicia, lo que evidentemente no es posible con los recursos humanos y materiales disponibles.

Por lo anterior, se hace necesario emprender una postura que incorpore los elementos convenientes de ambos puntos; de esta forma, sería fructífero que se señale por la ley a modo general el reconocimiento de la capacidad de los NNA que cuenten con condiciones de madurez suficiente y necesarias para el acto de que se trate, entendiendo que, a mayor entidad del acto, se requerirá de una mayor madurez y

discernimiento para actuar. Estipulando, también por la ley, los criterios para evaluar la madurez y discernimiento del NNA. De tal manera que, de no cumplirse los requisitos contemplados por la ley, se haga necesario un examen casuístico, del cual deberán estar a cargo los tribunales de justicia. De este modo frente a los casos difíciles, serán los jueces los llamados a definir, vale decir, en aquellos casos no contemplados por la norma que reconoce a un adolescente como plenamente capaz de ejercer un acto de este tipo o exista duda al respecto, sean los jueces los llamados a examinar si se cumplen con los supuestos de incapacidad del menor de edad, con base a los criterios señalados por la ley, y de no ser ello cumplido, se deberá concluir que el adolescente es perfectamente capaz.

Respecto a los criterios que deben tenerse en cuenta, ya sea por la ley o los jueces según la postura que se considere correcta, estos serían tres; dos de ellos objetivos; por un lado, la edad de la persona y por otro lado la entidad o gravedad del acto. Y el tercer criterio sería la madurez como elemento subjetivo a considerar. Además de estos tres elementos, también hay que involucrar a tres principios fundamentales; la autonomía progresiva, el derecho a ser escuchado y el INS previamente examinados.

La legislación nacional referente a DSR, en general efectúa una distinción entre las personas menores de 14 años y aquellas mayores de 14 años, otorgando a éstas últimas, para ciertos casos, plena capacidad de decisión, como por ejemplo para recibir métodos anticonceptivos (artículo 2 de la Ley N°20.418 que Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad (de 28 de enero de 2010)) confiriéndoles de esta forma una mayor autonomía respecto de sus padres o cuidadores. No obstante, las leyes chilenas sobre DSR no se refieren en ningún momento a las condiciones de madurez de la persona como criterio habilitante que confiera capacidad plena de ejercicio a los NNA. Simplemente hace alusión a la edad de la persona y a modo general mantiene la distinción entre niños y adolescentes hecha por la Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia (de 30 de agosto de 2004), otorgando plena capacidad en la mayoría de los casos, a las personas mayores de 14 años, pero informando la decisión tomada por la o el adolescente a sus padres o cuidadores. De manera similar ocurre en el caso del suministro del anticonceptivo de emergencia a personas menores de 14 años, ya que se les confiere capacidad de ejercicio para consentir en la realización de este acto, pero siempre informando a sus padres o personas a cargo de ellas, según dispone el inciso segundo del artículo 2 de la Ley N°20.418. Generándose algunas situaciones complejas en cuanto a la confidencialidad e intimidad de la persona menor de edad; por ejemplo, en el caso de la Ley N°19.779 (que Establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas (de 14 de diciembre de 2001)), ya que según dispone su artículo 5, si el resultado del examen de detección de VIH es positivo, pese a que la persona es mayor de 14 años y es capaz de consentir en la realización del examen por sí mismo, se le informa a sus padres o representantes legales el resultado del examen. Este

caso pone nuevamente sobre la balanza la protección de las y los adolescentes, y el respeto por su autonomía, comprendiendo por tanto también su intimidad.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado lo siguiente respecto a este punto:

“Los Estados Partes deben proteger la confidencialidad de los resultados de las pruebas de detección del VIH, en cumplimiento de la obligación de proteger el derecho a la vida privada del niño (art. 16), tanto en el marco de la atención sanitaria como en el sistema público de salud, y velar por que no se revelen sin su consentimiento, a terceras partes, incluidos los padres, información sobre su estado serológico con respecto al VIH.”⁶⁸

En definitiva, se puede concluir que la ley nacional que versa sobre ciertos DSR considera que todas las personas mayores de 14 años poseen un grado de madurez suficiente para poder tomar decisiones sobre algunos aspectos del ejercicio de estos derechos, como solicitar métodos anticonceptivos (artículo 2 de la Ley N°20.418), realizar el examen de detección de VIH (artículo 5 de la Ley N°19.779) o solicitar la interrupción voluntaria del embarazo si se encuentra dentro de las tres causales contempladas en la ley (artículo 1 de la Ley N°21.030 que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, de 23 de septiembre de 2017). Sin embargo, deja de lado el análisis de quienes sí poseen las condiciones de madurez necesarias, pero que aún no poseen el criterio objetivo señalado por el legislador de cumplir los 14 años.

Este punto es trascendental puesto que la adolescencia se describe como un proceso dinámico, que no se define únicamente por criterios etarios, sino que, por ciertas características del desarrollo de la persona, tanto físico como psíquico. Se trata de un proceso que tradicionalmente se ha vinculado con el inicio de la pubertad, la cual fluctúa de manera diferente en las personas, pero que usualmente, según la OMS transcurre desde los 10 años aproximadamente, hasta los 19.⁶⁹ Es cierto que la ley para cumplir con estándares de seguridad jurídica debe establecer criterios objetivos, uno de ellos es la edad de la persona, pero también es cierto que al no contemplar la posibilidad de análisis del caso en particular, deja de ser útil al no incluir a las demás personas que biológica y emocionalmente también se consideran adolescentes y que pueden poseer madurez suficiente para realizar actos de naturaleza extrapatrimonial. En relación con esto, sería significativo incluir en la normativa nacional criterios más flexibles que puedan examinar las particularidades de la o el adolescente en concreto.

⁶⁸ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°3 El VIH/SIDA y los derechos del niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2003. 3 de marzo de 2003. Párr. 24

⁶⁹ (Organización Mundial de la Salud, s.f.)

1.2. Tratamiento de la legislación nacional sobre la autonomía de las y los adolescentes

Una vez analizada la capacidad y su tratamiento normativo, nos damos cuenta que existe evidente vinculación con la autonomía de los NNA en general y en particular con los y las adolescentes, en quienes más se manifiesta.

Al examinar el principio de la autonomía progresiva se hizo hincapié en que ésta envuelve el hecho de que a medida que los NNA desarrollan sus facultades y crecen, adquieren a su vez capacidad para ejercer sus derechos por sí mismos. En definitiva, entraña el ejercicio progresivo de sus derechos hasta llegar a su completa autonomía.

La CDN nos da una primera aproximación a la comprensión de la autonomía de los NNA al señalarlos como sujetos de derechos, dejando atrás el viejo paradigma de considerarlos objetos de protección, evidenciando que ahora el tratamiento jurídico de los NNA es otro, reconociéndolos como personas individuales. En efecto, el análisis de la autonomía de las y los adolescentes va anclado al reconocimiento de éstos como sujetos independientes de sus padres o cuidadores. Para ello resulta fundamental comprender el concepto de autodeterminación de las personas.

La doctrina ha definido la autodeterminación como la posibilidad de que las personas “ejercen control sobre sus decisiones en aspectos que le son propios”⁷⁰. La RAE por su parte define autodeterminación en su segunda acepción como la “capacidad de una persona para decidir por sí misma algo”.⁷¹ A primera vista ambos conceptos resultan ser idénticos o muy similares, salvo que la doctrina agrega no solo la capacidad decisoria individual sino también que dicha capacidad se ejerce sobre aspectos que le son propios a la persona. Este último punto es esencial para el análisis del ejercicio de los DSR de las y los adolescentes, por ser aspectos íntimos de la persona.

Para finalizar, otra forma de comprender el vínculo entre la capacidad y la autonomía es por medio de la idea de la aplicación escalada de la autonomía del niño y del adolescente.⁷² En esta idea se contemplaría el nexo entre la autonomía y la capacidad de la siguiente manera: a mayor autonomía (peldaño más alto), se le reconocerá a la persona, mayor capacidad de ejercicio, y por lo tanto mayor independencia poseerá respecto de sus padres o cuidadores.

De esta manera, los peldaños se configurarían de la siguiente forma⁷³; en el primer peldaño se encuentra el derecho del niño a ser oído, que como se mencionó, se considera que es un derecho que el NNA posee en todas las etapas de su vida. El segundo peldaño conlleva que, en determinados actos, además de la

⁷⁰ (Palacio y Freyle Nieves, 2009)

⁷¹ (Real Academia Española, s.f.)

⁷² (Barcia, 2013)

⁷³ *Ibíd.*

voluntad de los representantes legales, debe concurrir la voluntad del NNA, para de esta forma completar su capacidad de ejercicio. Y, por último, el tercer peldaño se refiere al reconocimiento de una esfera de autonomía de los NNA en aquellas áreas en que estos posean las condiciones de madurez que dicho acto exigiere. Pese a esto hay ciertos actos en que se les reconocerá como incapaces, debido a la entidad o gravedad del mismo.

1.3. Tratamiento de la legislación nacional sobre el rol de los progenitores respecto a los DSR de sus hijos

Al analizar el rol que la legislación nacional les otorga a los padres se hace presente la figura de la representación, la cual es una consecuencia de la patria potestad. Para el caso de los impúberes, ellos son considerados por la ley como incapaces absolutos y por tanto para actuar en la vida jurídica válidamente solo lo podrán hacer representados. Y en el caso del menor adulto, considerado incapaz relativo, podrá actuar en la vida jurídica ya sea representado o autorizado por su correspondiente representante legal, e incluso en ciertos casos podrá actuar por sí mismo. Hay que destacar que estas reglas son aplicables en el caso de las relaciones patrimoniales entre padres e hijos, mas no en el caso de las relaciones personales entre estos, ya que en estas últimas se aplica otra figura que es la autoridad parental, la cual se define como “el conjunto de facultades y deberes, por una parte, y derechos y obligaciones, por la otra, que se producen entre padres e hijos y relativos a la persona de este último, y no a los aspectos patrimoniales de la filiación que se regulan en la patria potestad”.⁷⁴

De tal manera que la figura de la representación como un derivado de la patria potestad debiera estar solo presente en la realización de actos de naturaleza patrimonial, ausentándose en el caso de los actos extrapatrimoniales de las y los adolescentes, ya que pueden ejercerlos por sí mismos. Frente a estos casos los padres debieran solo “prestar asistencia o cooperación, cumpliendo una función meramente complementaria respecto de la decisión del niño”.⁷⁵ Sin perjuicio de casos límite en que se vea involucrada directamente la vida del adolescente y que su decisión sea contraria a su beneficio. Pese a ello, la ley continúa insistiendo en establecer instituciones propias de las relaciones patrimoniales en situaciones en que se trata de actos de carácter extrapatrimonial. No hay duda alguna que la naturaleza de ambos actos es diferente y que por tanto se hace imperativo establecer figuras que sean acordes a sus cualidades.

La CDN hace referencia explícita al rol de los padres en varias de sus disposiciones. Así, en su artículo 5 señala que los Estados Parte deben respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, madres o quienes tengan el cuidado del NNA de impartirle, en consonancia con la evolución de

⁷⁴ (Barcia, 2013)

⁷⁵ (Espinoza, 2006)

sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el NNA ejerza los derechos que se le reconocen en la Convención.

Otro artículo de la Convención fundamental a este respecto es el artículo 18 párrafo 1° el cual consagra la responsabilidad de los padres y madres, indicando lo que sigue:

1. Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Por su parte, el artículo 27 de la CDN párrafo 2 estipula en lo concerniente al rol de los padres y/o personas encargadas de los NNA, que a éstos les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de su hijo.

Respecto a dichas normas hay que profundizar en ciertos aspectos; en lo referente al artículo 5, la dirección y orientación que deben impartir los padres y madres debe tener en cuenta dos cuestiones: 1. El objetivo de la dirección y orientación es que los NNA puedan ejercer sus derechos por sí mismos, y 2. En esta tarea deben tenerse en consideración la autonomía progresiva de los NNA.

En cuanto al artículo 18, este hace alusión a la corresponsabilidad parental, figura que también está incorporada en nuestra legislación, específicamente en el artículo 224 del Código Civil. De acuerdo con esta última norma el principio de corresponsabilidad consiste en que ambos padres ya sea que vivan juntos o separados, deberán participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos. Además, el artículo 18 menciona que la preocupación fundamental de los padres debe ser el interés superior del niño. Respecto a esto hay que recordar que el ISN no es aquel que los padres determinen de manera aislada, sino que es un razonamiento sobre qué es mejor para su hijo o hija teniendo en cuenta su opinión, sus particularidades y su desarrollo intelectual, emocional y psíquico. En efecto, la participación de los NNA en la determinación de su interés superior es vital.

En cuanto al artículo 27 de la CDN, este indica que a los padres y madres les incumbe la responsabilidad de proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de sus hijos. De esta norma hay que destacar que los progenitores tienen un deber que se traduce no solo en garantizar la supervivencia de sus hijos, sino también garantizarles dentro de sus posibilidades, calidad de vida, y esta significa el poder realizarse como personas autónomas, con intereses y personalidad propios e individuales. De este modo, garantizar que desarrollen y ejerzan sus derechos sexuales y reproductivos contribuye a mejorar la calidad de vida de sus hijos, permitiéndoles el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a la

identidad y en caso de que hayan iniciado su actividad sexual, les permite disfrutar de una vida sexual consentida, libre de riesgos y responsable.

Es importante destacar que lo que se busca con el análisis de la normativa, tanto nacional como internacional, no es señalar que los padres y madres deben restarse por completo de la vida de sus hijos una vez que estos hayan alcanzado madurez y suficiente discernimiento, sino que se comprenda que el rol de los progenitores no es sustituir a sus hijos en la toma de decisiones sobre su propia vida, ni privarlos del ejercicio de sus derechos conforme a sus necesidades y desarrollo, sino que por el contrario, su rol es guiarlos hacia el pleno disfrute de sus derechos hasta que el ejercicio de dichos derechos sea completamente autónomo. Los padres no deben ser un obstáculo, sino que deben ser una guía que contribuya al desarrollo físico, emocional, psíquico y social de sus hijos.

A modo de conclusión, es útil tener en cuenta algunos procedimientos que entrega la legislación nacional sobre derechos sexuales y reproductivos y tratamientos médicos en caso de discrepancia entre el adolescente y sus padres o en caso de riesgo para el NNA.

En el caso de la Ley N°20.584 que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (de 24 de abril de 2012), se contempla en su artículo 17 el caso en que el profesional tratante tenga dudas sobre la competencia de la persona o estime que la decisión tomada por esta o por sus representantes legales, la expondrá a graves daños a su salud o incluso a riesgo de muerte, los cuales serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados. Frente a este caso, el profesional deberá consultar la opinión del Comité de Ética del establecimiento de salud, sin embargo, la opinión que emitirá el Comité solo tendrá el carácter de recomendación, por lo que no será obligatoria ni vinculante. La misma norma hace referencia a que si la consulta versa sobre NNA el Comité deberá tener especialmente en cuenta su interés superior. Si no hay conformidad con la opinión emitida por el Comité se podrá recurrir ante la Corte de Apelaciones del domicilio del actor para la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias, esta acción ante la Corte de Apelaciones se tramitará según las reglas del recurso de protección.

De acuerdo con esta ley se puede concluir que, en caso de existir algún tipo de discrepancia sobre la decisión tomada respecto a determinado procedimiento médico hacia una persona menor de 18 años, y el profesional de la salud estima que puede existir algún riesgo para ella, se podrá recurrir en primer lugar a un Comité de Ética que evaluará la decisión y si el conflicto sigue subsistiendo, se podrá acudir ante los tribunales de justicia.

La ley mencionada no estipula las edades bajo las cuales un paciente menor de 18 años puede consentir en la realización de un procedimiento médico, pero sí contempla casos que pueden devenir en

problemáticos, entregando la decisión al personal médico, que evidentemente puede seguir criterios discrecionales y arbitrarios, que no necesariamente tengan en consideración la opinión del niño. Por esta razón resulta fundamental que la legislación contemple mecanismos de participación y escucha obligatoria a los NNA, otorgando mayor importancia a las decisiones tomadas por adolescentes en su derecho a disponer de su propio cuerpo, en conjunto con los profesionales de la salud, no para que el equipo médico lo sustituya en la toma de decisiones, sino que para que él o la adolescente tome la decisión lo más informada posible.

Algo similar ocurre en la Ley N°21.030 que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (de 23 de septiembre de 2017), que se refiere a dos circunstancias; por un lado, la situación de una niña menor de 14 años y por otro, la situación de una adolescente mayor de 14 años. Respecto a la primera circunstancia señala en su artículo 1 numeral 1, lo siguiente:

Tratándose de una niña menor de 14 años, además de su voluntad, la interrupción del embarazo deberá contar con la autorización de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. A falta de autorización, entendiéndose por tal la negación del representante legal, o si éste no es habido, la niña, asistida por un integrante del equipo de salud, podrá solicitar la intervención del juez para que constate la ocurrencia de la causal.

La ley en este caso nos está señalando que considera a las niñas menores de 14 años incapaces de tomar por sí mismas la decisión de interrumpir su embarazo bajo las causales contempladas por la ley, y en consecuencia estipula que no basta su sola voluntad, sino que es necesario además contar con la autorización de su representante legal. Sin embargo, en caso de que dicho representante se niegue a otorgar su consentimiento para la interrupción del embarazo, o si éste no es habido⁷⁶, la niña podrá recurrir ante los tribunales de justicia, asistida por algún miembro del personal de salud. El tribunal al resolver la solicitud debe tener en miras los antecedentes suministrados por el equipo médico y debe oír a la niña y al representante legal que haya denegado la autorización. Podrá el tribunal además oír a un integrante del equipo de salud.

Adicionalmente la ley contempla, en su artículo 1 numeral 1, la ocurrencia de otra situación:

Cuando a juicio del médico existan antecedentes para estimar que solicitar la autorización del representante legal podría generar a la menor de 14 años un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren

⁷⁶ En la Norma Técnica de la Ley N°21.030, se determina en qué casos se entiende que el representante legal no es habido; (Ministerio de Salud. Gobierno de Chile, 2018)

su integridad, se prescindirá de tal autorización y se solicitará una autorización judicial sustitutiva.

El procedimiento para obtener esta autorización judicial se realizará ante tribunales con competencia en materias de familia, será reservado y no será admitida oposición alguna de terceros distintos del representante legal que hubiera denegado la autorización. La resolución dictada por el tribunal será apelable. En estos casos de riesgo para la niña, la autorización judicial no sustituye la voluntad de la niña de interrumpir el embarazo, sino que reemplaza la voluntad del representante legal, “en estos casos el juez debe aplicar la CDN, oyendo a la niña, respetando su voluntad y autonomía progresiva y garantizando su interés superior.”⁷⁷

Sobre la segunda situación planteada, esto es, el caso de una adolescente entre 14 y 18 años de edad, respecto a su voluntad de interrumpir el embarazo, ésta deberá ser informada a su representante legal. La diferencia con el caso de las niñas menores de 14 años es que no se requerirá el consentimiento del representante legal para la IVE, solo se le informará la decisión previamente tomada por la adolescente.

Sin perjuicio de lo señalado, vuelve a aparecer en la ley la misma idea anterior para el caso de niñas menores de 14 años, de resguardo de su integridad, señalando que si a juicio del personal de salud existen antecedentes que hagan deducir razonablemente que proporcionar esta información al representante legal podría generarle a la adolescente un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad, se deberá prescindir de esta comunicación y, en su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale. De generarse esta situación será el jefe del establecimiento hospitalario o clínica privada quien deberá informar al tribunal con competencia en materia de familia que corresponda a efectos de poder tomar las medidas de protección pertinentes. Hay que señalar que en estos casos en que se autoriza por la ley a prescindir de la comunicación al representante legal de la adolescente, ninguno tiene que ver con la oposición de la adolescente,⁷⁸ sino que la decisión es entregada por la ley al médico o equipo de salud.

Junto a lo anterior, se viola su derecho a la intimidad y a la confidencialidad. Aunque se permite por la ley que sea la adolescente quien decida a cuál de los representantes legales se le deberá comunicar su decisión, siempre se le informará a alguno de ellos. Y solo en caso que se crea por el personal médico, que la adolescente se encuentra en riesgo, se permitirá que ella escoja a qué adulto se le deberá informar, por lo que no podrá ser la propia adolescente la que decida ni cuándo se encuentra en riesgo ni quién la

⁷⁷ (Lathrop, 2019)

⁷⁸ *Ibíd* pág. 3

acompañará durante el procedimiento de interrupción de su embarazo, vulnerando también su derecho a la vida privada.

De acuerdo a lo mencionado en los apartados anteriores sobre la capacidad y la autonomía de las y los adolescentes, se destacó que en ciertos casos se les considera incapaces de tomar decisiones, sobre todo en aquellas situaciones en que se trata de algún procedimiento o acto que involucre graves riesgos para su vida o su salud. En este sentido, la IVE conlleva un procedimiento médico que envuelve riesgos innatos a este tipo de acciones, y que por tanto al implicar riesgos para la vida y/o la salud de la adolescente, se debiera recurrir a la figura de los padres o tutores para que sean ellos quienes decidan, siempre en conjunto con la adolescente. No obstante hay que hacer algunos matices relevantes; en primer lugar, se trata del ejercicio de los DSR de la adolescente, derechos que son personalísimos,⁷⁹ y como tales no deberían delegarse, en segundo lugar pese a ser un procedimiento médico que de realizarse implicará eventuales riesgos para la vida o la salud, su no realización igualmente generará daños para la vida y para la integridad física y psíquica de la adolescente, daños que repercutirán a lo largo de su vida. Por estas razones esgrimidas, es imperioso que sea la propia adolescente quien tome la decisión por su cuenta, siempre informada por los profesionales de la salud a cargo y que sea acompañada por las personas responsables que ella decida.

2. Tratamiento de la capacidad jurídica, la autonomía y el rol de los padres en la legislación argentina

Al igual que se hizo con el primer apartado, en este se analizará el tratamiento normativo de la capacidad, la autonomía y el rol de los padres en la legislación argentina, a fin de determinar cómo se conjugan para el reconocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes.

2.1. Tratamiento de la legislación argentina sobre la capacidad de las y los adolescentes

La capacidad en Argentina se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) el cual entró en vigencia en el año 2015 incorporando bajo un solo cuerpo normativo de derecho privado al derecho civil y comercial. De manera similar al tratamiento de la capacidad en el ordenamiento jurídico chileno, en el derecho argentino se distinguen dos tipos de capacidad; la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio. La capacidad de derecho es aquella de la cual goza toda persona humana y se define como *la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos* (artículo 22 CCyCN), siendo equivalente a la capacidad de goce de nuestro derecho, y la capacidad de ejercicio es la facultad de toda persona humana de poder ejercer por sí misma sus derechos, sin perjuicio de las excepciones que prevea la ley o las sentencias judiciales (artículo 23 CCyCN).

⁷⁹ *Ibíd* pág. 5

La regla general en el derecho argentino es que todas las personas se consideran capaces excepto aquellas que establece la ley o una sentencia judicial. Respecto a las personas consideradas incapaces de ejercicio, el CCyCN efectúa un listado en su artículo 24, y en su letra b menciona a la *persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo*, dicha sección se titula *Persona menor de edad*. En Argentina al igual que en nuestro país, se considera mayor de edad a las personas desde los 18 años. Aquí nos encontramos con el primer punto interesante del régimen de capacidad del país vecino, ya que considera incapaces no a los NNA en general, ni a partir de cierta edad, sino que considera incapaces solo a las personas menores de edad que no cuenten con la unión de dos conceptos; uno objetivo, la edad, y el otro subjetivo, el grado de madurez suficiente, con las consideraciones que se expondrán a continuación. Por otro lado, el artículo 25 del CCyCN categoriza a los NNA de acuerdo a su edad, señalando que se considerará adolescente a la persona menor de edad desde que cumple 13 años.

Para comprender lo señalado recientemente, es fundamental la lectura del artículo 26 del CCyCN, transcrito a continuación:

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

En primer lugar, se establece que la persona menor de 18 años que tenga la edad y madurez suficiente podrá ejercer ciertos actos por sí misma, sin su representante legal, vale decir, quienes no cumplan con esas condiciones, deberán actuar en la vida jurídica bajo la figura de la representación legal. En segundo lugar, establece una categorización según edades, distinguiendo a los niños hasta los 13 años y a los adolescentes desde los 13 hasta los 18 años. En tercer lugar, se refiere a los actos personalísimos de disposición del propio cuerpo de parte de las y los adolescentes, señalando expresamente cuáles son estos actos de disposición y cuál es la modalidad bajo la cual podrán ejercerlos, nuevamente puntualizado por edades.

En efecto, se hace una distinción según el tipo de acto en tratamientos invasivos y tratamientos que no resulten invasivos; respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su salud ni provoquen un grave riesgo en su vida o su integridad física, se establece una presunción de capacidad respecto al adolescente de entre 13 y 16 años. Se trata de una presunción simplemente legal, vale decir, admite prueba en contrario⁸⁰, por tanto, quien considere que él o la adolescente no posee capacidad suficiente para la realización de los actos mencionados, deberá desvirtuar esta presunción con las probanzas correspondientes. En el caso opuesto, esto es, cuando se trate de tratamientos invasivos, comprometan su salud o esté en riesgo su vida o integridad física, el adolescente deberá prestar su consentimiento con *la asistencia* de sus padres.

De esta manera la normativa argentina nos presenta dos figuras; por un lado la representación y por otro lado la asistencia. Ambas como instituciones que forman parte del rol que se les atribuye a los padres, al cual se le dedicará un apartado específico, pero sirve como adelanto definir estos dos conceptos; la institución de la representación legal constituye el modo general en que las personas menores de 18 años pueden ejercer sus derechos. De acuerdo con el artículo 100 y siguientes del CCyCN, la representación legal de las personas menores de edad está a cargo de sus progenitores. En la representación, la persona declarada incapaz por regla general no ejerce por sí misma sus derechos, sino que lo hace el representante; “El representante actúa por su sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del representado, quien bajo este sistema queda en la más completa pasividad, siendo reemplazado por aquél en el manejo de sus intereses”.⁸¹ Tratándose de la figura de la asistencia, “el asistido sí ejerce personalmente sus derechos, pero la voluntad jurídica relevante para el otorgamiento de un acto jurídico, se integra con la de su asistente, quien expresa su asentimiento para la realización del acto”.⁸²

⁸⁰ (Carranza y Zalazar, 2019)

⁸¹ (Olmo, 2012) citado en (Carranza y Zalazar, 2019)

⁸² *Ibíd* pág. 39.

En consecuencia, las niñas y niños menores de 13 años deberán ejercer sus derechos por medio de sus representantes legales, cualquiera sea el tipo de acto del que se trate. Y para el caso de las y los adolescentes mayores de 13 años y hasta los 16, para saber si actuarán por sí solos o asistidos, será necesario distinguir el tipo de acto; si el acto es invasivo deberá ser asistido por sus padres y si no lo es podrá realizarlo por sí mismo, pues como se mencionó se presume su capacidad.

No obstante, hay que señalar que ser mayor de 13 años no es una condición que se baste a sí misma para presumir la existencia de capacidad en todos los casos, “si bien se traduce en una presunción relacionada con la existencia de cierto grado de aptitud para determinados actos, no es condición suficiente, es necesaria la existencia de dos requisitos: la edad y la madurez suficiente”.⁸³ Al ser la edad un elemento objetivo no será problemática su determinación, pero el segundo elemento, la madurez suficiente, al ser un factor subjetivo, si puede generar complicaciones, por lo que será esencial contar con criterios para definirla, siendo relevante analizar dos componentes de este concepto: por un lado *la madurez* del adolescente en particular y por otro lado *la suficiencia* de dicha madurez. El primer concepto va a determinarse de acuerdo a las especiales particularidades del adolescente, su contexto familiar, su red de apoyo, su capacidad intelectual y su desarrollo físico. Y el segundo elemento dependerá del tipo de acto de que se trate⁸⁴, ya que no será lo mismo la utilización de un preservativo o la realización de una cirugía de cambio de sexo, puesto que la naturaleza y los riesgos de una y otra son diametralmente distintos.

Respecto a los adolescentes mayores de 16 años, en lo referente a actos de disposición sobre su propio cuerpo, el CCyCN los considera como adultos, es decir, como personas plenamente capaces de ejecutar actos que involucren la disposición de su cuerpo sin la autorización, el consentimiento ni la representación de otra persona.

Finalmente hay que señalar que los DSR se encontrarían dentro de los actos de disposición del propio cuerpo y por lo tanto formarían parte de la distinción recién planteada, en consecuencia aquellos adolescentes que cuenten con la edad y grado de madurez suficiente podrán ejercer por sí mismos estos derechos cuando no involucren actos invasivos, y los ejercerán asistidos por sus progenitores cuando si lo sean.

Lo principal a destacar es que la normativa argentina reconoce como regla general la capacidad de las y los adolescentes, y además comprende con criterios flexibles el supuesto de capacidad, ya que agrega además de la edad, el grado de madurez suficiente dependiendo del acto, lo cual puede evidentemente llevar a soluciones más justas para el caso en concreto.

⁸³ (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015)

⁸⁴ *Ibíd* pág. 61

2.2. Tratamiento de la legislación argentina sobre la autonomía de las y los adolescentes

Tal y como se mencionó en el primer apartado, la autonomía y la capacidad tienen un vínculo indiscutible, transformándose el análisis de uno, en la forma de configuración del otro. La legislación argentina al introducir los conceptos de *edad* y *grado de madurez suficiente* evidencia su comprensión respecto a la capacidad y autonomía progresiva de los NNA. Esto se comprueba primeramente en el tratamiento diferenciado de los actos invasivos versus los no invasivos, ya que en uno se permite que el adolescente tome las decisiones por sí mismo, reconociéndole mayor autonomía respecto de sus padres, y en caso que el acto sea invasivo y por tanto más peligroso para la vida y la salud del adolescente, esta autonomía se limita, permitiéndole consentir en dicho tratamiento, pero en conjunto con el asentimiento de sus padres.

En cuanto a las distinciones etarias, hay también un mayor reconocimiento de la autonomía de las y los adolescentes al disminuir la edad a partir de la cual a las personas se les comienza a reconocer mayor independencia, ya que el CCyCN eliminó la clasificación que efectuaba el Código Civil anterior de menores púberes e impúberes, cuyo criterio de distinción eran los 14 años. Ahora en el CCyCN la distinción es entre niños y adolescentes, y el criterio delimitador disminuye a 13 años. Por otro lado, considera como adultos a los adolescentes a partir de los 16 años, para la realización de actos de disposición de su propio cuerpo, valorándolos como personas con pleno discernimiento y madurez suficiente para realizar este tipo de actuaciones.

La normativa analizada demuestra además que la legislación argentina es congruente con el principio de autonomía progresiva consagrado en la CDN, no solo por reconocer que conforme los niños crecen y evolucionan sus facultades física y cognitivas, también crece su independencia, sino además porque expresa que el reconocer esta autonomía implica el análisis de dos elementos que menciona el artículo 5 y 12 de la Convención; la edad y madurez suficiente. De esta forma se modifica la forma de ver la noción de capacidad desde un concepto rígido, determinado únicamente por la edad, a una concepción más empírica derivada del campo de la bioética.⁸⁵

2.3. Tratamiento de la legislación argentina sobre el rol de los progenitores respecto a los DSR de sus hijos

El rol de los padres en la legislación argentina se configura a partir de la denominada responsabilidad parental, definida por el artículo 638 del CCyCN como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”. En base a este concepto se

⁸⁵ *Ibíd* pág. 66

constata que la responsabilidad parental engloba tanto los aspectos patrimoniales como personales de la relación entre padres e hijos, a diferencia de nuestro país en que se distingue la patria potestad regulando la relación patrimonial y la autoridad parental, comprendiendo las relaciones personales de los hijos y sus progenitores.

Los principios generales que rigen la institución de la responsabilidad parental son el ISN, la autonomía progresiva del hijo o hija conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (artículo 639 del CCyCN).

Como se señaló, se diferencia en lo que respecta al rol de los padres, entre la figura de la representación y la asistencia, que contrario al ordenamiento jurídico chileno, no estriba en que regulen relaciones de tipo patrimonial o personal con sus hijos, sino que se relacionan con el expreso reconocimiento de la capacidad progresiva del NNA como parte de su autonomía. Ya que significa comprender que, en las primeras etapas de la vida de sus hijos, ellos como padres deberán tomar ciertas decisiones, *representándolos*. Pero conforme evolucionan sus capacidades, los padres se vuelven una guía para sus hijos, una *asistencia*. Asimismo lo consagra el artículo 639 del CCyCN al mencionar los principios sobre los que se articula la responsabilidad parental, señalando que “a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos”. De tal manera que la representación como figura que reemplaza la voluntad del hijo o hija por la de sus padres, no constituye la regla general respecto a las actuaciones de relevancia jurídica de los NNA.

Respecto a los casos en que los adolescentes quieren ejecutar actos considerados invasivos, comprometan su estado de salud o se ponga en riesgo su integridad o su vida, hay que recordar que se requerirá además de su consentimiento, el asentimiento de sus padres. Pero, ¿Qué ocurre cuando los padres se niegan a prestar el asentimiento? Los autores Gonzalo Carranza y Claudia Zalazar se inclinan por la idea de dejar el asunto al Comité de Bioética del establecimiento médico, que actuaría como ente independiente, lamentablemente muchos establecimientos de salud en Argentina no poseen estos Comités pese a que la Ley N°24.742 Comité Hospitalario de Ética. Funciones. Integración. (de 23 de diciembre de 1996) los obligue a contar con ellos.⁸⁶ Por otra parte, el artículo 26 del CCyCN señala expresamente que en situaciones de conflicto de intereses con sus progenitores, este se resolverá teniendo en cuenta el interés superior del adolescente, “sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”. En consecuencia, ante la inexistencia de los mencionados Comité de

⁸⁶ (Carranza y Zalazar, 2019)

Bioética y de acuerdo a lo dispuesto en el CCyCN, los casos en que exista disyuntiva o simplemente negación de los padres a otorgar su asentimiento, se tendrá que recurrir a la justicia.

Adicionalmente, la normativa argentina contempla la situación en que los progenitores son adolescentes, estableciendo cómo se conjuga su responsabilidad parental con la responsabilidad parental de sus padres:

Artículo 644.- Progenitores adolescentes. Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

De esta manera, esta norma efectúa una correlación entre las normas que regulan la capacidad, la forma de comprensión de la autonomía de las y los adolescentes y finalmente el rol de los padres. Por una parte considera que los progenitores adolescentes son plenamente capaces de ejecutar actos de relevancia para la vida de su propio hijo como en aspectos que involucren su cuidado, educación y salud. Y en caso que dichos actos sean perjudiciales para el hijo, ya sea por acción u omisión del padre o madre adolescente, los progenitores de éstos podrán intervenir. Finalmente, en caso de tratarse de actos trascendentes para la vida del niño, se requerirá del consentimiento del padre o madre adolescente más el asentimiento de sus propios progenitores, lo cual sería el tratamiento equivalente a los actos invasivos o que pongan en peligro su vida o integridad física. De esta forma no se vulneran los derechos de los padres o madres adolescentes del cuidado que les corresponde en tanto padres respecto de su hijo y tampoco se vulneran los derechos de los padres de estos de ejercer asimismo su responsabilidad parental, la que no se ha extinguido por el hecho de que sus hijos adolescentes se hayan transformado en padres o madres.

3. Análisis crítico y comparado de la normativa y procedimientos nacionales versus la normativa y procedimientos de la legislación argentina

Respecto al tratamiento de la capacidad, si bien en ambos países se considera que la regla general es considerar a todas las personas plenamente capaces, los criterios que se consideran para determinar dicha capacidad son diferentes; en Chile la capacidad viene establecida por la ley, constituyendo la regla general y señalando expresamente a quienes se considerará incapaces, y tratándose de NNA utiliza únicamente la edad para definir su falta de capacidad. En cambio, en Argentina no se establecen criterios rígidos para considerar la capacidad o incapacidad de los NNA, si bien también la regla general en este país es la capacidad y también señala a quienes considera incapaces, sus criterios para determinarla no se basan exclusivamente en la edad para el caso de los NNA, sino que además incluye otro elemento que es clave: el grado de madurez suficiente. En definitiva, el régimen de capacidad de los NNA en Argentina “(...) introduce la pauta más maleable y permeable de “madurez suficiente”, que permite discernir, en el caso concreto, la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación al acto concreto, apareciendo así como un sistema más justo y cercano al respeto de la persona humana.”⁸⁷ Lo que se ha afirmado a lo largo de esta memoria es justamente esto; lo ideal es seguir criterios que no sean rígidos y que tengan en cuenta a la persona en concreto, esto quiere decir que se examine cuál es el acto de que se trata, si serán actos extrapatrimoniales los que realizarán las y los adolescentes y cuales específicamente, para determinar por ejemplo si el acto es peligroso, si requiere ayuda psicológica o tratamiento médico a largo plazo, etc. También sobre este punto la normativa argentina se adelantó, ya que nombra específicamente a los actos de disposición sobre el propio cuerpo presumiendo la capacidad de los adolescentes y distinguiendo el tipo de acto de que se trata precisamente según el riesgo que lleve envuelto.

En lo tocante al tratamiento de la autonomía de las y los adolescentes, la normativa argentina consagra el principio de autonomía progresiva en términos claros, mencionándola no solo en la regulación sobre el ejercicio de los actos de partes de las personas menores de 18 años, sino también la señala al determinar los principios bajo los cuales los progenitores deben cumplir su responsabilidad parental. Constituye de esta forma un balance entre el respeto por la autonomía del adolescente y su protección. Es ilustrativo a este respecto la regulación de la responsabilidad parental de los padres y madres que son adolescentes y cómo se conjuga con la responsabilidad parental de sus propios progenitores.

En esta misma línea, el rol de los padres configura un punto importantísimo cuando se trata del ejercicio de los derechos de parte de sus hijos e hijas y más aun tratándose de derechos sexuales y reproductivos en donde se aprecian, ya sea limitaciones significativas a su ejercicio o lisa y llanamente reticencia a permitirles ejecutarlos por sí mismos. Bajo esta lógica la comprensión del rol de los padres como

⁸⁷ (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015)

asistencia y no como sustitución de la voluntad de sus hijos es trascendental, ya que permite entender por un lado la individualidad de los NNA y por otro ser congruente con lo señalado por la CDN en atención a que los padres deben ser una guía y dirección para sus hijos.

La representación constituye una forma de anular la personalidad e individualidad de los NNA, si bien es comprensible que tratándose de niños y niñas pequeños, sean sus padres quienes velen por ellos y tomen decisiones de relevancia para su vida (de todas formas procurando siempre pedirles su opinión y participación), no es razonable que en el caso de adolescentes, se les reemplace en la toma de sus propias decisiones. Reforzando esta postura, es útil destacar la expresa mención al derecho del NNA a ser oído y a participar en las decisiones sobre su persona (artículo 26 del CCyCN). Si bien en la ley chilena también se señala el derecho del niño a ser oído, no expresa su derecho a *participar* en los asuntos que le conciernen. De esta manera sobre este punto el ordenamiento jurídico argentino es congruente y respetuoso del DIDH, en particular de la CDN, instrumento internacional ratificado y vigente en Argentina. En Chile la CDN también ha sido ratificada y se encuentra vigente, por lo que tomar como ejemplo la forma de regular estos temas en el país vecino es una excelente forma de examinar la posibilidad de mejorar nuestra normativa.

Otro tema interesante de analizar es la distinción entre NNA. En Chile tenemos por una lado las distinciones que establece el Código Civil (infante, impúber, menor adulto) y por otro lado la separación entre niño y adolescente que hace la Ley N°19.968 que Crea los Tribunales de Familia (de 30 de agosto de 2004). En Argentina en cambio se efectúa solo una clasificación jurídica para todos los efectos que es la de niño y adolescente, entendiendo por niño a las personas hasta los 13 años y por adolescente a las personas desde los 13 hasta los 18 años. Ahora bien, ¿Por qué es tan importante la forma en la que se distinguen a las personas dentro de un ordenamiento jurídico? Es relevante para tener una nomenclatura uniforme en el ordenamiento jurídico respecto a las personas, que evite confusiones en la regulación y ejecución de los actos, y, asimismo prevenga la incerteza jurídica y eventuales actos discriminatorios. Además, el Código Civil chileno realiza otra diferenciación de los denominados menores adultos entre las niñas y los niños, señalando que se entiende como menor adulto a las niñas desde los 12 años y hasta los 18 y a los niños desde los 14 hasta los 18 años. Esta discriminación entre niñas y niños no tiene ninguna justificación válida configurándose en una norma que vulnera el derecho y el principio de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 numeral 2 de la Constitución Política chilena. Es imperativo que la legislación modifique esta norma para dejar de perpetrar discriminaciones basadas en el género de la persona y elimine la brecha existente entre hombres y mujeres.

Asimismo, es importante porque la denominación de los NNA como *menores* de alguna forma genera que se disminuya su importancia y se les considere inferiores a algo o alguien, que en este caso sería

inferiores a otras personas que poseen una edad mayor. Además de provocar una concepción de ellos y ellas que afectará su autoestima y desarrollo social al pensar que son menos importantes o que no poseen influencia alguna en sus propias vidas. “Adoptar, en cambio, la distinción entre “niños” y “adolescentes” es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia.”⁸⁸ Y de esta forma también es respetuosa de la dignidad que poseen los NNA en tanto seres humanos.

Para futuras reformas legales sería importante además de suprimir estas diferencias recién mencionadas, eliminar la palabra *incapaz* y reemplazarla por alguna que respete la dignidad de la persona a la cual el ordenamiento jurídico le reconoce un tratamiento diferenciado.

Para finalizar es útil señalar una situación práctica que puede obstaculizar el ejercicio de algunos de los derechos sobre los que trata esta memoria y que no tiene solución ni en el ordenamiento jurídico nacional ni en el argentino. Se trata de la diferenciación en la capacidad requerida para el ejercicio de actos patrimoniales y los actos extrapatrimoniales, ya que como se mencionó en su oportunidad, en Chile se requiere en la gran mayoría de los actos patrimoniales de capacidad de ejercicio adquirida a los 18 años de edad y en Argentina solo se considera plenamente capaces a los adolescentes, sin perjuicio de las consideraciones señaladas, para el ejercicio de actos de disposición de su propio cuerpo, vale decir, para actos extrapatrimoniales. Lo cual generará la situación de que pese a que se les reconoce a las y los adolescentes capacidad de ejercicio para realizar actos de naturaleza extrapatrimonial y disponer sobre su propio cuerpo, se encontrarán en la práctica con el obstáculo de que ellos no podrán firmar el contrato de servicios con el establecimiento médico, al tratarse de un acto de naturaleza patrimonial que exige (en ambos ordenamientos jurídicos) poseer 18 años o más, y en consecuencia requerirán igualmente de una persona mayor de 18 años que los asista. Este punto hace necesario que se revise la normativa actual para tratar de igualar los requisitos de capacidad requeridos para ejercer actos extrapatrimoniales y patrimoniales, para el caso de tratamientos médicos en que estén involucrados sus DSR, con el fin de no entorpecer ni el ejercicio de estos derechos ni su acceso a servicios de salud.

3.1. Breve paralelo entre algunas leyes nacionales y argentinas sobre DSR

Luego de analizar la legislación general, chilena y argentina, que regula la capacidad, la autonomía y el rol de los padres de las y los adolescentes, para así comprender la forma de ejercicio y reconocimiento de sus DSR, en este apartado el propósito es examinar algunas leyes chilenas y argentinas que se refieren específicamente a ciertos DSR, con el fin de estudiarlas para efectuar un análisis crítico y comparado.

⁸⁸ *Ibíd* pág. 63

Primeramente hay que señalar que se escogieron algunas leyes chilenas que se consideran de gran relevancia para el estudio y junto a ellas su ley símil en el ordenamiento jurídico argentino.

Las leyes chilenas examinadas son las siguientes:

- Ley N°19.779 Establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas, de 14 de diciembre de 2001.
- Ley N°20.418 Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, de 28 de enero de 2010.
- Ley N°20.584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, de 24 de abril de 2012.
- Ley N°21.030 Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, de 23 de septiembre de 2017.
- Ley N°21.120. Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 2018.

Las leyes argentinas examinadas son las siguientes:

- Ley N°23.798 Declárese de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, de 20 de septiembre de 1990.
- Ley N°25.543 Establécese la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada. Consentimiento expreso y previamente informado. Cobertura. Establecimientos asistenciales. Autoridad de aplicación, de 9 de enero de 2002.
- Ley N°25.673 Créase el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud. Objetivos, de 22 de noviembre de 2002.
- Ley N°26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral, de 24 de octubre de 2006.
- Ley N°26.529 Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, de 20 de noviembre de 2009.
- Ley N°26.743 Establécese el derecho a la identidad de género de las personas, de 24 de mayo de 2012.

En primer lugar, hay que destacar las fechas en las cuales se publicaron las respectivas leyes. En todos los casos examinados, las leyes chilenas fueron publicadas algunos o bastantes años más tarde que las leyes en Argentina. Algunas se publicaron con una diferencia de más de 10 años como aquellas leyes que regulan la realización del examen de detección del VIH, y en otras la diferencia es de cerca de 3

años, pero de todas formas las leyes argentinas son anteriores a las chilenas, lo cual denota un adelanto en la preocupación política respecto a la regulación de estas materias.

En segundo lugar, la regulación de la confidencialidad, como parte del derecho humano a la intimidad y a la vida privada. En las leyes chilenas examinadas se hace alusión a la confidencialidad a modo general, pero tratándose de adolescentes se vulnera abiertamente este derecho, al informarles a sus representantes legales de los actos que han realizado. Así por ejemplo en el caso de la realización del examen de detección del VIH, si el resultado del examen es positivo se les informará este hecho a los representantes legales de toda persona menor de 18 años, según lo indicado en el artículo 5 de la Ley N°19.799 que Establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas (de 14 de diciembre de 2001). Lo mismo tratándose de las adolescentes que deciden interrumpir su embarazo encontrándose bajo las tres causales señaladas por la legislación chilena, según dispone el artículo 1 de la Ley N°21.030 que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (de 23 de septiembre de 2017). Estos ejemplos demuestran la falta de consideración del derecho a la intimidad y confidencialidad de las y los adolescentes de parte de la normativa nacional.

En el caso de las normas argentinas, estas estipulan de manera expresa y general el derecho a la confidencialidad de las personas que se someten a determinado tratamiento médico o que forman parte del procedimiento, sin realizar discriminaciones en razón de la edad de la persona, adicionalmente se refieren al derecho a la confidencialidad de las personas menores de edad dentro del derecho a la información relativa a su salud sexual.⁸⁹

El tema de la confidencialidad es discutible cuando se trata de NNA en razón de su situación de vulnerabilidad respecto a los adultos, lo cual hace necesario evaluar nuevamente de qué manera se les reconoce su derecho a la intimidad y a la confidencialidad sin dejarlos desprotegidos, para ello sería beneficioso considerar la posibilidad de que sean los propios adolescentes quienes decidan quien los acompañara dentro del tratamiento o procedimiento, al menos cuando se trata del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, lo cual no obstaculizará su acceso a establecimientos médicos o tratamientos si es que lo requieren y tampoco quedarán en situación de vulnerabilidad. Sobre este tema es ilustrativo el artículo 4 inciso 2° del Decreto N°1282/2003 (de 26 de mayo de 2003) que constituye el Reglamento de la Ley N°25.673 Créase el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud (de 22 de noviembre de 2002), el cual señala: “En las

⁸⁹ Artículo 4 inciso 3° del Decreto 1282/2003 (26 de mayo de 2003) que constituye el Reglamento de la ley 25.673 Créase el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud (22 de noviembre de 2002).

consultas se propiciará un clima de confianza y empatía, procurando la asistencia de un adulto de referencia, en particular en los casos de los adolescentes menores de catorce (14) años”.

En tercer lugar, es importante la mención expresa a la dignidad de las personas. La dignidad humana significa “que un individuo siente respeto por sí mismo y se valora al mismo tiempo que es respetado y valorado. Implica la necesidad de que todos los seres humanos sean tratados en un pie de igualdad y que puedan gozar de los derechos fundamentales que de ellos derivan”.⁹⁰

De las leyes chilenas analizadas, solo en una de ellas se menciona la dignidad intrínseca de la persona como un principio que debe respetarse y como “eje esencial de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de la Republica y por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 5 letra d, Ley N°21.120 que Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, de 10 de diciembre de 2018). En otras dos leyes examinadas (Ley N°20.584 que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, de 24 de abril de 2012 y la Ley N°21.030 que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, de 23 de septiembre de 2017) solo se menciona, en el artículo 5 y en el artículo 1 numeral dos, respectivamente, el deber de trato digno y respetuoso que debe garantizárseles a las personas en tanto pacientes de establecimientos de salud. Por otra parte, de las leyes argentinas analizadas, también en una sola de ellas hace referencia expresa a la dignidad humana (artículo 2 de la Ley N°23.798 Declárese de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, de 20 de septiembre de 1990), en otras dos, solo se hace mención al trato digno y respetuoso (artículo 2 de la Ley N°26.529 Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, de 20 de noviembre de 2009 y artículo 12 de la Ley N°26.743 Establécese el derecho a la identidad de género de las personas, de 24 de mayo de 2012).

Sobre este punto, ambas legislaciones poseen el defecto de no estipular de forma expresa el respeto por la dignidad humana, esto es muy importante porque la dignidad es la base en la que se funda el DIDH. Si bien el trato digno forma parte del respeto que se les debe asegurar a todas las personas, el señalarlo no hace que necesariamente se reconozca de manera explícita a la dignidad humana propiamente tal, ya que ella implica mucho más que el solo trato digno. Por estas razones es fundamental que se consagre en cada una de las normativas, sobre todo cuando se trata de leyes que regulan el ejercicio de derechos humanos, sin perjuicio que la dignidad humana es un principio que atraviesa a todo el ordenamiento jurídico, por lo que aunque no se encuentre detallado de manera expresa, igualmente debe respetarse.

⁹⁰ (Lamm, s.f.)

Otro tema relevante es la regulación sobre educación sexual que deben entregar los establecimientos educacionales. En la legislación chilena se señala que los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deben incluir un programa sobre educación sexual a partir de la enseñanza media (artículo 1° de la Ley N°20.418 que Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, de 28 de enero de 2010), es decir, cuando los adolescentes tengan alrededor de 14 o 15 años. En cambio la legislación argentina señala que todos los estudiantes tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educacionales (artículo 1° de la Ley N°26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral, de 24 de octubre de 2006), sin distinguir el nivel académico o curso en el que se encuentren, sin perjuicio que la propuesta de enseñanza que se implementará debe poseer un abordaje pedagógico “en función de la diversidad sociocultural y de las necesidades de los grupos etarios” (artículo 8° de la Ley N°26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral, de 24 de octubre de 2006), por tanto en Argentina todos los estudiantes recibirán educación sexual teniendo en cuenta su edad y sus necesidades, articulada sobre aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos, según dispone el artículo 1° de la mencionada ley.

¿Por qué es tan importante este tema? Como se indicó en su oportunidad, la educación sexual es la base para que primero, los NNA tengan conocimiento sobre la existencia de sus DSR, segundo, para que los comprendan y ejerzan en forma consciente y responsable, y tercero, para que en el ejercicio de sus DSR se relacionen con otras personas de manera respetuosa y sobre todo sin violencia sexual y/o de género y sin discriminación. Todas estas razones reafirman la relevancia de la educación sexual, la cual tendrá enormes beneficios para las personas si es que se les informa desde pequeños en un lenguaje de fácil comprensión de acuerdo con las edades y grados de madurez. Además, el lugar en el que los NNA pasan la mayor parte de su tiempo es justamente el establecimiento educacional al cual asisten, junto a ser el espacio en el que crean gran parte de sus relaciones personales, de amistad y amorosas, por ello, que les enseñen sobre sexualidad y reproducción en los establecimientos educacionales es trascendental, preferiblemente desde las primeras etapas escolares.

Finalmente, respecto a los casos de discrepancia entre la decisión tomada por el o la adolescente y sus representantes legales, ambas legislaciones estatuyen procedimientos para resolver esta situación; en el caso de la normativa chilena, en la gran mayoría de las leyes analizadas se señala que se debe iniciar un proceso judicial en que sean los jueces los llamados a resolver el asunto y en la Ley N°20.584 que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (de 24 de abril de 2012) se señala, en su artículo 17, que se deberá recurrir a un Comité de Ética, pero este comité no emitirá opiniones vinculantes por lo que si no se está de acuerdo con dicha opinión

igualmente se podrá recurrir ante los tribunales de justicia. La normativa argentina por su parte establece la misma forma de resolver estos conflictos, es decir, por vía judicial.

En definitiva ambos ordenamientos jurídicos consideran que son las juezas o jueces quienes se encuentran mejor calificados para resolver sobre estas cuestiones, lo cual es completamente razonable ya que se efectuará un análisis detallado del caso, del acto de que se trata, de las peculiaridades del adolescente y de sus representantes legales, para tomar la mejor decisión.

4. Análisis de jurisprudencia

4.1. Caso Gillick

Para comenzar el análisis de jurisprudencia, se estudiará un caso de Inglaterra del año 1985, conocido como Caso Gillick⁹¹, el cual sigue manteniendo una gran importancia doctrinaria, legislativa e inclusive jurisprudencial, debido a que producto de lo discutido en él se conformó el concepto de *Gillick Competence*, término que sigue siendo utilizado al tratar materias similares.

Este caso comienza con la emisión de una circular, en diciembre del año 1980 en Inglaterra, sobre servicios de planificación familiar para jóvenes, emitido por el Departamento de Salud y Seguridad Social inglés, que permitía a los médicos prescribir anticonceptivos a personas menores de 16 años sin que fuera necesario el conocimiento ni el consentimiento de sus progenitores. Frente a este hecho, la señora Victoria Gillick, ciudadana inglesa, madre de 5 hijas menores de 16 años, solicitó a la autoridad de salud local que garantizara que sus hijas no recibirían asesoramiento ni tratamiento en materias relativas a anticoncepción, sin el conocimiento y consentimiento previo de ella, argumentando que hacerlo implicaría una acción ilegal incompatible con los derechos de ella en tanto madre de sus hijas.

En primera instancia, el juez desestimó la acción impetrada por considerar que un médico que prescribe anticonceptivos a una niña o adolescente menor de 16 años en los términos de la circular, no estaría cometiendo un delito, y agregó que el supuesto derecho de los padres para con sus hijos no equivale a un derecho propiamente tal, sino que era mejor describirlo como una *responsabilidad* o un *deber* y que, por lo tanto, otorgar consejos a una niña o adolescente menor de 16 años sobre anticoncepción sin el consentimiento de sus padres, no constituía una interferencia ilegal en los “derechos” de éstos.

La señora Gillick frente al rechazo de su acción ante el tribunal, decide apelar ante la Court of Appeal (Corte de Apelaciones). Esta Corte, contrariamente al tribunal de primera instancia, acoge las solicitudes de la señora Gillick, determinando que una niña o adolescente menor de 16 años no podía consentir válidamente a un tratamiento anticonceptivo sin el consentimiento de sus padres, y por tanto, la circular

⁹¹ Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security, House of Lords, Gran Bretaña, 17 Octubre 1985.

alegada era efectivamente ilegal. Finalmente, el caso es llevado ante la House of Lords británica, en el año 1985, quien rechaza la petición efectuada por la señora Gillick por tres votos contra dos, principalmente por las consideraciones que se expondrán a continuación, distinguiéndose de acuerdo a lo expuesto por tres de los miembros de la House of Lords, dos de ellos a favor y uno en contra.

Las primeras consideraciones que se expondrán son las de Lord Fraser de Tullybelton, quien subraya respecto al asesoramiento y el tratamiento sobre anticoncepción, incluido el suministro de medicamentos y/o aparatos cuyo objetivo sea la anticoncepción, que si bien son cuestiones en esencia médicas, igualmente pueden plantear consideraciones de índole moral y social, y que por esta característica los consejos y tratamientos anticonceptivos difieren de los consejos y tratamientos médicos habituales. Determinando, de esa manera, el marco de actuación sobre el cual se decidía el caso, indicando que el tema no abarcaba a su juicio solo el derecho a la salud de las niñas y adolescentes menores de 16 años, sino que además la cuestión implicaba elementos de índole moral y social.

Esta consideración es problemática puesto que antepone el derecho a la salud de las niñas y adolescentes a consideraciones cuya importancia es muy inferior, como lo son las morales y sociales, que en este caso más bien atañen a prejuicios, roles de género, paternalismo, sumisión de las hijas a sus padres, etc.

En específico, respecto a la capacidad de las personas menores de 16 años, Lord Fraser inicia constatando que no hay duda que una persona menor de 16 años está bajo la custodia de sus padres, pero que la cuestión a resolver en el caso es más bien si tal custodia implica necesariamente el derecho a prohibir el asesoramiento o el tratamiento anticonceptivo que se le está dando a la niña o adolescente. Sobre el particular señala lo siguiente;

“It seems to me verging on the absurd to suggest that a girl or a boy aged 15 could not effectively consent, for example, to have a medical examination of some trivial injury to his body or even to have a broken arm set. Of course the consent of the parents should normally be asked, but they may not be immediately available. Provided the patient, whether a boy or a girl, is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorize the medical man to make the examination or give the treatment which he advises. After all, a minor under the age of 16 can, within certain limits, enter into a contract.”⁹²

⁹²“Me parece casi absurdo sugerir que una niña o un niño de 15 años no podría dar su consentimiento de manera efectiva, por ejemplo, para someterse a un examen médico de alguna lesión trivial en su cuerpo o incluso por tener un brazo roto. Por supuesto, normalmente se debe solicitar el consentimiento de los padres, pero es posible que no estén disponibles de inmediato.

En este punto constata la inexistencia de disposición legal que lo obligue a sostener que una niña o adolescente menor de 16 años carece de la capacidad legal para dar su consentimiento para recibir asesoramiento, someterse a examen y/o recibir tratamientos anticonceptivos, siempre que “she has sufficient understanding and intelligence to know what they involve.”⁹³

Estas consideraciones envuelven restricción de derechos; la gran mayoría de los derechos de las personas no son derechos absolutos, lo que incluye a los derechos humanos, vale decir no son derechos que no posean límites, y estos límites deben ser suficientemente justificados, no se puede limitar el derecho de una persona, en este caso un derecho humano como la salud, a una justificación de tipo moral o social. Lord Fraser señala que no ve ninguna buena razón, o una razón válida y justificada, podríamos agregar, para sostener que una persona menor de 16 años, carece de capacidad para poder expresar de forma válida y eficaz sus deseos y en el fondo otorgar su consentimiento, y autorizar con dicho consentimiento al médico a realizar el tratamiento respectivo. En definitiva, para poder restringir un derecho debe otorgarse una justificación válida, y esta no ha sido entregada.

Respecto a los derechos y deberes de los progenitores en relación al tratamiento médico de sus hijos, Lord Fraser sostiene que los derechos que poseen los padres y las madres respecto a sus hijos no existen en beneficio de los padres, sino que existen en beneficio del niño o niña. Agrega que solo se justifican en la medida en que permiten al padre o madre desempeñar sus deberes hacia su hijo/a. Muy en sintonía con lo expresado por el juez en primera instancia.

Reconoce, además, en su exposición, la autonomía progresiva de los NNA, señalando que en su opinión es contrario a la experiencia ordinaria de la humanidad en este siglo (siglo XX cuando se dicta este fallo), señalar que un niño o un joven permanece realmente bajo el control total de sus padres hasta que alcanza la mayoría de edad, de tal forma que al alcanzar esa edad adquiriera repentinamente la independencia. Asimismo, reconoce que en la práctica la mayoría de los padres sabios relajan su control gradualmente a medida que el niño se desarrolla y lo alientan a ser cada vez más independiente.

Resulta fundamental lo acotado por Lord Fraser sobre la autonomía progresiva de los NNA, ya que reconoce que dicha independencia no se adquiere de un momento a otro, como al cumplir los 18 años por ejemplo (“la mayoría de edad”), sino que esta independencia es gradual, aumentando conforme crece el niño y va desarrollando facultades y conociendo el mundo que lo rodea. Y esta realidad es necesario

Siempre que el paciente, sea niño o niña, sea capaz de comprender lo que se propone y de expresar sus propios deseos, no veo ninguna buena razón para sostener que carece de capacidad para expresarlas válida y eficazmente y para autorizar al médico a realizar el reconocimiento o dar el tratamiento que aconseja. Después de todo, un menor de 16 años puede, dentro de ciertos límites, celebrar un contrato”.

⁹³ “[que] ella tenga la suficiente comprensión e inteligencia para saber lo que implican”.

reconocerla tanto al crear normativa, como la circular que es materia de controversia, como a través de la jurisprudencia, cuando estos conflictos llegan a conocimiento de los jueces.

Finalmente, Lord Fraser encauza la solución del caso dentro de lo que es mejor para el bienestar del niño o niña en particular. No respecto a lo que determinen sus padres, puesto que pese a reconocer que en la gran mayoría de los casos quienes se encuentran en mejor posición para determinar lo que es mejor para el niño son sus propios padres, puede haber circunstancias en las que un médico juzgue mejor que ellos el consejo y el tratamiento médico que conducirán al bienestar de una niña o niño. Y si el mejor interés de la niña o adolescente es justamente otorgarle consejos y/o tratamientos anticonceptivos, si es necesario, sin el consentimiento o incluso el conocimiento de sus padres, el médico debe hacerlo. En opinión de Lord Fraser, el único curso posible en este caso es confiar al médico la discreción para actuar de acuerdo con su punto de vista de lo que es mejor para los intereses de la niña que es su paciente. Subraya igualmente que el médico debe tratar de persuadirla para que ella les diga a sus padres que está buscando consejos anticonceptivos y darles a conocer la naturaleza de los consejos y/o tratamiento que recibe, y conjuntamente el médico debe intentar persuadirla de que acepte que éste les informe a los padres.

En lo tocante a esta cuestión, indica que deben satisfacerse ciertos presupuestos para que la o el médico pueda entregarle consejo o suministrar tratamiento anticonceptivo a niñas o adolescentes menores de 16 años, sin el consentimiento o conocimiento de los padres. Estos presupuestos son actualmente conocidos como *Directrices Fraser* y se han utilizado en diversos tratamientos médicos, incluido el aborto.⁹⁴ Dichos requisitos son; 1. Que la niña o adolescente menor de 16 años, comprenda el consejo médico; 2. Que el médico no pueda persuadirla de que ella informe a sus padres o que le permita a éste informar a los padres, que ella está buscando consejo anticonceptivo; 3. Que es muy probable que la niña o adolescente comience o continúe teniendo relaciones sexuales con o sin tratamiento anticonceptivo; 4. Que, a menos que reciba asesoramiento o tratamiento anticonceptivo, es probable que su salud física o mental, o ambas, se vean perjudicadas; 5. Que el mejor interés de la niña o adolescente requiera que el médico le entregue asesoramiento y/o tratamiento anticonceptivo sin el consentimiento de los padres.

Como comentario a estas consideraciones de Lord Fraser, hay que señalar que resulta interesante su aproximación al rol de los progenitores, porque no sitúa a estos y a sus hijos en conflicto o como enemigos el uno del otro, sino que evidencia que en la gran mayoría de los casos es posible suponer que los padres tomarán decisiones que vayan en sintonía con el bienestar de su hijo o hija, pero que sin embargo, puede haber situaciones en que esto no sea así, y que no se deba necesariamente a malas

⁹⁴ (Madrigal, 2016)

intenciones de éstos, sino que simplemente porque son personas distintas, ellos y sus hijos. Los hijos no tienen por qué pensar lo mismo que sus padres, pueden pensar distinto, pueden ser personas distintas, y en este sentido, también puede disentir de lo que quieren sus padres para él o para ella, y es necesario que la normativa contemple esta realidad y permita reconocer dicha individualidad de los hijos e hijas.

El segundo planteamiento por analizar es el de Lord Scarman, quien enfatiza que los derechos de los padres derivan del deber de estos, y existen solo mientras sean necesarios para la protección de la persona y los bienes del niño o niña. También muy similar a lo juzgado por el juez de primera instancia y por Lord Fraser. Añade que existe un principio que limita y rige el ejercicio de la patria potestad de custodia, cuidado y control, que tiene que ver con el principio del bienestar del niño o niña, y que la patria potestad o estos derechos que poseen los padres en relación con sus hijos, puede ser objetada e incluso anulada si es que es ejercida en contra del bienestar del niño.

Respecto al bienestar del niño o niña, tanto Lord Fraser como Lord Scarman lo mencionan, el primero para determinarlo como uno de los presupuestos o requisitos que deben cumplirse para que el médico esté facultado para otorgar consejo y/o tratamiento anticonceptivo a niñas o adolescentes menores de 16 años, sin el consentimiento de sus padres, y el segundo, para estructurarlo como un límite a los derechos que poseen los progenitores en relación a sus hijos, que pueden llegar a ser anulados de ir en contra del bienestar del NNA.

El mejor bienestar del niño podemos asimilarlo al interés superior del niño, y en tanto tal es la consideración primordial que se debe atender cuando se trata de NNA y de las decisiones que se tomen a su respecto, por sobre cualquier otra consideración, lo cual evidentemente también incluye los derechos que poseen los padres y madres.

Haciendo referencia a la decisión de la Court of Appeal, señala Lord Scarman, que esta Corte favoreció un límite de edad fijo de 16 años, basándose en que la ley debe otorgar certeza jurídica. Sobre el punto, señala;

“Certainty is always an advantage in the law, and in some branches of the law it is a necessity. But it brings with it an inflexibility and a rigidity which in some branches of the law can obstruct justice, impede the law's development and stamp on the law the mark of obsolescence where what is needed is the capacity for development. The law relating to parent and child is concerned with the problems of the growth and maturity of the human personality. If the law should impose on the process of 'growing up' fixed limits where

nature knows only a continuous process, the price would be artificiality and a lack of realism in an area where the law must be sensitive to human development and social change.”⁹⁵

Esta reflexión realizada por Lord Scarman es fundamental porque engloba una de las conclusiones primordiales a las que se quiere llegar en esta investigación, y es que la normativa tiene que necesariamente comprender y abarcar el proceso de crecimiento de los NNA, con la consiguiente independencia que ello implica. Básicamente, se trata de recalcar que la legislación debe tener un criterio de realidad. Si bien, y tal como señala Lord Scarman, la certeza es relevante y a veces necesaria, ella puede implicar entorpecer la justicia, por ejemplo, el hecho de determinar una edad fija para considerar a un niño o adolescente capaz de tomar decisiones por sí mismo sobre materias que le conciernen, puede obstaculizar que otros NNA, que quizás no cumplen con ese parámetro rígido, puedan considerarse capaces y ejercer sus derechos por sí mismos, como consentir en someterse a un tratamiento anticonceptivo, como ocurre en este caso en que se fija el criterio rígido para otorgarles capacidad a los adolescentes en la edad de 16 años, y aquí la pregunta que surge es; ¿Cuál es la diferencia entre un adolescente de 15 o 14 años y uno de 16? ¿Es que al cumplir 16 años se adquiere automáticamente madurez e independencia?

En cuanto a la capacidad en general de los NNA, Lord Scarman señala que los NNA tienen derecho a tomar sus propias decisiones cuando alcanzan un entendimiento e inteligencia suficientes respecto de un asunto que requiere de su decisión. Y que, salvo que la ley disponga lo contrario, la capacidad de un NNA para tomar sus propias decisiones depende de que dicho niño tenga suficiente comprensión e inteligencia para tomar la decisión y que estos elementos no se deben determinar en referencia a ningún límite de edad fijado judicialmente. A lo que podemos agregar, que tampoco debiera determinarse en referencia a un límite de edad fijado legalmente. Respecto a la capacidad de los NNA sobre consejos y/o tratamientos anticonceptivos, señala Lord Scarman, que no es suficiente que la niña o adolescente comprenda la naturaleza de los consejos que se le están dando, también debe tener la madurez suficiente para comprender lo que implica.

Ambos Lord parecen siempre aludir a la *inteligencia* y al *entendimiento suficiente* que deben tener los NNA para poder considerarse capaces de tomar decisiones sobre su vida, y para el caso particular de las decisiones que pueden tomar las niñas y adolescentes menores de 16 años sobre materias relativas a la anticoncepción, Lord Scarman añade otro requisito: *la madurez suficiente*. Ello en atención a que,

⁹⁵ “La certeza es siempre una ventaja en la ley, y en algunas ramas del derecho es una necesidad. Pero trae consigo una inflexibilidad y una rigidez que en algunas ramas del derecho puede entorpecer la justicia, obstaculizar el desarrollo del derecho y estampar en el derecho la marca de la obsolescencia donde lo que se necesita es la capacidad de desarrollo. La ley relativa a padres e hijos se ocupa de los problemas del crecimiento y la madurez de la personalidad humana. Si la ley impone al proceso de ‘crecer’ límites fijos donde la naturaleza sólo conoce un proceso continuo, el precio sería la artificialidad y la falta de realismo en un ámbito donde la ley debe ser sensible al desarrollo humano y al cambio social”.

directamente involucrado en el consejo o suministro de tratamientos anticonceptivos, está el inicio de la vida sexual de la adolescente, la cual de acuerdo a Lord Scarman implica problemas inherentes que pueden conllevar impactos emocionales y riesgos para la salud, que si bien el tratamiento anticonceptivo puede disminuir, no puede eliminar.

Este planteamiento es relevante porque no deja de ser cierto lo que señala, es decir, es indudable que el inicio de la vida sexual de una persona puede traer consigo riesgos, sobre todo si es ejercido a edades muy tempranas en donde no se posee total madurez ni física ni psicológica, lo que puede conllevar abusos para las y los adolescentes, problemas con su salud y cambios importantes en su vida. La educación sexual es vital para reducir todos estos riesgos, y adquiere una importancia monumental para los NNA, ya que el ejercicio de la sexualidad es algo natural en los seres humanos, y es algo que no puede ni debe prohibirse, pero sí es importante que se eduque a la población en general sobre el ejercicio responsable y saludable de dicha sexualidad, que incluye en ciertos casos a la reproducción, de manera que evite daños en su salud física y mental. Sin embargo, también es cierto que esto muchas veces no ocurre, que los padres y madres son reacios a hablar de estos temas y que los niños y adolescentes en general tienden a recurrir a otras personas para consultar sobre estos asuntos y hoy en día, recurren además al Internet. Entonces se plantea la problemática de que el médico va a tener que decidir si la persona es lo suficientemente madura para recibir tratamiento médico, anticonceptivo en este caso, pero, ¿Y si decide que no lo es? ¿Podrá recurrir el o la adolescente a un organismo superior a reclamar de esta decisión, a un tribunal tal vez, teniendo en cuenta que estamos en el supuesto de que él o ella no cuenta con el consentimiento de sus padres? ¿Qué ocurre con la salud sexual de ese NNA? ¿Cuáles son los criterios que debe tener en cuenta la o el médico para decidir que una persona es lo suficientemente madura? Todas estas preguntas quedan sin resolver.

Finalmente, se analizarán las consideraciones de Lord Templeman, en tanto fue uno de los votos a favor de la demanda de la señora Gillick.

Comienza Lord Templeman indicando una pregunta que en su opinión se deben hacer los miembros de la House of Lords británica, la cual es; ¿Quién tiene derecho a decidir si una niña soltera menor de 16 años puede practicar la anticoncepción? A lo cual responde que, en su opinión, una niña o adolescente soltera menor de 16 años no posee el poder legal para decidir por sí misma la práctica de la anticoncepción, ya que, a su juicio, no es lo suficientemente madura como para poder decidir por sí misma tener relaciones sexuales.

Lord Templeman parece considerar que una adolescente puede ser lo suficientemente madura para poder otorgar su consentimiento para contraer matrimonio, con todas las consecuencias que ello implica,

incluyendo el tener relaciones sexuales, pero no es lo suficientemente madura para decidir solicitar consejos ni tratamientos sobre anticoncepción. Parece ser que para poder gozar en plenitud del derecho a la salud sexual es necesario contraer matrimonio. Esta consideración es una contradicción en sí misma y un grave obstáculo al ejercicio del derecho a la salud de las niñas y adolescentes.

Sobre la capacidad en general, Lord Templeman señala que el efecto que poseerá el consentimiento de un NNA dependerá de la naturaleza del tratamiento y de la edad y comprensión de ese NNA. A modo de ejemplo indica que un médico puede, con el consentimiento de un adolescente inteligente de 15 años (según sus propios términos), extirpar con seguridad las amígdalas o un apéndice, si es que se requiere. Pero lo contrapone al inicio de la actividad sexual, añadiendo que tener relaciones sexuales requiere no solo el conocimiento de los hechos de la vida y los peligros del embarazo y eventuales enfermedades, sino también comprender las consecuencias emocionales y de otra índole para su familia, su pareja y para ella misma.

El primer comentario sobre esta consideración de Lord Templeman es que efectúa una distinción similar a la realizada por la legislación argentina, distinguiendo según la gravedad del tratamiento y si es invasivo o no, de tal forma que el efecto, decisivo o no, del consentimiento de un NNA depende del tipo de acto, determinando que los actos de índole sexual se encuentran en una escala mayor de gravedad, ya que en ningún caso una adolescente menor de 16 años de edad, puede otorgar su consentimiento válidamente para aceptar que le entreguen consejos y/o tratamientos anticonceptivos, puesto que no es lo suficientemente madura para tener relaciones sexuales. El segundo comentario sobre lo señalado por el Lord, es que parece comprender al igual que Lord Scarman, que iniciar la actividad sexual implica no solo consecuencias físicas sino también emocionales, familiares, etc., y que es relevante que se comprendan los riesgos inherentes a ella, sin embargo llegan a conclusiones diversas, pese a partir del mismo supuesto; Lord Templeman piensa que en ningún caso la adolescente tiene capacidad puesto que no tiene madurez nunca, y Lord Scarman piensa que la determinación de la madurez de la adolescente debe ser determinada por la o el médico quien otorgará el consejo o tratamiento anticonceptivo. Pero ninguno de los dos parte de la consideración de la misma adolescente y de su derecho a ser oída, o de la consideración de su autonomía progresiva, en síntesis, no hay un planteamiento de la adolescente como sujeto de derechos.

Adicionalmente, este caso abarca otros dos temas interesantes; el derecho a la confidencialidad de las adolescentes y el derecho a la igualdad.

Respecto al derecho a la confidencialidad en la relación médico – paciente, Lord Fraser señala que es evidente que en la gran mayoría de los casos los NNA son reacios a confiar en sus padres sobre asuntos

sexuales, y que abandonar el principio de confidencialidad puede traer como consecuencia que los NNA no busquen ayuda profesional. Por otro lado, Lord Templeman señala que la confidencialidad que se le debe a un NNA no se viola por la divulgación a un padre responsable, si el médico considera que dicha divulgación es necesaria en consideración a los intereses del niño. Nuevamente partiendo del mejor interés del niño ambos Lord llegan a conclusiones distintas, el primero determina que el mejor interés de los NNA es resguardar su derecho a la confidencialidad para de esta forma no menoscabar su derecho a la salud, y el segundo, por el contrario, piensa que el mejor interés de los NNA es violar su derecho a la confidencialidad si el padre o madre es responsable. Es posible aventurarse en concluir que si el padre o madre es irresponsable, solo en esos casos, los NNA poseerán derecho a la confidencialidad.

Sobre el derecho a la confidencialidad de los NNA, me parece más acertado evaluarlo conectándolo directamente con la capacidad para prestar el consentimiento de los NNA para la realización de un determinado tratamiento médico, de forma tal que se estructure como “a mayor madurez, mayor derecho a la confidencialidad”.⁹⁶

Y en lo tocante a la igualdad ante la ley, es evidente que se viola este derecho al contemplar como problemático únicamente la capacidad de las mujeres de consentir en un consejo y/o asesoramiento en materias de anticoncepción. Pese a que algunos de los planteamientos de los Lords se refieren tanto a niños como a niñas, no deja de ser relevante la total discriminación por razones de género y la vulneración a la igualdad ante la ley, vulneración que no es mencionada por ninguno de los miembros de las House of Lords.

Para finalizar con el análisis, resulta interesante la comprensión del concepto de *Gillick Competence*, que fue creado a raíz de este caso y que sigue siendo utilizado en la actualidad.

Gillick Competence es un término utilizado para identificar a los niños y adolescentes menores de 16 años que tienen la competencia legal para dar su consentimiento para la inmunización, siempre que posean madurez e inteligencia suficientes para comprender y evaluar la naturaleza y las implicancias de la inmunización y del tratamiento propuesto, lo cual incluye los riesgos y cursos de acción alternativos.⁹⁷ Este término ha sido utilizado ampliamente para decidir casos en que se ve involucrada la determinación de la capacidad de los NNA para tomar decisiones para la realización de tratamientos médicos⁹⁸, constituyendo una suerte de guía para quienes deben determinar y sopesar dicha capacidad, ya sea tanto profesionales de la salud como jueces, por ejemplo.

⁹⁶ (Madrigal, 2016)

⁹⁷ (Griffith, 2016)

⁹⁸ (Madrigal, 2016)

Así, de acuerdo con el autor Richard Griffith, al analizar el elemento *madurez*, los profesionales de la salud deben tener en cuenta las experiencias del niño, su capacidad para manejar influencias de otras personas, como información externa, presión de compañeros o amigos, presión familiar, miedo o desconfianza.⁹⁹ Y por otro lado, al evaluar la *inteligencia*, el mismo autor indica que los profesionales deberán tener en cuenta la comprensión del niño, la capacidad de sopesar los riesgos y beneficios, y la facultad de considerar factores a más largo plazo.¹⁰⁰ Agregando que en ambos casos el grado de madurez e inteligencia necesarios dependerá de la gravedad de la decisión.¹⁰¹ De esta forma, el término *Gillick Competence* contribuye a facilitar la determinación de la capacidad de los NNA para tomar decisiones médicas sobre su propio cuerpo, empleando un análisis casuístico, comprendiendo la heterogeneidad de los NNA.

4.2. Jurisprudencia Chilena

La jurisprudencia nacional es escasa en pronunciamientos sobre DSR tratándose de NNA, sin embargo se han fallado bastantes recursos de protección con respecto al procedimiento de vacunación a niñas contra el virus del papiloma humano (VPH), algunos de los cuales se examinarán en este apartado.

El VPH es, como su nombre lo indica, un virus que se transmite principal, pero no únicamente, por contacto sexual,¹⁰² y es la principal causa de cáncer cervicouterino. Además “ocupa el cuarto lugar entre los tipos más comunes de cáncer que afectan a mujeres, con un número estimado de 266.000 muertes” al año.¹⁰³

En nuestro país el Ministerio de Salud publicó el 26 de septiembre del año 2015 el Decreto Exento N°865, que dispone vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevenibles de la población del país, que modificó el Decreto Exento N°6 que Dispone vacunación obligatoria contra enfermedades inmuno prevenibles de la población del país (de 19 de abril de 2010). Ambos decretos determinan la vacunación obligatoria contra ciertas enfermedades inmunoprevenibles, entre los cuales se encuentra el virus del papiloma humano.

Los recursos de protección que serán analizados tienen su base en cierta disposición del primer decreto que en su punto N°4 modificó el N°15 del segundo decreto respecto al VPH, quedando la norma de la siguiente manera: “a) agregase el siguiente grupo objetivo: niñas mayores de 9 años en los cursos de 6° y 7° básico”. Lo que quiere decir que el procedimiento de vacunación incluirá en la administración de las dosis a las niñas desde los 9 años en adelante, estando conforme con lo que ha señalado la OMS

⁹⁹ *Ibíd* pág. 245

¹⁰⁰ *Ibíd*.

¹⁰¹ *Ibíd*.

¹⁰² (Organización Mundial de la Salud, 2019)

¹⁰³ (Organización Mundial de la Salud, 2017)

respecto a la prevención primaria contra el VPH, indicando que se recomienda la vacunación de las niñas de 9 a 14 años.¹⁰⁴

En virtud de la información entregada a los padres y madres sobre el calendario de vacunación, es que estos deciden interponer los recursos de protección, solicitando la suspensión indefinida de la administración de la vacuna a los rangos etarios agregados por el Decreto Exento N°865, o en subsidio se ordene dar cumplimiento a lo preceptuado por la Ley N°20.584 que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (de 24 de abril de 2012), informando a los padres y apoderados de las niñas sobre las ventajas, desventajas y posibles efectos adversos de la vacuna, respetando su decisión de aceptarla o rechazarla.¹⁰⁵

Los derechos que los padres y madres alegan vulnerados son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de sus hijas, establecidos en el artículo 19 N°1 de la CPR, al ser la vacunación “una medida invasiva y su uso debe estar científicamente avalado con la cantidad de estudios suficientes que acrediten calidad y durabilidad del efecto protector”.¹⁰⁶ Adicionalmente consideran vulnerados la garantía del artículo 19 N°4 de la CPR, señalando que la administración de la vacuna amenaza y perturba su honra, puesto que estiman que tiene directa relación con la iniciación de la vida sexual de sus hijas.¹⁰⁷

Resultan interesantes algunos de los argumentos en que fundan los recursos los progenitores de las niñas y adolescentes; así aducen la existencia de evidencia científica sobre efectos secundarios que posee la vacuna y que tiene escasa eficacia, ya que pese a existir más de 15 cepas distintas del virus que pueden producir cáncer, la vacuna solo ataca la cepa 16 y 18¹⁰⁸ (las cuales constituyen, de acuerdo a la OMS, aquellas que producen el 70% de los casos de cáncer cervicouterino y producen además las lesiones precancerosas del cuello del útero¹⁰⁹). También señalan que la mejor medida para detectar el cáncer al cuello del útero de manera precoz es el Papanicolau, por tanto la vacuna no sería el método más eficaz¹¹⁰, lo que se contradice con lo señalado por la OMS, en lo tocante a que la mejor medida preventiva es justamente la vacunación.¹¹¹

Otro asunto que se señaló dentro de los argumentos fue la norma del artículo 32 del Código Sanitario, el cual dispone lo siguiente:

¹⁰⁴ (Organización Mundial de la Salud, 2019)

¹⁰⁵ (Corte de Apelaciones de San Miguel, 2016)

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ (Corte de Apelaciones de Talca, 2016)

¹⁰⁸ (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2016)

¹⁰⁹ (Organización Mundial de la Salud, 2019)

¹¹⁰ (Corte de Apelaciones de Talca, 2016)

¹¹¹ (Organización Mundial de la Salud, 2019)

El Servicio Nacional de Salud tendrá a su cargo la vacunación de los habitantes contra las enfermedades transmisibles.

El Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización.

Igualmente, podrá declarar obligatoria la vacunación de los animales contra enfermedades transmisibles al hombre.

El Servicio Nacional de Salud podrá disponer de las medidas necesarias para que, en interés de la salud pública, las autoridades controlen el cumplimiento por parte de los habitantes del territorio nacional de la obligación de vacunarse contra las enfermedades transmisibles en los casos en que tal vacunación sea obligatoria.

En base a este artículo, señalan que el VPH no se trataría de una enfermedad transmisible, ya que solo se transmite por contacto sexual y tampoco se cumpliría el requisito de existir un procedimiento eficaz de inmunización. Por lo que afirman que se debe respetar el derecho consagrado en el artículo 14 de la Ley N°20.584 que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud (de 24 de abril de 2012) en orden a denegar su consentimiento.¹¹² Este punto es controvertido por la Ministra de Salud de ese entonces, doña Carmen Castillo Taucher, quien respondiendo el recurso señala que es posible que el virus se transmita no solo al tener relaciones sexuales, sino también por caricias sexuales o contacto de piel o mucosas con los genitales¹¹³, además puede transmitirse durante el parto,¹¹⁴ por tanto sí se encuentra dentro de las enfermedades consideradas transmisibles y sería plenamente aplicable el artículo 32 del Código Sanitario, al encontrarse dentro del supuesto de hecho de la norma, sin embargo, existen ciertas disposiciones del Ministerio de Salud que permiten que se rechace la administración de la vacuna, por lo que no se vulneraría tampoco el derecho del artículo 14 de la Ley N°20.584.

Finalmente, se rechazan todos los recursos de protección y se concluye por las distintas Cortes de Apelaciones de los fallos analizados que, pese a que el Ministerio de Salud promueva la vacunación obligatoria contra enfermedades inmunoprevesibles, también entrega la posibilidad de negarse a la vacunación, lo que debe hacerse de manera voluntaria e informada, a través de la suscripción de un formulario de rechazo, de acuerdo a lo que indica el Ordinario B 27 N°4031 de 30 diciembre de 2015 dirigido por el Subsecretario de Salud Pública y la Subsecretaría de Redes Asistenciales a los Secretarios

¹¹² (Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2016)

¹¹³ (Corte de Apelaciones de San Miguel, 2016)

¹¹⁴ (De la Fuente y Mira, 2008)

Regionales Ministeriales de Salud del país y a los Directores de Servicio de Salud del país, relativo a la obligatoriedad de las vacunas del PNI y lineamientos frente a rechazo de vacunación. Por tanto, pese a que las políticas públicas de salud del Estado promuevan este tipo de prestaciones médicas, al existir la posibilidad de que los destinatarios se nieguen a recibir la vacuna a través de la suscripción del mencionado formulario, no se vulnera ninguna garantía constitucional, al no impedírseles a los padres y madres de las niñas el ejercicio de opción que señala la normativa.

Agrega la Corte de Apelaciones de San Miguel que “(...) el Decreto que fue cuestionado fue dictado por la Ministra de Salud en uso de sus atribuciones legales y constitucionales, garantizando el acceso gratuito y universal de las prestaciones referidas a inmunización”. Por lo que concluye que no se trataría de un acto ilegal ni arbitrario, al encontrarse amparado por la legislación vigente.¹¹⁵ Esta decisión es repetida en los demás recursos examinados.

Hay que destacar que la Corte de Apelaciones de Copiapó indicó al resolver sobre este tema, que como el caso versaba sobre una niña, era necesario tener en consideración que “(...) la normativa constitucional se ve complementada y enriquecida por la Convención Internacional de los Derechos del Niño” haciendo expresa alusión al artículo 3 y al artículo 24 de la misma.¹¹⁶ Pese a ello no se pronunció sobre el derecho a la salud de la niña, sino que falló al igual que los demás, determinando que los padres tenían la posibilidad de negarse a la realización del procedimiento, por lo que no se vulneraban las garantías constitucionales alegadas.

A modo de comentario sobre los recursos analizados, hay que enfatizar dos cuestiones; la primera es que la controversia gira en torno al derecho a la salud de las niñas, específicamente de su derecho a la salud sexual, ya que la administración de la vacuna evitará que adquieran el VPH y que producto de ello puedan contraer cáncer cervicouterino, por lo tanto el hecho de realizar el procedimiento de vacunación o no hacerlo tendrá incidencia en el desarrollo de su sexualidad y también de su salud y su vida. Pese a esto, en ninguno de los fallos analizados las Cortes se pronuncian sobre este derecho de las niñas y adolescentes, pese a que los padres y madres señalan de manera enfática su rechazo a la administración de la vacuna.

La segunda cuestión relevante es que tampoco se hace mención al consentimiento de las niñas, suprimiendo totalmente su voluntad y reemplazándola por la de sus padres. Esto es crucial porque se trata de la salud de la niña o adolescente a quien se le niega por sus padres la administración de la vacuna

¹¹⁵ (Corte de Apelaciones de San Miguel, 2016)

¹¹⁶ (Corte de Apelaciones de Copiapó, 2016)

sin referirse a la información que se les debe entregar a ellas, explicándoles el procedimiento, el tipo de medicamento y la función que la vacuna está destinada a cumplir.

Aquí se evidencia cómo las tres figuras analizadas en este capítulo; la capacidad, la autonomía y el rol de los padres, se entrecruzan en una situación práctica de gran importancia, constatando que no son meras discusiones teóricas ni mucho menos abstractas sino que posicionan problemáticas que ocurren en el día a día y que pueden implicar consecuencias trascendentales para la vida de las NNA, como lo es por ejemplo evitar el contagio de un virus que puede provocar una de las enfermedades más dañinas de nuestro tiempo, como es el cáncer.

4.3. Jurisprudencia argentina

El fallo que se analizará en este apartado es conocido bajo el nombre de *Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*.¹¹⁷ Y versa sobre el empleo de métodos anticonceptivos de parte de NNA. El fallo es interesante porque entre los razonamientos se examinan los tres elementos analizados en este capítulo; la capacidad, la autonomía de los NNA y el rol que tienen los padres.

Hay que señalar que el caso es del año 2003, vale decir antes de la creación o unificación del CCyCN, por lo que hay que tener en cuenta que en el Código Civil en ese entonces vigente (Código Civil de la República Argentina, promulgado el 29 de septiembre de 1869 y en vigencia desde el 1 de enero de 1871), se hacía una distinción entre menores impúberes y púberes o menores adultos, cuyo criterio diferenciador era cumplir 14 años. De acuerdo al artículo 54 del CC las personas menores de 14 años eran consideradas incapaces absolutos de hecho y como tal no podían realizar por sí ningún acto jurídico, por su parte las personas entre 14 y 21 años, denominadas menores adultos, eran consideradas incapaces relativos de hecho y como tales podían realizar algunos actos válidamente cuando la ley los autorizaba para ello (artículo 55 del CC). Además existía la figura de la patria potestad, la que se modifica con el CCyCN a la figura de la responsabilidad parental.

En la causa en análisis, la parte demandante solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 5 y 7 de la Ley N°418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires (de 21 de julio de 2000), modificada por la Ley N°439 (Modifica a la Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, de 2 de agosto de 2000). Señalan que dichos preceptos vulneran el derecho a la vida al permitir el empleo de anticonceptivos abortivos o de carácter incierto, y que lesionan la protección integral de la familia que incluye el derecho de educar a los hijos. Ello porque las normas autorizan a la autoridad a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos a NNA sin

¹¹⁷ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sentencia de 14 de octubre de 2003.

necesidad del consentimiento de sus padres o representantes legales, lo que según los demandantes, atenta contra el ejercicio de la patria potestad, resguardado por los artículos 264 y siguientes del Código Civil vigente a la época.

Los cinco jueces del Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires (Ana María Conde, Julio B. J. Maier, Alicia E.C. Ruiz, José Osvaldo Casás y Eduardo A. Russo) votaron por el rechazo de la demanda de inconstitucionalidad planteada, cada uno de ellos expone sus propios argumentos para su decisión, concluyendo que los artículos cuestionados son constitucionales puesto que se adecúan a las previsiones constitucionales locales y no contradicen el régimen nacional de patria potestad establecido en el Código Civil. En particular la jueza Alicia E.C. Ruiz termina señalando que “Muy por el contrario, ellos [los artículos impugnados] son una herramienta indispensable (...) para efectivizar los derechos humanos de los adolescentes (en especial, el derecho a la igualdad, los derechos sexuales, los derechos reproductivos, el derecho a la salud y el derecho a la información) garantizados por la Constitución Nacional y la CCBA.”

En este apartado se analizarán solo los argumentos expuestos por la jueza Ana María Conde. Como primer punto, la jueza señala que hay que tener en cuenta ciertos tópicos relevantes al momento de examinar el caso: 1. Los NNA están sujetos en la normativa argentina a la patria potestad de sus padres de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 264 del Código Civil; 2. El mismo código establece que los menores de edad son incapaces respecto a la realización de actos jurídicos; 3. “Los derechos reproductivos y sexuales y el derecho a la salud son derechos humanos personalísimos y 4. Los derechos personalísimos no son, por su naturaleza, susceptibles de ser ejercidos por representante”.¹¹⁸

En cuanto a la forma de ejercicio de los derechos personalísimos (que son objeto de controversia en este caso), la jueza señala que la distinción realizada por el Código Civil entre incapaces relativos de hecho e incapaces absolutos de hecho es relevante tratándose de actos que implican contraer responsabilidades y obligaciones en que se considere que el NNA no goza aun de madurez suficiente, pero que no resulta justificable cuando se trata del ejercicio de derechos personalísimos, pues aduce que no son susceptibles de ser ejercidos por medio de representantes, que en este caso serían los padres, ya que estos derechos corresponden a la esfera misma de autonomía personal y de libertad.¹¹⁹

Sobre este tema distingue dos figuras que no tienen asidero legal sino doctrinal; la capacidad y la competencia, señalando que la *capacidad* se utiliza en el ámbito contractual, pero que para el caso del ejercicio de los derechos personalísimos la doctrina ha desarrollado el concepto de *competencia*. De esta

¹¹⁸ La jueza Ana María Conde cita en el fallo cfr. con (Polakiewicz y Gorvein, 1996)

¹¹⁹ *Ibíd.*

forma, para determinar que una persona posee competencia “se analiza si el sujeto puede, o no, entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.¹²⁰

Dos son las preguntas fundamentales dentro del análisis de este caso; ¿Cómo deben conjugarse el rol de los padres con la autonomía de las y los adolescentes? y ¿Es efectivo que la educación sexual y el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva vulneran el derecho y el deber de los padres configurado bajo la figura de la patria potestad?

En cuanto a la patria potestad, ésta se encontraba definida en el artículo 264 del Código Civil de la República Argentina, como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”. La misma norma señala cuáles son los fines de la patria potestad: la protección y formación integral de los hijos e hijas, y bajo esta lógica la jueza considera que la ley cuestionada les permite a los padres y madres contar con información sobre estos temas y que sus hijos también accedan a estos contenidos, para que de esa forma los progenitores puedan debatir con sus hijos, tanto aquellos que tengan una opinión que discrepe con estos contenidos como aquellos que aceptan plenamente los mismos. “Pero lo que ningún padre podrá hacer será considerar que sus hijos son moldes vacíos que pueden ser llenados con cualquier contenido; porque ello importaría tanto como despersonalizarlos, cosificarlos, lo que no puede ser convalidado en derecho. Educar es tanto dirigir y encaminar como desarrollar y perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño.”¹²¹

Por todo lo expuesto los jueces consideran que el hecho de que las autoridades del Gobierno de Buenos Aires permitan el acceso, tanto a información como a la entrega y suministro de métodos anticonceptivos a adolescentes, no vulnera el derecho/deber de los padres garantizado a través de la patria potestad, puesto que en definitiva esta figura no es un derecho absoluto sobre sus hijos, sino que es más bien una forma de protegerlos pero también de encaminarlos hacia su completo desarrollo y autonomía.

Para finalizar, a modo de comentario, hay que enfatizar que los derechos principales que estuvieron en disputa fueron el derecho a la salud, a la libertad, a la igualdad y no discriminación, el derecho a la información y el derecho a la educación de los NNA. Todos ellos constituyen derechos humanos. Por tanto, dentro del análisis sobre el rol que les compete a los padres sobre estos temas, también se debe considerar si es posible que por la mera negativa de éstos se puedan vulnerar los derechos humanos de sus hijos. Discusión que no se generó en los fallos chilenos analizados sobre el VPH. En cambio, en la

¹²⁰ La jueza Ana María Conde cita en el fallo a (Kemelmajer de Carlucci, 2001)

¹²¹ La jueza Ana María Conde cita en el fallo a (Real Academia Española, 1992)

sentencia argentina todos los jueces y juezas mencionan expresamente el derecho a la salud de los NNA, el cual señalan, no puede vulnerarse por la simple negativa de sus padres. En efecto, la jueza Ana María Conde al mencionar el derecho a la salud de los NNA detalla los instrumentos internacionales ratificados por el país en que se consagra el derecho a la salud (PIDESC, DUDH, CADH y la CDN).

Este tema es relevante no solo porque en los recursos de los tribunales chilenos analizados no hubo ningún pronunciamiento sobre el derecho a la salud de las niñas, sino también porque nuestro país igualmente ha ratificado los instrumentos internacionales señalados. Además, en el fallo se efectuó un análisis sobre cuál es el mejor interés del niño, entendiendo que su mejor interés es que se le entregue educación sexual que lo oriente en el desarrollo de su vida, además de permitirle el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva si así lo requiere, lo cual tampoco ocurrió en el caso de la jurisprudencia chilena analizada. Estos puntos son de una enorme trascendencia para el reconocimiento de los derechos humanos de los NNA, por lo que se hace imperativo que se realice un examen detallado tanto de la normativa nacional que regula estos temas como de la forma de fundamentación de las sentencias nacionales, para que de esta forma exista un verdadero compromiso del Estado chileno con el DIDH y sobre todo con los niños, niñas y adolescentes que viven en el país.

Capítulo III: ¿Qué ocurre con el reconocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos cuando se trata de adolescentes en sistemas de acogimiento?

1. Marco Legal e Institucional

Es usual en todas las culturas que el grupo familiar sea quien brinde apoyo, contención, protección y afectividad a todos sus miembros y en especial a los más jóvenes de ellos, como son los NNA. Sin embargo, existe una gran cantidad de NNA que no poseen dicho entorno familiar o que, cuando lo poseen, aquel no les brinda nada de eso, muy por el contrario, vulnera sus derechos dramáticamente. Y es por esta última razón que los NNA deben ingresar a centros o residencias cuyo objetivo es brindarles cuidados básicos que puedan permitir su desarrollo.¹²² Este proceso se denomina acogimiento residencial¹²³ o institucionalización.¹²⁴

1.1. Servicio Nacional de Menores

El Servicio Nacional de Menores, más conocido como SENAME, es una institución gubernamental de carácter centralizado, colaborador del sistema judicial y dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Su función principal es encargarse de la protección de los derechos de NNA que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, así como también de la protección de adolescentes entre 14 y 17 años que hayan infringido la ley. Adicionalmente participa en los trámites y procedimientos necesarios en materia de adopción en nuestro país. Para cumplir con estas finalidades SENAME trabaja con centros de atención directa y con una red de colaboradores privados quienes postulan a través de licitaciones públicas.¹²⁵

Los NNA que reciben protección del SENAME han sido derivados a la institución por los tribunales de justicia; los NNA atendidos en el sistema de protección son derivados por los tribunales con competencia en materias de familia, y los adolescentes (personas entre 14 y 17 años) atendidos en el sistema de justicia juvenil, han sido derivados por los tribunales penales según la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente¹²⁶ (Ley N°20.084 que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, de 7 de diciembre de 2005). Como parte del funcionamiento del SENAME existen diversas modalidades de cuidados alternativos, dentro de las cuales nos encontramos con los centros residenciales, conocidos como residencias y el sistema de acogimiento familiar.

¹²² Cfr. con (Hueche, y otros, 2019)

¹²³ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General (sobre la base del informe de la Tercera Comisión) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Naciones Unidas. A/RES/64/142. 24 de febrero de 2010, citado en (Hueche, y otros, 2019)

¹²⁴ (Biblioteca del Congreso Nacional, 2009) citado en (Hueche, y otros, 2019)

¹²⁵ (SENAME, s.f.)

¹²⁶ *Ibíd.*

Las residencias tratan de cumplir el objetivo del Estado de dar protección a NNA privados de cuidados parentales y “consiste en integrar transitoriamente en un centro residencial aquellos niños, niñas y adolescentes, que producto de grave vulneración de derechos deben ser separados de su grupo familiar de origen, mientras se realizan las acciones para restablecer su derecho a vivir en familia, o de preparación para la vida independiente en casos excepcionales”.¹²⁷

Hay que agregar que existen 15 tipos diferentes de centros residenciales¹²⁸, pero pueden clasificarse en dos grandes grupos; los CREAD (Centros Residenciales de Administración Directa) que son administrados por SENAME directamente, y los OCAS (Organismos Colaboradores Acreditados Subvencionados por SENAME) que son organismos de administración privada escogidos mediante un sistema de licitación pública, constituyendo la forma de cuidado alternativo mayoritaria en Chile, considerando que en el año 2016 eran 11.492 NNA ingresados en OCAS y 2.753 los NNA ingresados en CREAD.¹²⁹

Adicionalmente, junto a los CREAD y los OCAS existen otros tipos de centros denominados *organismos coadyuvantes*, que son centros privados que no se encuentran acreditados por SENAME y este no ejerce ningún control sobre ellos, tampoco están regulados jurídicamente, pero son tolerados por el poder judicial que envía NNA a estos centros por ausencia de cupos en los CREAD y OCAS.¹³⁰

En cuanto al sistema de acogimiento familiar, también es conocido bajo la denominación de *familias de acogida* y consiste en “integrar a un grupo familiar alternativo a aquellos niños, niñas y adolescentes, que producto de vulneración de derechos y debido a una decisión judicial, deben ser separados de su grupo familiar de origen, mientras se realizan las acciones para restablecer su derecho a vivir en una situación familiar estable”.¹³¹

Es importante recalcar que los NNA que ingresan a estos sistemas de cuidado alternativo lo hacen de acuerdo a una decisión judicial y como una medida de protección para ellos.

¹²⁷ (OBSERVA, 2014)

¹²⁸ Centros Residenciales de Administración Directa (CREAD); Residencia protección para menores (REM); Residencia de Protección para Mayores (RPM); Residencias especializadas (RSP); Residencia especializada (REN); Residencia Protección para Madres Adolescentes (RMA); Residencia de Protección para Madres Adolescentes (RPA); Residencia de protección para Preescolares (RPP); Residencia de protección para Lactantes y Preescolares (RLP); Residencia de Protección para Lactantes (RPL); Centro de Diagnóstico para Preescolares (CPE); Centro de Diagnóstico para Lactantes (CPL); Residencia de protección para niños con discapacidad mental discreta o moderada (RDD); Residencia con discapacidad (RAD); Residencia de Protección de Niños con Discapacidad grave o profunda (RDG).

¹²⁹ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Naciones Unidas. CRC/C/CHL/INQ/1. 1 de junio de 2018

¹³⁰ *Ibíd* pág. 5

¹³¹ (OBSERVA, 2014)

2. ¿Cómo ejercen sus derechos sexuales y reproductivos las y los adolescentes en sistemas de acogimiento?

Dentro de la red de actuación del SENAME existen diversos protocolos de actuación, en este apartado se analizarán aquellos que guardan relación con los DSR de las y los adolescentes.

2.1. Atención de salud y administración de medicamentos

Como marco general, respecto a las residencias de protección de la red colaboradora de SENAME, existe el *Protocolo de Salud y Administración de Medicamentos* (en adelante “el protocolo”), contemplado dentro del documento titulado *Protocolos de Actuación para Residencias de Protección de la Red Colaboradora de SENAME*,¹³² en el que se establecen las condiciones para la atención de salud en la residencia. Como punto de partida, se señala que el Director/a de la residencia debe designar a una persona responsable del área de salud, quien debe encontrarse en forma permanente dentro de la residencia y será la encargada de realizar las diversas acciones que señala el protocolo. En cuanto a la preparación profesional de dicha persona, esta puede poseer preparación técnica o profesional del área de salud o simplemente tratarse de un cuidador/a con formación en el área.

De esta forma, de presentarse un procedimiento que requiera primeros auxilios, la persona responsable del área de salud deberá otorgarlos y será el Director/a del Centro Residencial quien solicitará la asistencia médica, según el tipo de situación presentada. Es decir, es el Director/a quien calificará la situación de emergencia, y además quien determinará a qué establecimiento o a qué personal capacitado se deberá recurrir frente a dicha emergencia (pudiendo ser asistencia médica, bomberos o carabineros, según lo determina el mismo protocolo).

Nos encontramos aquí con al menos tres situaciones complejas en lo tocante a la atención de salud de los NNA que se encuentran al interior de las residencias del SENAME; en primer lugar, que la persona responsable de la atención no necesariamente será un profesional del área de salud, puede perfectamente ser alguien que haya ejercido como cuidador de algún establecimiento, lo cual es grave pues pueden presentarse muchas situaciones en que se hace necesario contar con un profesional experto en el área, quien cuente con la experiencia y los conocimientos necesarios para actuar frente a una emergencia. En segundo lugar, se señala en el protocolo que solo es una persona la responsable del área de salud dentro de la residencia, lo que también es problemático, puesto que si bien se señala que debe existir un reemplazo, es muy posible que se den situaciones en que no se encuentre la persona dentro de la residencia, o que se dé una situación de emergencia mientras la persona encargada está atendiendo a otro NNA y así múltiples circunstancias en que una sola persona no es suficiente, sobre todo cuando se trata

¹³² (SENAME, 2016)

de NNA, en que debe existir mayor atención y protección. Y en tercer lugar, la función que ejerce el Director/a de la residencia es determinante para la ejecución de la atención de salud y también para su calidad, ya que es quien resuelve quien será la persona responsable de la atención de salud y además será ella quien solicite la asistencia médica. En este sentido es importante considerar que quien ejerce como Director/a no es una persona profesional del área de salud ni posee conocimientos sobre la materia, como para calificar una situación como una de emergencia o, por el contrario, desechar una circunstancia como no grave.

Es conveniente que estos puntos recién mencionados sean analizados pues se trata de la salud de los NNA y en muchas ocasiones hasta de su propia vida, por lo que es imperativo que se revisen los protocolos de actuación y se cuente con personal suficiente y capacitado para atender las necesidades médicas de los NNA que se encuentran al interior del SENAME, cualquiera sea la modalidad de cuidado.

La deficiencia en estas materias lo demuestra el caso de Lissette Villa, una niña de 11 años que se encontraba dentro de uno de los centros del SENAME, específicamente en el CREAD Galvarino, quien fue objeto de múltiples situaciones de violencia al interior del centro, culminando con su muerte el día 11 de abril del año 2016: de acuerdo con el Informe del Servicio Médico Legal, la niña murió por asfixia por sofocación producto de compresión mecánica externa¹³³, las funcionarias que provocaron la muerte de Lissette “actuaron sin saber el protocolo que se utiliza en estos casos y sin conocimientos de primeros auxilios”.¹³⁴ De acuerdo con el relato del fiscal Marcos Emilfork, “(...) las dos cuidadoras, en castigo por una supuesta desobediencia, la redujeron, la pusieron boca abajo en el suelo, le sujetaron las piernas y una de las imputadas, pesando 90 kilos, se sentó encima, sujetándole los brazos por varios minutos”.¹³⁵ Este terrible caso demuestra la necesidad de contar con personas capacitadas para atender a los NNA que se encuentran al interior de las dependencias del SENAME, personas que sepan manejar una situación de emergencia, que comprendan que los NNA requieren de cuidados especiales y que no solo sean profesionales del área de la salud, sino que además cuenten con capacitación para tratar con NNA.

Continuando con el análisis del protocolo, este señala que a cada NNA que ingrese al SENAME se le realizará una evaluación de su estado físico general, la cual debe realizarse por la persona responsable del área de salud, quien tendrá que explicarle al NNA el motivo del examen y buscar contar con su aprobación para dicha evaluación. Esta situación es asimilable al consentimiento informado que el respectivo NNA debería otorgar al momento de realizarse algún procedimiento o evaluación médica; sin embargo, en el protocolo en análisis no se menciona que dicha aprobación sea condición necesaria para

¹³³ (Cooperativa.cl, 2017)

¹³⁴ (T13, 2016)

¹³⁵ (Cooperativa.cl, 2017)

la realización de la respectiva evaluación, por tanto, tampoco es un requisito que el NNA consienta para que se realice la referida evaluación, solo se *prefiere* contar con su aprobación.

En base a lo que ha sido mencionado en los capítulos anteriores de esta memoria, es fundamental contar con la participación del NNA y garantizar su derecho a ser oído en todo procedimiento que lo involucre, sea que se trate o no de un tratamiento invasivo, sigue siendo relevante otorgarle información pertinente, así como escucharlo y recabar su consentimiento.

A lo largo del protocolo de salud no se hace mención al consentimiento informado, ni al derecho a ser oído ni a la autonomía progresiva de los NNA, lo que complejiza el acceso de éstos a la atención de su salud, además de no adecuarse a los estándares del DIDH, previamente analizados, particularmente a los lineamientos de la Convención Sobre los Derechos del Niño.

Respecto a la administración de medicamentos a los NNA en residencias del SENAME, el protocolo señala que ningún NNA podrá recibir un medicamento sin previa prescripción médica, excepto aquellos de uso común que se encuentren en el botiquín de primeros auxilios con que debe contar cada residencia. Se debe señalar que no se hace mención a cuáles son los medicamentos de uso común o si se requiere consentimiento de los NNA para su suministro. Además, nuevamente es el Director/a de la residencia quien deberá designar a una persona encargada de suministrar los medicamentos, siempre de acuerdo a las respectivas prescripciones médicas del profesional de salud a cargo. Ahora bien, si el NNA es trasladado a otra residencia, centro de administración directa, familia de acogida o finalmente se opta por el egreso con sus familias, se deberá entregar los medicamentos que deben ser suministrados al NNA, con sus respectivas dosis, frecuencia, junto a la información pertinente respecto al tratamiento seguido.¹³⁶

Este protocolo analizado sobre salud y administración de medicamentos se debe aplicar en todos los centros residenciales que forman parte de los OCAS (Organismos Colaboradores Acreditados) y la persona responsable de la supervisión y del control de la aplicación de este protocolo es el Director/a de la residencia y/o el o la Jefa Técnica. En cuanto a la persona responsable de la ejecución del protocolo debe ser él o la profesional, técnico paramédico, cuidador o educador capacitado y que esté designado por la Dirección de la residencia. Trasciende sobre este punto la inquietud mencionada recientemente; la persona a cargo de la administración de medicamentos a los NNA al interior de las residencias no necesariamente será un profesional del área de salud, arrastrando consigo los mismos problemas señalados.

¹³⁶ *Ibíd* pág. 20

Finalmente, se contempla un acápite en el mismo protocolo denominado *Promoción de ambientes saludables y buena salud*, que considera que dicha promoción se relaciona con “informar, educar y fomentar la prevención de factores y conductas de riesgo asociados a estilos de vida no saludables”¹³⁷ y dentro de dichas temáticas se contemplan la dieta y nutrición, ejercicio y descanso, salud sexual y reproductiva, efectos del consumo de alcohol, drogas, tabaco y otras sustancias, sida e ITS, prevención de accidentes domésticos, entre otros. Para abordar dichas temáticas, la residencia debe realizar actividades formativas como talleres o crear espacios para abordar estas materias.

Sobre esto, es primordial que el enfoque que tengan estos espacios de información sobre salud sexual y reproductiva no aborde estos asuntos desde el punto de vista del riesgo, de la abstinencia o del pudor, sino que se trate de una proyección de información que abarque aspectos sobre salud física y mental, incluyendo no solo infecciones de transmisión sexual, sino también tópicos sobre identidad, afectividad, perspectiva de género, violencia sexual, entre otras cuestiones.

2.2. VIH/SIDA

Ahora bien, como marco específico de los DSR de las y los adolescentes que se encuentran dentro del SENAME, nos encontramos con un protocolo para los diversos sistemas de cuidado alternativo que se refiere al VIH/SIDA. Hay que recalcar que se trata del mismo protocolo de manejo de infecciones de transmisión sexual, denominado *Protocolo sobre VIH/SIDA, ITS y no Discriminación para los Centros Residenciales de Protección de Derecho de SENAME*¹³⁸ (en adelante el “protocolo VIH”).

El protocolo VIH tiene como objetivo proporcionar;

“(…) información actualizada y validada por SENAME y MINSAL, además de entregar criterios que orienten decisiones en materias de prevención y promoción de una salud sexual segura para niños, niñas y adolescentes y de integración y no discriminación; además el protocolo entregará los procedimientos establecidos por la red de salud para la atención y tratamiento del VIH/SIDA y las ITS, con el fin de facilitar la gestión que realizan tanto profesionales, educadores de trato directo y funcionarios de las residencias y CREAD de SENAME”.¹³⁹

Se señala en el protocolo VIH que tanto las residencias como los CREAD deben contribuir a la formación y crecimiento sexual sano de los NNA, respetando sus etapas vitales. Además, deben atender ciertos casos complejos de NNA que presentan conductas de riesgo y/o hayan sido marcados por experiencias

¹³⁷ *Ibíd* pág. 19

¹³⁸ (Unidad de Salud, Dirección Nacional, Servicio Nacional de Menores, 2015)

¹³⁹ *Ibíd*. Pág. 3

de vulneración en sus derechos como abuso sexual, comercio y explotación sexual, violación, negligencia parental, etc.

Dentro de la formación y capacitación de funcionarios y educadores de trato directo, se contempla en el protocolo VIH que se abarquen diversas cuestiones, tales como sexualidad infanto-juvenil, inicio de actividad sexual en adolescentes, conductas sexuales seguras, ITS, VIH/SIDA, entre otras materias. Esta orientación es sustancial, ya que los funcionarios son quienes mayor contacto tienen con los NNA, y al comprender estos temas pueden, por un lado, detectar situaciones de riesgo y, por otro, ayudar a los NNA en el desarrollo de su sexualidad cotidiana, como su identidad sexual, por ejemplo. Sin perjuicio que deben también contemplarse vías para que los NNA puedan tener acceso a información pertinente sobre salud sexual y reproductiva.

Adicionalmente, se tratan de manera conjunta los *Ejes para el abordaje de VIH/SIDA, ITS y no Discriminación para los Centros Residenciales de Protección de Derechos de SENAME*¹⁴⁰, en donde se estipulan los principios rectores del protocolo VIH, que son los siguientes: 1. Garantía del respeto de los derechos contenidos en la CDN; 2. Equidad e igualdad de género; 3. Enfoque evolutivo; 4. Respeto a la diversidad y a las diferencias; 5. Confidencialidad; 6. Unidad e integralidad de la respuesta sectorial; 7. Garantía de acceso a la atención y educación en VIH e ITS.

Estos principios señalados son fundamentales, sobre todo al contemplar como marco de acción general a la CDN, estipulando a partir de ahí varios de los derechos y principios consagrados en ella, como la autonomía progresiva mencionada como *enfoque evolutivo*, la igualdad y no discriminación y la confidencialidad. Estos tres aspectos han sido abordados a lo largo de esta memoria como principios y derechos primordiales cuando se trata del ejercicio y reconocimiento de los DSR de las y los adolescentes, por lo que es bastante significativo que se incorporen dentro de los principios de actuación.

2.2.1. ¿Cómo puede un NNA que se encuentra dentro del SENAME realizarse el examen de detección de VIH?

El protocolo VIH señala que en el sector público de salud el examen de detección de VIH se puede realizar en establecimientos de atención primaria de salud, en centros ambulatorios de especialidad y en hospitales. En los centros ambulatorios de especialidad se realiza, además, la atención a NNA que viven con VIH para realizarse el tratamiento médico necesario. Y en el sector privado de salud se puede realizar en clínicas, laboratorios clínicos, mutuales y centros médicos.

¹⁴⁰ *Ibíd* pág. 39

En cuanto a la realización del examen en sí, el protocolo VIH señala que se debe asistir al establecimiento de salud más cercano al lugar en que se encuentre el NNA inscrito. Respecto al examen se indica que este debe realizarse informando y orientando respecto a la prevención y tratamiento, y debe firmarse un documento denominado *consentimiento informado* “el cual tiene como objetivo aceptar la toma de la muestra y comprometerse a retirar el resultado, cuando se lo indiquen. En caso de menores de edad el Consentimiento Informado lo debe firmar el padre, la madre, o el representante o tutor legal”.¹⁴¹

En este caso sí se hace mención expresa al consentimiento informado, pero, lamentablemente, no se realizan distinciones respecto a los NNA, no se indica, por ejemplo, si es que podrían consentir en la realización de este examen por sí mismos, a partir de qué edades o si requieren autorización. Simplemente efectúa una reiteración de las reglas generales en materia de actuaciones de las personas menores de 18 años de edad, vale decir, que deben actuar representados (sin perjuicio de las distinciones sobre actos patrimoniales y extrapatrimoniales analizadas en el Capítulo II de esta memoria). No obstante, hay que recordar que la Ley N°19.779 que Establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas (de 14 de diciembre de 2001), señala en su artículo 5 que las personas a partir de los 14 años pueden consentir por sí mismos en la realización del examen de detección del VIH (ya que solo determina que se requiere del consentimiento escrito del representante legal en caso que la persona tenga menos de 14 años). De todas formas, sería beneficioso incorporarlo en los protocolos respectivos del SENAME, de forma tal que las y los funcionarios del Servicio y los NNA que residen en centros que forman parte de él, se interioricen en estos derechos y en la forma de ejercerlos.

Por otro lado, para el caso de los centros residenciales de protección de derecho del SENAME, se señala en el protocolo VIH que se deberá solicitar el examen en el caso de NNA que se encuentren en las siguientes circunstancias: embarazadas, recién nacido hijo de madre con VIH, NNA en programas de comercio sexual, aquellos que hayan consultado por ITS, NNA que ingresaron al programa de tuberculosis, pacientes de diálisis, víctimas de violencia sexual y adolescentes que deseen realizarse el examen por voluntad propia.¹⁴² De acuerdo a lo señalado, se podría estimar que solo las y los adolescentes son quienes pueden solicitar realizarse el examen de detección de VIH, fuera de los casos mencionados, lo que es cuestionable, ya que obstaculiza el acceso a la salud en tanto derecho humano para los niños y niñas que no son considerados adolescentes y que no se encuentran dentro de los supuestos indicados, pero que sí desean realizarse el examen.

¹⁴¹ *Ibíd* pág. 45

¹⁴² *Ibíd* pág. 46

Finalmente, respecto a la confidencialidad de la información en el marco de la realización de este examen, basado en lo que señala tanto el artículo 5 de la Ley N°19.779 que Establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas (de 14 de diciembre de 2001), como el artículo 2 del Decreto N°182 Reglamento del examen para la detección del virus de la inmunodeficiencia humana (de 9 de enero de 2007), todas las personas que tomen conocimiento de la realización del examen de detección de VIH deben proteger la confidencialidad del paciente, sea este adulto o NNA, sin perjuicio que el resultado positivo del examen para el caso de personas entre 14 y 18 años, se le comunicará a su respectivo representante legal, sin requerir para ello del consentimiento del adolescente (de acuerdo con el artículo 5 de la primera de las leyes mencionadas).

2.3. Métodos Anticonceptivos

En el protocolo VIH se menciona el acceso a métodos anticonceptivos para adolescentes en el marco de la prevención del contagio de infecciones de transmisión sexual. Señala que en caso de requerirse métodos anticonceptivos se deberá recurrir a los centros de salud a través de la atención primaria, esto quiere decir que se deberá recurrir a los consultorios, CESFAM o en espacios amigables de atención. Con *espacios amigables* se hace alusión a instancias en que se atiende a las y los adolescentes sobre cuestiones referidas a su salud sexual y reproductiva. Las prestaciones abarcan consejería, control de la regulación de la fecundidad, control de embarazo, control de ITS y ginecología.¹⁴³

Al respecto, sería valioso que se incorporara un protocolo de actuación que versare únicamente sobre métodos anticonceptivos, para así poder referirse a los tipos de ellos según las personas que vayan a utilizarlos y se desarrollen los tópicos atinentes a estos, como las consecuencias del uso de hormonas, la forma de utilización de los preservativos de barrera o de métodos hormonales, la frecuencia, etc.

2.4. Maternidad y paternidad adolescente

La maternidad y paternidad adolescente es una cuestión que evidentemente afecta no solo a las y los adolescentes que se encuentran dentro del SENAME, ya que es una problemática general, que se vincula a varios supuestos importantes, puesto que se trata de personas que se encuentran en cierto estado de vulnerabilidad, ya sea por su corta edad y su escasa experiencia de vida, como por enfrentarse a una serie de responsabilidades para las cuales no están preparados, debiendo muchas veces dejar sus estudios, actividades, etc., vulnerándose así también otros de sus derechos.

En el caso de las y los adolescentes que son madres y padres y que además se encuentran al interior del SENAME, estas situaciones complejas se vuelven indudablemente aún más difíciles, al incorporar no solo grave vulneración de sus derechos sino que también la privación de libertad en muchos casos. Por

¹⁴³ Ibíd pág. 15-16

esto es importante hacernos la siguiente pregunta; ¿Cómo ejercen la responsabilidad parental las y los adolescentes al interior del SENAME?

2.4.1. Maternidad adolescente

Respecto a las madres adolescentes que se encuentran al interior del SENAME, existen dos protocolos de la institución que hacen referencia a este tema: uno es para las residencias de protección para madres adolescentes (RPA)¹⁴⁴ y otro igualmente para residencias de protección para madres adolescentes pero con programa de protección especializado de intervención residencial (RMA - PER)¹⁴⁵. Hay que señalar que el protocolo tiene exactamente el mismo contenido, siendo el primero del año 2016 y el segundo del año 2019. En este acápite se analizará el protocolo del año 2019 (en adelante “el protocolo de maternidad”).

Las residencias para madres adolescentes en SENAME “constituyen una modalidad de atención transitoria para aquellas adolescentes víctimas de graves vulneraciones de sus derechos, embarazadas o madres adolescentes, y sus hijos/as en gestación o nacidos, que no cuentan -en lo inmediato- con adultos en condiciones de otórgales efectiva protección”.¹⁴⁶

Respecto a este tema se debe distinguir si la adolescente internada dentro de alguna residencia o centro del SENAME se encuentra actualmente embarazada, o si ya es madre. Adicionalmente, se debe hacer otra distinción sobre los hijos e hijas de las madres adolescentes internadas: si nacieron antes o durante el ingreso de su madre al centro o residencia. Respecto a la madre, en ambos supuestos se contempla su ingreso y protección, pero, en lo tocante a los hijos, el protocolo de maternidad menciona que en el caso de aquellos que nacieron antes del ingreso de su madre a la residencia, se debe analizar su situación con el fin de establecer cuál es la mejor decisión para ese niño o niña, considerando su interés superior, y se debe informar al tribunal con competencia en materias de familia que haya ordenado el ingreso de la adolescente a la residencia, sugiriendo cuál es la elección que se evaluó como la más favorable para el hijo de ésta, las cuales pueden ser que el niño permanezca con su madre al interior de la residencia o con otros familiares, e incluso puede plantear la alternativa de adopción. Estas propuestas son entregadas por el equipo residencial al tribunal, y siempre será requisito indispensable para que dicha propuesta sea ejecutada, contar con una resolución judicial.¹⁴⁷

El protocolo de maternidad no hace mención al consentimiento de la madre adolescente, ni a su derecho a ser oída ni a participar en las decisiones que le competen en tanto madre de su hijo, permitiéndose

¹⁴⁴ (Departamento de Protección y Restitución de Derechos Servicio Nacional de Menores, 2016)

¹⁴⁵ (Departamento de Protección y Restitución de Derechos. Servicio Nacional de Menores, 2019)

¹⁴⁶ *Ibíd* pág. 12

¹⁴⁷ *Ibíd* pág. 14

incluso que el centro o residencia del SENAME plantee a un tribunal que el mejor interés de su propio hijo es la adopción. Tampoco se indican cuáles serían los presupuestos que se deben cumplir para plantear tal decisión al tribunal, ni cuáles son los criterios que se deben tener en cuenta, ni tampoco hace alusión a si debe considerarse efectivamente la opinión de la adolescente, lo cual es gravísimo y atentatorio contra una gran cantidad de derechos fundamentales, impidiéndole a la adolescente cumplir el rol de madre si es que desea hacerlo y al mismo tiempo le impide al hijo su derecho a vivir en familia. Si bien será un tribunal de justicia quien finalmente determine si debe separarse al hijo de su madre en base a su interés superior, es indispensable la participación de la adolescente en todo procedimiento que la involucre a ella y a su hijo. En este sentido, resulta imperativo que se incorpore un sistema de “verificación de estándares objetivos de interés superior (check list)”¹⁴⁸, que obligue a los organismos y/o instituciones que toman este tipo de decisiones, a “verificar elementos formales y objetivos de afectación al bienestar o el interés superior del niño, en base a criterios predeterminados por la ley”.¹⁴⁹

En relación con esto, es de suma importancia que en todos los protocolos de actuación se contemple la incorporación de los derechos de los NNA estipulados en la CDN de forma expresa, señalando por ejemplo cómo va a ejercer el NNA su derecho a ser oído, en qué instancias, quién lo escuchará, qué determinará su opinión, cómo se ponderará, etc., puesto que a quienes van dirigidos estos protocolos de actuación es justamente a las personas que estarán a cargo de los NNA al interior del SENAME, cualquiera sea la modalidad de cuidado alternativo.

Por otro lado, en el caso de los hijos o hijas de madres adolescentes que hayan nacido durante la estadía residencial de su madre, se deberá solicitar al tribunal con competencias en materias de familia una medida de protección al día hábil siguiente del nacimiento del niño.¹⁵⁰ En este caso, es indispensable que él bebe no sea separado de su madre, a fin de facilitar su alimentación y su desarrollo, así como también su proceso psicosocial y afectivo.

2.4.2. La paternidad invisibilizada

Respecto a la paternidad adolescente no existe ninguna mención en los diversos protocolos de actuación al interior del SENAME. Si bien el análisis de documentos, doctrina, jurisprudencia, normativa, etc., siempre nos dice algo sobre el tema, hay veces que la inexistencia nos dice mucho más. Y, ¿Qué nos dice este silencio? Nos dice por ejemplo que en la cultura chilena la paternidad es examinada y experimentada de una forma ausente; de manera accesoria y no como una cuestión notable en el desarrollo de nuestras vidas. Sobre esto, ¿Por qué es importante visibilizar a la paternidad adolescente

¹⁴⁸ (Espejo y Lathrop, 2015)

¹⁴⁹ *Ibíd* pág. 15

¹⁵⁰ *Ibíd* pág. 14

en la legislación nacional? Para poder responder esta pregunta, tenemos que hacernos una pregunta base; ¿Por qué es importante visibilizar a la paternidad?

Hace pocos años fue modificado el artículo 224 del Código Civil por la Ley N°20.680 que Introduce Modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados (de 21 de junio de 2013), introduciendo la figura de la corresponsabilidad parental que recién viene a subrayar, y más importante aún, a establecer como una responsabilidad y como una obligación de quienes tienen hijos, de hacerse cargo de ellos, con todo lo que esto implica. Se puede conceptualizar a la corresponsabilidad parental como “el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos”.¹⁵¹

También hace algunos años se introdujeron modificaciones a la normativa laboral chilena respecto a los permisos de post natal para los padres, por la Ley N°20.545 que Modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal (de 17 de octubre de 2011), otorgando, en el artículo 1 numeral 1, permisos pagados a los padres en caso de nacimiento de un hijo o en caso de adopción de un niño.

Y cómo no mencionar lo ocurrido el año 2020 con el retiro de fondos de las AFP, en que se estipuló por la Ley N°21.254 (Modifica la Ley N°19.968 Crea los Tribunales de Familia, para incorporar disposiciones transitorias de regulación de medidas de retención judicial de fondos previsionales y de suspensión de la tramitación de la solicitud de retiro de fondos en razón de deudas por obligaciones alimentarias (de 14 de agosto de 2020)), en su artículo único, que se podría retener el 10% que se permitía solicitar de los fondos previsionales, para aquellas personas que mantenían deudas por concepto de pensión de alimentos, generándose una oleada de solicitudes de retención. La gran mayoría de los deudores de alimentos que se vieron afectados por la retención eran los padres.¹⁵²

Todas estas situaciones dan razones para generar espacios legales y sociales en que se visibilice y se responsabilice a la paternidad en nuestro país, y ello debe partir desde las más tempranas edades. Como se puede observar, la legislación nacional comienza a incorporar responsabilidades paternas básicas hace muy pocos años, atentando en forma directa y expresa a la igualdad y no discriminación contra las madres, que debían y deben aún, tomar responsabilidades dobles, tanto en las relaciones personales de sus hijos e hijas como en las relaciones económicas, transformándose muchas veces en el único sustento económico de sus hijos.

¹⁵¹ (Lathrop, 2008)

¹⁵² (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Gobierno de Chile, 2020)

Y en el caso de la paternidad institucionalizada y/o de la paternidad de los adolescentes al interior del SENAME surgen diversas interrogantes, ya que no es tratada de la misma forma que a las madres adolescentes, notándose clara la discriminación, los roles de género y nuevamente, la invisibilidad de la paternidad, lo que parece ser el tópico de la manera en que se desarrolla la relación padre e hijo/a en nuestro país. Por esto es que no sabemos cómo puede ejercer un adolescente, que se encuentra en SENAME, su paternidad; si puede o no visitar a su hijo, si cumple o no con sus responsabilidades, ya que no existe normativa legal nacional sobre estas cuestiones y tampoco existe un protocolo oficial o normativa administrativa que resuelva estas interrogantes.

Sobre la maternidad y paternidad adolescente, la Asamblea General de Naciones Unidas ha señalado que se deberían ofrecer por los Estados programas de apoyo para los futuros padres y madres adolescentes y especialmente a aquellos que tengan dificultad para ejercer sus funciones parentales, cuyo objetivo sea otorgar a estas madres y padres adolescentes “la posibilidad de ejercer las funciones parentales en condiciones de dignidad y evitar que se vean inducidos a entregar la guarda de su hijo a causa de su vulnerabilidad.”¹⁵³

Es posible concluir que la maternidad y paternidad adolescente pueden transformarse o estructurarse como una cadena de vulnerabilidades; en primer lugar, puesto que los adolescentes llegaron al SENAME por vulneración grave de sus derechos, en segundo lugar, porque el hecho de ser madres y padres a edades tempranas implica de por sí un menoscabo en sus derechos, y en tercer lugar, el hijo de madre o padre adolescente también, por consecuencia de lo anteriormente mencionado, se encontrará en una situación vulnerable.

Todo ello hace necesario que se cree normativa especializada sobre la maternidad y paternidad adolescente institucionalizada, que permita tener claridad sobre cuáles son los derechos que poseen las madres y padres adolescentes, y cuáles son los mecanismos específicos que contribuirán a protegerlos y a ayudarlos en el desarrollo de sus vidas y de su responsabilidad parental.

2.5. Educación sexual. La consejería

Un tema interesante que es contemplado dentro del protocolo VIH es la llamada *consejería*, como parte de las actividades de promoción de salud sexual y prevención de VIH/SIDA. La consejería es definida por el Ministerio de Salud como un;

¹⁵³ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General (sobre la base del informe de la Tercera Comisión) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Naciones Unidas. A/RES/64/142. 24 de febrero de 2010

“proceso de comunicación interpersonal entre un/a profesional capacitado/a en consejería y un/a consultante, y/o usuario, basado en la escucha activa centrada en la persona, en el contexto de una relación de confianza, que desarrolla las capacidades y recursos personales para llevar a cabo su proceso de evaluación de riesgo y toma de decisiones en plena libertad, contacto con apoyo emocional especializado e información personalizada.”¹⁵⁴

Agrega el protocolo VIH que la consejería;

“(…) proporciona un medio para que las personas comprendan sus derechos y opciones respecto a la elección sobre cuándo y con quién tener relaciones sexuales, definir parámetros, tener relaciones sexuales seguras, y para vincularse al sistema de atención de salud y a los recursos existentes en el caso de una atención de salud específica.”¹⁵⁵

De esta forma, la consejería contempla varios conceptos relevantes, como el hecho de ser un proceso de comunicación entre una persona que necesita ayuda respecto a su salud sexual y reproductiva, y otra quien es un profesional en la materia, además este proceso de comunicación se basa en la escucha activa, lo que nos incorpora, pese a no ser mencionado expresamente, el derecho del niño a ser oído, y hace mención a la confianza como condición indispensable para este tipo de comunicación, pese a no hacer referencia expresa al derecho a la confidencialidad e intimidad.

El Decreto N°182 Reglamento del examen para la detección del virus de la inmunodeficiencia humana (de 9 de enero de 2007) menciona también a la consejería, señalando en su artículo 9 bis que la entrega del resultado del examen de detección del VIH para personas de edad igual o superior a 14 años y menores de 18, se hará *con consejería*. Conjuntamente, el artículo 9 bis distingue las materias sobre las cuales versará la consejería dependiendo de si el resultado del examen es positivo o negativo, señalando que si el resultado es positivo, la consejería involucrará explicar las consecuencias del resultado, los tratamientos disponibles y la necesidad de asistir a un centro de atención especializado. Y si el resultado es negativo, la consejería contemplará información sobre prevención, a efectos de evitar el contagio de ITS.

Para la realización de la consejería, será el o la adolescente quien determina si esta se hará con o sin presencia de su representante legal (artículo 9 bis Decreto N°182 Reglamento del examen para la detección del virus de la inmunodeficiencia humana (de 9 de enero de 2007)), lo cual refleja el reconocimiento de la autonomía del adolescente y su derecho a la intimidad.

¹⁵⁴ (Comisión Nacional del SIDA, 2002) citado en (Unidad de Salud, Dirección Nacional, Servicio Nacional de Menores, 2015)

¹⁵⁵ (Unidad de Salud, Dirección Nacional, Servicio Nacional de Menores, 2015)

La consejería también es un espacio mencionado dentro de los lineamientos en materia de sexualidad de los centros de internación provisoria y de los centros de régimen cerrado dentro del SENAME. Se señala la misma idea de ser una comunicación que se produce entre los adolescentes y el personal capacitado encargado de la salud de los centros, en virtud de la cual se “los escucha, informa y orienta en la temática de consulta brindando información amplia y clara considerando las necesidades y problemática en particular”¹⁵⁶ sobre materias relacionadas con su sexualidad.

Continuando con el análisis, se hace necesario realizarnos la pregunta de por qué es tan importante la consejería en tanto espacio de educación sexual. Tal como se señaló en su oportunidad, la educación sexual es la base para un ejercicio responsable de los DSR en todas las edades, pero mientras más temprana sea la introducción y la entrega de información sobre estos temas, más beneficioso será para las personas, ya que por un lado contribuye a que se conozca cómo ejercer de manera responsable y saludable la sexualidad y reproducción, y por otro lado ayuda a evitar situaciones de violencia sexual, estereotipos, roles de género, discriminación, etc. En efecto, el propósito de la educación sexual es que las personas eviten conductas que los ponen en riesgo, que afecten su salud física y psíquica y contribuye a que las relaciones con otras personas se generen en un ambiente de respeto por la dignidad de la otra, sin coacción ni violencia. Es por estas razones que la información que se debe entregar en este ámbito de consejería debe evitar que dichos conocimientos transmitan ideologías y/o formas de pensar de la persona adulta a cargo, y se debe tratar que la información se estructure en base a lo que la o el adolescente está solicitando.

Todo lo señalado es aún más fundamental en contextos de adolescentes que están al interior del SENAME, puesto que son personas que se encuentran alejados de su círculo más cercano, que usualmente serán sus padres o familia ampliada, además los NNA que ingresan a estas modalidades de cuidado alternativo lo hacen justamente porque se encuentran en una situación de vulneración de sus derechos e ingresan para su resguardo y protección. Por tanto, el ambiente que debe crearse al interior de estos espacios de consejería tiene que ser abierto, en un clima de confianza y de respeto por su autonomía, sus ideales, su forma de pensar, y sobre todo por su dignidad. Se debe evitar la intromisión en la esfera privada del adolescente que pueda traer como consecuencia un desistimiento de éste a continuar asistiendo a estos espacios de consejería que son tan relevantes al configurarse como una instancia de educación sexual dentro del SENAME.

¹⁵⁶ (SENAME, 2013)

2.6. Venusterio. Derecho de las y los adolescentes privados de libertad

El Venusterio puede definirse como un derecho que consiste en el “uso de un espacio destinado especialmente para el encuentro íntimo entre parejas, estando una o ambas personas privadas de libertad.”¹⁵⁷ En el caso de adolescentes privados de libertad, este derecho es contemplado por el Reglamento de la Ley N°20.084 (Decreto N°1378 Aprueba reglamento de la Ley N°20.084 que Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (de 25 de abril de 2007)). Dicho reglamento menciona al venusterio en su artículo 85 como *visitas íntimas*, señalando;

Tendrá derecho a hacer uso de visitas íntimas toda persona que haya cumplido 18 años, que esté casada o mantenga una relación afectiva de pareja y que no se encuentre gozando de alguno de los beneficios del artículo 124 de este reglamento.

En los mismos términos del inciso anterior, podrán acceder a las visitas íntimas, los adolescentes menores de 18 y mayores de 16 años, respecto de su cónyuge o pareja estable con hijos en común.

El artículo 86 del mismo reglamento establece las maneras en que se puede acreditar el vínculo mencionado en el artículo 85, determinando que puede probarse a través de certificado de matrimonio, certificado de nacimiento de los hijos en común, o mediante informe social emitido por un profesional de la unidad técnica del respectivo centro.

Respecto a la mención en el artículo 85 del artículo 124 del Reglamento, hay que señalar que este último se refiere a los permisos de salida, por tanto quienes gocen de permisos de salida, no tendrán derecho al venusterio.

El venusterio en definitiva es contemplado como un derecho que poseen las y los adolescentes privados de libertad, “(...) entendiéndose que el único derecho enajenado del adolescente en este contexto es el de la libertad de tránsito por el hecho de haber sido condenado a una pena privativa de libertad (...), sin embargo, todos los demás derechos permanecen intactos, entre ellos, el derecho a poder desarrollar una vida afectiva y sexual de acuerdo a la etapa del desarrollo evolutivo que atraviesa.”¹⁵⁸

Como se puede desprender del análisis de los artículos 85 y 86 mencionados, para que los adolescentes puedan hacer uso de este derecho deberán acreditar un vínculo, el cual es distinto para el caso de las personas mayores de 18 años de edad que para las menores de 18 años. En efecto, el artículo 85, respecto

¹⁵⁷ *Ibíd* pág. 34

¹⁵⁸ *Ibíd*.

de las personas mayores de 18 años, establece que los requisitos para ejercer el derecho al venustario son que la persona debe estar casada o mantener una relación afectiva de pareja y que no se encuentre gozando de alguno de los permisos de salida. En el caso de las y los adolescentes, se señala que podrán acceder en los mismos términos que para las personas adultas, pero *respecto de su cónyuge o pareja establece con hijos en común*. Por tanto, se les exige a los adolescentes que para hacer uso del venustario deban estar casados, ejerciendo este derecho respecto de su cónyuge, o bien tener una relación estable con hijos en común. Adicionalmente se deberán acreditar estos supuestos, mediante la forma que señala el artículo 86 transcrito.

Es importante poner énfasis en que de acuerdo a lo señalado por el artículo 4 sobre igualdad y no discriminación del Reglamento de la Ley N°20.084 (Decreto N°1378 que Aprueba Reglamento de la Ley N° 20.084 Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal (de 25 de abril de 2007)), las normas de dicho reglamento deben ser aplicadas de manera imparcial, sin discriminación de ningún tipo, por tanto, no podría impedirse que aquellos adolescentes con orientación sexual distinta a la heterosexualidad, puedan ejercer su derecho al venustario. Sin embargo, surge el conflicto de acuerdo a los requisitos que deben acreditarse para ejercer este derecho, ya que en nuestro país no pueden contraer matrimonio las parejas del mismo sexo y tampoco puede registrar a sus hijos en común en las respectivas actas de nacimiento, por lo que no podrían acreditar el vínculo mediante los documentos a y b que señala el artículo 86. Eventualmente podrían acreditar el c, pero como se mencionó, respecto de las y los adolescentes, su derecho al venustario está supeditado a que lo ejerzan respecto de su cónyuge o pareja estable con hijos en común, por lo que pese a existir el artículo 4 sobre igualdad y no discriminación, igualmente se obstaculiza severamente el derecho al venustario de las personas con orientación sexual diversa a la heterosexualidad.

Para concluir con este apartado sobre la manera en que ejercen sus DSR las y los adolescentes que se encuentran en sistemas de acogimiento, merece la pena señalar los conflictos a los cuales se enfrentan los adolescentes al ejercer estos derechos al interior del SENAME. Como se pudo observar existen varias deficiencias de la normativa, ya sea porque simplemente no existe o porque no contempla ni abarca las posibles situaciones en las cuales puede encontrarse un adolescente, además de no mencionar derechos y principios básicos de la CDN como el interés superior del niño, su derecho a ser oído, a participar, a la autonomía progresiva, a la dignidad, etc.

Por los argumentos dados en este apartado, es posible llegar a la conclusión que la normativa nacional contempla un sistema de protección abstracto de los DSR de los NNA institucionalizados, puesto que la normativa sobre este tema es escasa y no logra contribuir a que las y los adolescentes en sistemas de acogimiento puedan ejercer sus DSR de forma plena, responsable y satisfactoria.

2.7. Interrupción Voluntaria del Embarazo en SENAME

En el capítulo 2 revisamos la Ley N°21.030 que Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, de 23 de septiembre de 2017, y cuáles son los procedimientos que deben seguir las niñas y adolescentes que se encuentran en alguna de las situaciones que contempla la ley. Ahora bien, ¿Qué ocurre en el caso que estas niñas y adolescentes se encuentren en cuidado alternativo? Lo analizaremos en este apartado.

En primer lugar, hay que señalar que actualmente se contemplan dentro de los documentos y orientaciones técnicas de SENAME (disponibles en su página web), dos protocolos específicos que se refieren a la IVE de niñas y adolescentes; uno para el caso de las Residencias de Alta Especialidad y el otro para las Residencias Familiares de Administración Directa. Ambos denominados *Protocolo: Acceso a prestaciones de Ley para la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales*¹⁵⁹ (en adelante “protocolo IVE”). Cabe agregar que no se especifica la fecha en que se emitieron los respectivos documentos, presumiéndose que fue posterior al 23 de septiembre de 2017, fecha en que se publica la respectiva ley.

El primero de los protocolos IVE señala que en aquellos casos en que un médico cirujano determina que una niña o adolescente se encuentra en alguna de las causales que contempla la Ley N°21.030, deberá, junto con la cuidadora diurna y el gestor terapéutico de la residencia, presentar a la niña o adolescente sus alternativas, vale decir, explicarle que puede decidir continuar con su embarazo o bien interrumpirlo, junto a otorgarle información respecto al procedimiento médico. Adicionalmente, se consulta a la adolescente si desea informar sobre su situación a un familiar, a su curador ad litem o a un adulto de referencia, prohibiéndose informar a terceros sin la autorización de la adolescente.

En caso que la niña o adolescente decida interrumpir su embarazo, el gestor terapéutico o trabajador social de la residencia, deberá realizar las gestiones necesarias ante el Servicio de Salud correspondiente a fin de proporcionar las atenciones pertinentes. Posteriormente, el protocolo IVE entrega diferentes pasos a seguir dependiendo de la situación; niñas menores de 14 años o adolescentes entre 14 y 18 años.

Para el caso de niñas menores de 14 años que quieran interrumpir su embarazo encontrándose dentro de las causales contempladas en la ley, recordemos que se requiere, además de su consentimiento, el de su representante legal, o de uno de ellos, a elección de la niña, si tuviere más de uno. Para el caso de las niñas que se encuentran en cuidado alternativo, el protocolo IVE señala que quien debe otorgar la respectiva autorización es el Director/a de la Residencia, ya que de acuerdo al artículo 57 de la Ley N°16.618 Ley de Menores, de 8 de marzo de 1967, y al artículo 21 de la Ley N°20.032 que Establece

¹⁵⁹ (SENAME, s.f.)

Sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del Sename, y su régimen de subvención, de 25 de julio de 2005, el Director/a de la residencia es quien asume el cuidado personal del NNA. Sin embargo, es necesario hacer algunos matices relevantes, puesto que si bien es el Director/a quien tiene el cuidado personal, este tipo de cuidado personal no le otorga “atribuciones patrimoniales ni de representación legal, debiendo, si desea ejercerlas, propiciarse el otorgamiento de guardas”.¹⁶⁰ La representación legal de los NNA en cuidado alternativo la siguen teniendo sus padres o madres, en consecuencia, serán ellos quienes deberán otorgar la autorización para la IVE de su hija, ya que la ley exige que quien debe otorgar dicha autorización sea su representante legal.

En este sentido, resulta indispensable tener claridad respecto de quien es la persona que puede otorgar o denegar su autorización para la realización de la IVE en niñas, ya que es un proceso que debe necesariamente ser rápido para que sea eficaz. Pese a ello, el protocolo IVE no entrega información completa y veraz, puesto que en este caso, se estaría vulnerando la ley si es que el Director/a de la residencia entregara su consentimiento para realizar la IVE de la niña a su cuidado, no siendo el representante legal de esta. Generándose confusiones que pueden obstaculizar este derecho de las niñas en cuidado alternativo.

Con respecto a la segunda situación, esto es, el caso de las adolescentes, debemos recordar que la Ley N°21.030 señala que la voluntad de interrumpir el embarazo manifestada por una adolescente deberá ser informada a su representante legal, y si tuviera más de uno, solo se informará al que ella señale. Por tanto, para el caso de las adolescentes en cuidado alternativo que deseen someterse a la IVE encontrándose en alguna causal contemplada en la ley, su decisión será informada a su representante legal, sea su padre, madre o guardador, si es que se le ha nombrado alguno.

Adicionalmente, hay que recordar que para el caso de las adolescentes, la Ley N°21.030 señala que si a juicio del equipo de salud existen antecedentes para estimar que comunicar dicha decisión al representante legal de la adolescente puede traerle algún tipo de riesgo a su integridad, se puede prescindir de dicha comunicación, y es su lugar, se informará al adulto familiar que la adolescente indique y, en caso de no haberlo, al adulto responsable que ella señale. Es relevante destacar este punto, ya que solo frente a este caso la ley permite comunicar dicha decisión a una persona distinta del representante legal, sin embargo no define que debe entenderse por adulto familiar o adulto responsable.

Continuando con el análisis del protocolo IVE, este establece que el cuidador/a de referencia de la niña o de la adolescente, deberá acompañarla a todas las consultas médicas y durante todo el procedimiento.

¹⁶⁰ (Lathrop, 2020)

Y si la niña o adolescente cuenta con curador ad litem, se le deberá informar sobre el proceso y si ella lo requiere, podrá también acompañarla durante el mismo.

Resulta importante destacar que el equipo técnico de la residencia, deberá informar de la realización de la IVE, tanto al tribunal con competencia en materias de familia respectivo como a la residencia de origen, al programa o proyecto interventivo ambulatorio que esté brindando atención a la niña o adolescente.

En cuanto al protocolo IVE para el caso de las Residencias Familiares de Administración Directa, este es muy similar al protocolo previamente analizado, sin embargo, hace referencia únicamente al caso de adolescentes.

En resumen, si una niña menor de 14 años en cuidado alternativo desea interrumpir su embarazo deberán seguirse los siguientes pasos:

1. Constatar la existencia de la causal por el personal médico respectivo.
2. Explicarle a la niña sus opciones; continuar o interrumpir el embarazo, junto a las implicancias de aquello.
3. Una vez que la niña decida interrumpir su embarazo, se requerirá del consentimiento de su representante legal.
4. Otorgado el consentimiento, el gestor terapéutico o trabajador social de la residencia deberá realizar las gestiones ante el Servicio de Salud para atender a la niña de manera oportuna.
5. El cuidador de referencia de la niña deberá acompañarla durante todo el procedimiento, junto al curador ad litem, si así lo decide ella.
6. Una vez finalizado el procedimiento, la/el técnico de enfermería y enfermero/a de la residencia, deberá dar continuidad a los cuidados de la niña.¹⁶¹
7. Información al tribunal con competencia en materias de familia y al equipo técnico de la residencia, sobre el procedimiento realizado.

Para el caso de las adolescentes:

1. Constatar la existencia de la causal por el personal médico respectivo.
2. Explicarle a la adolescente sus opciones; continuar o interrumpir el embarazo, junto a las implicancias de aquello.

¹⁶¹ El protocolo IVE analizado menciona solo a las adolescentes al señalar los cuidados post IVE, sin embargo, es probable que los cuidados para las niñas que se someten a la IVE, también se encuentre a cargo del personal médico de la residencia o centro en que ella se encuentra.

3. Una vez que la adolescente decida interrumpir su embarazo, se comunicará la decisión al representante legal.
4. El gestor terapéutico deberá realizar las gestiones ante el Servicio de Salud para atender a la adolescente de manera oportuna.
5. El cuidador de referencia de la adolescente deberá acompañarla durante todo el procedimiento, junto al curador ad litem, si así lo decide ella.
6. Una vez finalizado el procedimiento, la/el técnico de enfermería y enfermero/a de la residencia, deberá dar continuidad a los cuidados de la adolescente.
7. Información al tribunal con competencia en materias de familia y al equipo técnico de la residencia, sobre el procedimiento realizado.

3. Violencia sexual

En el análisis de este apartado es importante comenzar por señalar la forma en que la CDN consagra el derecho de los NNA a una vida libre de violencia, que resulta ser una garantía compuesta¹⁶² que involucra, entre otros, a los siguientes derechos consagrados por la CDN¹⁶³: 1. El derecho a la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 31 letra a); 2. El derecho a ser protegido frente a toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (artículo 19); 3. El derecho a ser protegido frente a toda forma de explotación y abuso sexual (artículos 19 y 34); 4. El derecho a ser protegido contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, e impedir que se use a los NNA en la producción y el tráfico ilícito de sustancias (artículo 33) y 5. El derecho a estar protegido contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar (artículo 36).

En ciertos casos se dificulta la detección de la violencia, ya sea porque no hay una única forma de ejercerla, o debido a que es normalizada por la sociedad y la cultura imperante, perpetrando conductas agresivas que terminan por menoscabar los derechos fundamentales de las personas. Tratándose de NNA la situación es muchísimo más grave, porque a todas estas formas diversas de violencia y normalización social y cultural, se agregan el silencio y la impotencia. En el caso de la violencia que se ejerce contra los NNA el silencio es consecuencia de la dificultad y a veces incluso incapacidad de comunicarse, debido por un lado a la complejidad al expresar sentimientos y por otro lado, a la confusión al intentar

¹⁶² (MacDonald, 2011) citado en (Espejo, 2015)

¹⁶³ Cfr. con (Espejo, 2015)

comprender aquello que les está sucediendo, lo que conlleva un sentimiento de impotencia, rabia, resentimiento y confusión constante, al no poder defenderse o pedir ayuda.

Una de las formas en que se puede contribuir desde el punto de vista normativo, a detener el ejercicio de la violencia en general, y en particular a detener la violencia contra los NNA, es contar con definiciones claras sobre tipos de violencia.¹⁶⁴ En este sentido también se expresa el autor Nicolás Espejo, quien señala que “La naturaleza amplia y comprensiva de la “violencia contra los niños” requiere una conceptualización más precisa de ella, capaz de dar cuenta de las distintas formas que toma (muchas de ellas invisibilizadas).”¹⁶⁵ De esta manera, al tipificar los tipos de ejecución de la violencia, se contribuirá a evitarlas, al conocer las conductas y modificarlas o simplemente no tolerarlas.

En este apartado en particular, se abordará una de las formas en que se efectúa la violencia, que guarda directa relación con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, cual es la violencia sexual. Para comenzar es importante definir qué se entiende por violencia sexual;

“Violencia sexual: aquella violencia que se ejerce mediante presiones físicas o psíquicas que pretenden imponer una relación sexual no deseada mediante coacción o intimidación. La violencia sexual abarca el sexo bajo coacción de cualquier tipo incluyendo el uso de fuerza física, las tentativas de obtener sexo bajo coacción, el acoso sexual incluyendo la humillación sexual, el matrimonio o cohabitación forzados, la prostitución forzada, el aborto forzado, la denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar medidas de protección contra enfermedades, y los actos de violencia que afecten a la integridad sexual de las mujeres tales como la mutilación genital femenina y las inspecciones para comprobar la virginidad.”¹⁶⁶

Sobre este punto es importante recordar que en el primer capítulo de esta memoria se mencionaron tres derechos humanos que se relacionan directa y expresamente en el ejercicio y reconocimiento de los DSR, y en particular, respecto al derecho a la libertad, se mencionó que abarca el derecho a vivir libre de violencia, entre la que se incluye como un tipo de violencia, a la sexual. Este derecho a vivir libre de violencia sexual se puede estructurar como el derecho a la indemnidad e integridad sexual.

Para comenzar, se debe comprender una diferenciación entre los conceptos de libertad sexual y de indemnidad sexual. El profesor Juan Pablo Mañalich explica la diferenciación de conceptos en base al

¹⁶⁴ En este mismo sentido se expresa Comité de los Derechos del Niño; Observación General N° 13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011. Párr. 18

¹⁶⁵ (Espejo, 2015)

¹⁶⁶ (CulturaSalud y SENAME, 2011)

tipo de delitos; aquellos delitos cuya víctima solo puede ser una persona de 14 años o más, se categorizan como delitos contra la libertad sexual, y si la víctima posee 14 años o menos, se denominan delitos contra la indemnidad sexual.¹⁶⁷

Estos conceptos y su diferenciación son muy relevantes para comprender el marco normativo en que se sitúa a la violencia sexual en Chile respecto a los NNA. Ya que de acuerdo a lo señalado, el ejercicio de ciertos tipos de violencia sexual se traduciría por un lado, en delitos contra la *libertad sexual*, como por ejemplo la violación y el abuso sexual a personas mayores de 14 años, y por otro lado se traducirían en delitos contra la *indemnidad sexual* como la violación y el abuso sexual a personas menores de 14 años. Esta distinción evidencia que para el legislador chileno solo son capaces de ejercer su libertad sexual, las personas mayores de 14 años, y por tanto quienes no posean dicha edad deben ser protegidos y alejados de toda forma de contacto sexual.

Es necesario realizar además una subdistinción, puesto que el derecho chileno, pese a considerar capaces de ejercer su libertad sexual a las personas mayores de 14 años, realiza otra particularidad para aquellas que poseen entre 14 y 18 años de edad. En efecto, las personas mayores de 14 pero menores de 18 años, quedan igualmente sometidas a una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico chileno, en atención a su particular vulnerabilidad que se asocia en este caso al ejercicio temprano de su sexualidad. Esta protección intensificada se hace operativa mediante la prohibición de contacto sexual que se produzca a través de abuso de anomalías, perturbaciones mentales, relaciones de dependencia, situación de grave desamparo o abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual.¹⁶⁸

En definitiva, existe de parte del legislador chileno una preocupación especial cuando se trata del contacto sexual en NNA. Por un lado, respecto a las personas menores de 14 años, el legislador busca inhibirlos de todo contacto sexual, a través de la tipificación de delitos que protegen el bien jurídico *indemnidad sexual*, la que parece entender más bien como *intangibilidad sexual*. Y, por otro lado, en lo tocante a las personas mayores de 14 años pero menores de 18, el legislador, si bien les reconoce una mayor esfera de libertad sexual, igualmente contempla una protección reforzada, ya que no desconoce que pese a esta esfera de libertad, aún se encuentran en una situación de dependencia o vulnerabilidad frente a otras personas.

Estos temas tienen un asidero particular para el caso de los NNA que se encuentran en SENAME, como puede observarse en algunas querellas interpuestas por la Defensoría de la Niñez durante el año 2020. En efecto, en abril del año 2020 la Defensoría de la Niñez interpuso una querella denunciando

¹⁶⁷ (Mañalich, 2014)

¹⁶⁸ *Ibíd* pág. 26-27

explotación sexual dentro de un centro dependiente del SENAME, la querrela especifica que la directora del recinto colaborador del SENAME ubicado en la comuna de Hualpén, permitía la realización de abusos y violaciones sexuales a los niños del centro, a cambio de donaciones;¹⁶⁹ en septiembre del año 2020 la Defensoría de la Niñez interpuso un recurso de protección por explotación sexual infantil en una de las residencias del SENAME en Talca, específicamente en el CREAD Entre Silos,¹⁷⁰ además de interponer una querrela por abuso sexual cometido por una trabajadora contra un adolescente de 15 años al interior de la Residencia Carlos Macera del SENAME, en Talcahuano.¹⁷¹

A lo expresado, podemos añadir el embarazo adolescente producto de violación sexual, como una de las maneras más terribles en que se manifiesta este desamparo, vulnerabilidad y violencia al interior del SENAME. De acuerdo a las cifras del mismo SENAME correspondientes al año 2014, entre el año 2012 y 2013, de las niñas y adolescentes víctimas de violación que ingresaron a SENAME, 58 de ellas se encontraba embarazada al tiempo de ingresar, 8 de ellas tenía entre 11 y 12 años de edad.¹⁷²

Con respecto a este asunto, es importante mencionar que Chile ha ratificado el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (de 22 de abril de 2002), a través del Decreto N°225 (Promulga el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, con su corrección a la letra B) del artículo 7, de 6 de septiembre de 2003) generando obligaciones directas para el Estado chileno producto tanto de la ratificación de la CDN como de este Protocolo Facultativo.

4. Adolescentes en SENAME y sus derechos sexuales y reproductivos. Deuda del Estado chileno con los NNA institucionalizados

En este subapartado se analizará el Informe realizado por el Comité de los Derechos del Niño a Chile sobre una investigación realizada debido a denuncias por grave vulneración de derechos de los NNA que se encuentran ingresados en algún centro o residencia del SENAME, realizado el año 2018 (en adelante “el informe del Comité” o “el informe”), en virtud del artículo 13 del Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (de 27 de enero de 2012). Este artículo se enmarca dentro del procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas de derechos y señala, en sus primeros dos párrafos, lo siguiente;

¹⁶⁹ (El Desconcierto, 2020)

¹⁷⁰ (T13, 2020)

¹⁷¹ (T13, 2020)

¹⁷² (Dides y Fernández, 2016) de acuerdo a cifras de DEPLAE SENAME, 2014.

1. El Comité, si recibe información fidedigna que indique violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía o a la participación de niños en los conflictos armados, invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sin dilación sus observaciones al respecto.

2. El Comité, teniendo en cuenta las observaciones que haya presentado el Estado parte de que se trate, así como cualquier otra información fidedigna que se haya puesto a su disposición, podrá designar a uno o más de sus miembros para que realicen una investigación y le presenten un informe con carácter urgente. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio de este.

Hay que agregar que Chile ratificó este Protocolo Facultativo el 1 de septiembre del año 2015, siendo por tanto plenamente aplicable a su respecto el artículo 13 mencionado. En el marco de este artículo es que se inserta este informe, ya que el 22 de julio del año 2016 el Comité de los Derechos del Niño recibió una solicitud de investigación que guardaba relación con los NNA al interior de centros residenciales del SENAME, en consecuencia, se solicitó que Chile presentara sus observaciones, lo cual hizo el 18 de mayo del año 2017, posteriormente el Comité decide realizar una investigación sobre la potencial grave y sistemática violación de la CDN, lo que implicó además la visita al país de dos expertos designados por el Comité y autorizados por Chile, la que se realizó entre los días 8 y 12 de enero de 2018¹⁷³.

El Comité en este informe menciona que han existido denuncias previas por mal funcionamiento y por vulneración de derechos de los NNA institucionalizados, dentro de las cuales destaca el Informe Jeldres, el Informe de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados sobre el SENAME, ambos del año 2013, las actas de las comparecencias y documentos presentados a la Segunda Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados sobre la situación de SENAME entre los años 2016 y 2017 y el Informe INDH del año 2018.

Añade el Comité su preocupación sobre el personal que trata a los NNA al interior del SENAME, determinando que existe insuficiencia e incapacidad del personal de la institución, tanto en lo atinente a

¹⁷³ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Naciones Unidas. CRC/C/CHL/INQ/1. 1 de junio de 2018

las labores de supervisión, cuidadores de trato directo y equipos profesionales, agregando que resulta insuficiente que a los trabajadores de trato directo se les exija solo 4° medio.¹⁷⁴

Como se señaló en su oportunidad y como bien destaca el Comité en este informe, los cuidadores a cargo de los NNA al interior del SENAME no están lo suficientemente preparados ni son la cantidad suficiente para poder cuidar y hacerse cargo de los niños, teniendo en cuenta que no se exige ninguna aptitud ni cualificación profesional para ejercer como funcionario o funcionaria de trato directo.

Este tema ha sido materia de particular interés por la Asamblea General de Naciones Unidas que indicó en el año 2010, que debe dedicarse especial preocupación a la calidad del cuidado alternativo que se está prestando, cualquiera sea este (residencial o familiar), en particular, en lo que respecta a las “aptitudes profesionales, la selección, la formación y la supervisión” de quienes están a cargo de los NNA en sistemas de acogimiento.¹⁷⁵

Adicionalmente, de acuerdo a lo señalado en el informe del Comité, entre un 35% y un 44% de los NNA que ingresan a alguna modalidad de cuidado alternativo no llegan con un historial médico, o si bien lo poseen este se encuentra incompleto y no actualizado, dificultando enormemente tener conocimiento sobre su estado de salud, los medicamentos que utilizan o que podrían eventualmente utilizar, o por el contrario cuales no podrían ingerir. Incluso, de acuerdo al mismo informe, los cuidadores o funcionarios de trato directo le administran medicamentos a los NNA sin supervisión médica, muchas veces con el único propósito de tranquilizar a los NNA.

En base a estas consideraciones expuestas, el Comité concluye que Chile viola el artículo 24 de la CDN debido principalmente a; la falta de diagnóstico de la salud de los NNA, las limitaciones existentes en el acceso a servicios de salud mental, la falta de capacidad y control en el personal de trato directo en la distribución arbitraria de psicofármacos y la falta de programas, protocolos, seguimiento y evaluación.¹⁷⁶

Respecto al derecho a la vida, supervivencia y desarrollo el Comité observa con preocupación las cifras suministradas por SENAME, correspondientes a los años 2005 al 2016, determinando que fallecieron en centros residenciales 210 NNA y solo en el año 2016 se reportaron 46 fallecimientos. Agrega el informe que se efectuaron indagaciones de parte de la Fiscalía, las cuales evidencian que gran parte de las causas de estas muertes de los NNA se deben a graves negligencias por parte del personal responsable del

¹⁷⁴ *Ibíd* pág. 7, párr. 35

¹⁷⁵ Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General (sobre la base del informe de la Tercera Comisión) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Naciones Unidas. A/RES/64/142. 24 de febrero de 2010. Pág. 13-14

¹⁷⁶ Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Naciones Unidas. CRC/C/CHL/INQ/1. 1 de junio de 2018. Pág. 13-14

cuidado de los NNA. Lo cual denota una grave vulneración a los derechos de los NNA que se encuentran en modalidades de cuidados alternativos en SENAME, sobre todo en lo a que su salud respecta.

Por otro lado, el informe hace referencia a la explotación y los abusos sexuales, indicando que estos constituyen la segunda o tercera causa de ingreso de los NNA a cuidados alternativos en SENAME. Menciona igualmente diversas investigaciones realizadas durante el año 2012 tanto del poder judicial, procuraduría y del INDH, que han expuesto casos de violencia sexual tanto entre los mismos NNA, como entre trabajadores de los centros y NNA, además de explotación sexual de los NNA por adultos. Alude al Informe Jeldres en el que se consignó un alto número de abusos sexuales, destacando a modo de ejemplo, la residencia Ajllasga de Arica, en que existía una red de prostitución infantil afectando a 24 niñas, que culminó con la formalización por explotación sexual infantil de dos trabajadores del hogar.¹⁷⁷

El Comité sobre este tema determinó que Chile viola el artículo 34 de la CDN por; no prevenir el ejercicio de violencia sexual contra los NNA, no actuar de manera oportuna cuando dicha violencia es conocida, la inexistencia o no aplicación de protocolos específicos sobre el manejo y prevención de situaciones de abuso sexual y la falta de capacidad del personal en la prevención del abuso sexual.¹⁷⁸

Para concluir, es relevante tener en cuenta que dentro de los derechos y principios relevantes contemplados por la CDN, que se tienen en consideración cuando se trata de NNA en sistemas de acogimiento, está el artículo 20 de la CDN, el cual le impone una obligación al Estado de brindar protección y asistencia de carácter especial a los NNA que se encuentran privados de cuidados parentales o familiares. Determinando el margen general de responsabilidad que posee el Estado Parte, en este caso el chileno, al ratificar la CDN. Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño precisa la responsabilidad del Estado Parte, estableciendo que en el caso de los NNA *no acompañados*, haciendo alusión a aquellos NNA alejados de su familia de origen o privados de cuidados parentales, su cuidador de facto es el Estado,¹⁷⁹ lo que tiene enorme importancia en tanto la responsabilidad que a este le cabe con los NNA privados de cuidados parentales y/o en situación de grave vulneración de derechos. De acuerdo con esta precisión, se puede concluir que los NNA siempre deben tener un cuidador/a, vale decir, una persona responsable de ellos, y a falta de esta persona, siempre la responsabilidad recae en el Estado, independientemente de si este delega su responsabilidad en organismos privados.¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Ibíd* pág. 15

¹⁷⁸ *Ibíd* pág. 15

¹⁷⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011. Párr. 33

¹⁸⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°16 Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/16. 17 de abril de 2013

Particularmente, sobre los DSR, no hay normas legales específicas sobre el acceso de los NNA a sistemas de salud sexual y reproductiva al interior del SENAME, si bien existen los protocolos que fueron analizados a lo largo de este capítulo, ellos son del todo insuficientes para poder reconocer y garantizar estos derechos a los NNA. Primero, porque no se trata de normas legales, que posean las garantías propias de este tipo de normas en un Estado de Derecho, más bien se trata de una suerte de guía de buen funcionamiento dentro de los distintos sistemas de cuidado alternativo al interior del SENAME, y en tanto tales no es posible exigir su cumplimiento o denunciar sus transgresiones ante un tribunal de justicia, sin perjuicio de poder denunciar todo tipo de vulneraciones mientras se enmarquen dentro del supuesto de hecho de otra norma que permita accionar ante la justicia. Por esto, se hace vital la creación de normativa legal expresa, que incorpore estos supuestos para que sean conocidos tanto por la ciudadanía en general, incluyendo especialmente los organismos a cargo de los NNA institucionalizados, como por los mismos niños, para que efectivamente se pueda hacer valer sus derechos, ya que como se pudo observar, en lo tocante al ejercicio de los DSR en específico, los NNA institucionalizados deben, por así decirlo, apelar a la buena voluntad del personal a cargo para ejercer sus derechos, sea el personal de salud o el Director/a del establecimiento en el cual residen. Tampoco existe un mecanismo, organismo o persona a cargo, a quien puedan recurrir los NNA para solicitar en forma directa acceder a estos recursos o establecimientos. Sobre este punto sería considerable contar con un Defensor del Niño, que se encuentre totalmente a disposición de las necesidades particulares de los NNA en estas áreas, principalmente el área de salud, que engloba la gran mayoría de los DSR, de forma que se garantice el reconocimiento y el ejercicio de estos derechos para los NNA al interior del SENAME, cualquiera sea el tipo de dependencia.

Con respecto a la creación de normativa, es primordial que se elabore teniendo en consideración la eliminación de la implementación de “procedimientos talla única”¹⁸¹ para los NNA institucionalizados; que hace referencia a proponer un mismo modelo de acción para todos los NNA al interior de los diferentes centros o modalidades de cuidados alternativos que posee el SENAME, olvidando la idea de que los NNA son sujetos heterogéneos con vivencias distintas. Pese a que el SENAME tiene diferentes modalidades de cuidado alternativo, que se especializan en NNA determinados de acuerdo a sus necesidades, igualmente los protocolos de actuación de cada centro son prácticamente idénticos, al menos los analizados en este capítulo no guardan mayores diferencias o lisa y llanamente son idénticos.

Esta es una de las grandes deudas que tiene Chile con los NNA en sistemas de acogimiento desde el punto de vista analizado a lo largo de esta memoria, que es el normativo; faltan normas, leyes, reglamentos, escasean normas administrativas específicas, en fin, falta voluntad legislativa y política

¹⁸¹ (De la Iglesia y Di Iorio, 2006)

para contribuir a la eliminación o reducción de la vulnerabilidad de los NNA al interior del SENAME y para comprenderlos como sujetos plenos de derechos. Y para asimilar que no se trata de caridad, sino de una obligación jurídica del Estado chileno de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los NNA.¹⁸²

¹⁸² Cfr. con Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Naciones Unidas. CRC/C/CHL/INQ/1. 1 de junio de 2018. Pág. 8

CONCLUSIONES

Esta memoria buscó analizar la forma en que se reconocen e incorporan por la legislación nacional, a los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescente, partiendo de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente ciertos tratados internacionales que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes, como la Convención Sobre los Derechos del Niño y la CEDAW, a efectos de determinar la obligación del Estado Chileno de reconocer estos derechos para las y los adolescentes. Seguidamente, se estudió la normativa nacional sobre el tratamiento dado a la capacidad jurídica de los NNA en general y de los adolescentes en particular, junto a la manera en que el ordenamiento jurídico les reconoce autonomía, y finalmente el rol que poseen sus progenitores, vislumbrando la forma en que estas importantes instituciones se conjugan para facilitar el reconocimiento y ejercicio de los DSR de los adolescentes, o bien si se conjugan para obstaculizar su reconocimiento y ejercicio, efectuando un análisis comparado con la nación argentina. Finalizando con la investigación del modo en que los DSR son reconocidos a las y los adolescentes institucionalizados, y la manera en que ejercen estos derechos.

Al efectuar dicho análisis, he querido destacar en primer lugar, la importancia de reconocer a los DSR de las y los adolescentes, como parte del derecho a la salud de estos, principalmente, pero también de otros derechos humanos, como la libertad y la igualdad. Adicionalmente, se concluye de lo investigado, lo siguiente:

1. Resulta fundamental abordar de manera directa por la legislación nacional, tanto temáticas contingentes, como embarazo adolescente, VIH y educación sexual integral, como el ejercicio diario de estos derechos que les facilite a los adolescentes el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva incluyendo servicios de salud mental, cuyo tratamiento vea reflejado la condición de sujetos de derechos de las y los adolescentes, respetando su dignidad intrínseca. Para esta labor será fundamental tener en mira al DIDH, que ha servido de base para realizar esta investigación.
2. En cuanto al régimen de capacidad jurídica en nuestro derecho, este parece desconocer la distinción entre capacidad extrapatrimonial y patrimonial, utilizando las mismas instituciones para la realización de actos cuya naturaleza es diversa.
3. La normativa nacional contempla criterios rígidos para determinar la capacidad de los NNA, ciñéndose únicamente a la edad de la persona, sin tomar en consideración uno de los principios más relevantes instaurados por la CDN; la autonomía progresiva. Desconociendo que la idea matriz detrás de dicho principio es permitirle a los NNA ejercer sus derechos conforme a su edad

y madurez, de manera progresiva, para que lleguen al punto de poder ejercer sus derechos por sí mismos. En este sentido, se hace imperativo que la normativa chilena se adapte a lo estipulado por la CDN, adhiriendo a criterios más flexibles para determinar la capacidad de los NNA.

4. Resulta muy útil tener a la vista la legislación argentina sobre estos temas, sobre todo en lo referente al tratamiento normativo que efectúa sobre la capacidad jurídica, la autonomía y el rol de los progenitores, y a modo general, al tratamiento sobre el derecho a la disposición del propio cuerpo. Primeramente, porque su legislación es acorde con los postulados de la CDN, comprendiendo con criterios flexibles la determinación de la capacidad de los NNA, contemplando que para el ejercicio de los derechos personalísimos de disposición del propio cuerpo, los adolescentes a partir de los 13 años pueden ejercer ciertos actos por sí mismos, y desde los 16 años, se consideran como adultos para este tipo de actos, no requiriendo para ejercerlos ni la autorización ni representación de otra persona. Conjuntamente, la normativa argentina, logra un equilibrio entre la autonomía de las y los adolescentes y el rol que se les otorga a sus padres, respetando la autonomía de los primeros, sin desprotegerlos.
5. Respecto a las y los adolescentes institucionalizados, esta memoria buscó indagar cuáles son los problemas a los que se enfrentan, y evidenciar las problemáticas que la normativa debe contemplar. En este sentido, son varias las aristas que quedan por resolver y trabajar, debido a la inexistencia de normas legales específicas que contemplen la situación particular de los adolescentes en sistemas de acogimiento. Si bien existen protocolos sobre ciertos temas, ellos no logran ser suficientes para contribuir al ejercicio de estos derechos al interior de los diferentes centros y residencias.
6. El análisis realizado, puso en evidencia la ausencia de preocupación del Estado chileno por regular el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes que se encuentran al interior del SENAME, más aun, el país viola varios derechos de los NNA que guardan relación con sus DSR, como lo es el derecho a la salud, al no incorporar profesionales capacitados en el área, ni en cantidad ni en calidad, que logren satisfacer las necesidades de los NNA en su atención en salud, además de no poseer un expediente médico actualizado de cada NNA a su cuidado, que permita conocer su estado de salud, los fármacos que necesita, etc.
7. A modo general, resulta relevante evidenciar el tratamiento paternalista del régimen jurídico para los NNA en general y para las y los adolescentes en particular, que se vislumbra en el tratamiento que se les otorga, designándolos como “incapaces”.

8. Se debería replantear la nomenclatura utilizada para designar a aquellas personas a quienes se les debe dar un tratamiento diferenciado en atención a sus particularidades. De esto modo, resulta primordial para ser congruente con la dignidad que se debe reconocer a todo ser humano eliminar la designación de *incapaces*.

Para concluir con este trabajo, es importante señalar que en el marco del actual proceso constituyente resulta urgente tener en vista las consideraciones planteadas, ya sea por la inclusión de los derechos sexuales y reproductivos de forma expresa en la Constitución, como por la incorporación de la infancia y la adolescencia en la Carta Magna, junto a la dignidad como parte de la comprensión y el trato hacia los niños, niñas y adolescentes, que incluye evidentemente el tratamiento normativo que debe exigirse para examinar estas cuestiones. La dignidad “exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como ser humano único y valioso con su personalidad propia, sus necesidades específicas, sus intereses y su privacidad”.¹⁸³

¹⁸³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011. Párr. 3

BIBLIOGRAFÍA

1. Fuentes normativas

1.1. Normativa Argentina

Código Civil de la República Argentina. Promulgado el 29 de septiembre de 1869 y en vigencia desde el 1 de enero de 1871.

Código Civil y Comercial de la Nación. República Argentina. 8 de octubre de 2014.

Decreto N°1282/2003 (26 de mayo de 2003) que constituye el Reglamento de la Ley N°25.673 Créase el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

Ley N°418 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 21 de julio de 2000.

Ley N°439 Modifica a la ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2 de agosto de 2000.

Ley N°23.798 Declárese de interés nacional a la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 20 de septiembre de 1990.

Ley N°24.742 Comité Hospitalario de Ética. Funciones. Integración. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 23 de diciembre de 1996.

Ley N°25.543 Establécese la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada. Consentimiento expreso y previamente informado. Cobertura. Establecimientos asistenciales. Autoridad de aplicación. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 9 de enero de 2002.

Ley N°25.673 Créase el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud. Objetivos. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 22 de noviembre de 2002.

Ley N°26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 24 de octubre de 2006.

Ley N°26.529 Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 20 de noviembre de 2009.

Ley N°26.743 Establécese el derecho a la identidad de género de las personas. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 24 de mayo de 2012.

1.2. Normativa Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada el 22 de noviembre de 1969. OEA.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Adoptada 20 de noviembre de 1989. Asamblea General de Naciones Unidas. ONU.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada el 18 de diciembre de 1979. Asamblea General de las Naciones Unidas. ONU.

Declaración de Ginebra. Sociedad de Naciones. 26 de diciembre de 1924.

Declaración de los Derechos del Niño. Adoptada el 20 de noviembre de 1959. Asamblea General de Naciones Unidas. ONU.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada el 10 de diciembre de 1948. Asamblea General de Naciones Unidas. ONU.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Asamblea General de Naciones Unidas. ONU.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado el 19 de diciembre de 1969. Asamblea General de Naciones Unidas. ONU.

Protocolo de San Salvador. Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. 17 de noviembre de 1988. OEA.

Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía. Asamblea General de Naciones Unidas. 22 de abril de 2002.

Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Asamblea General de Naciones Unidas. A/RES/66/138. 27 de enero de 2012.

2. Jurisprudencia

2.1. Jurisprudencia nacional

Corte de Apelaciones de Copiapó (CA), rol N°391/2016. Sentencia de 24 de octubre de 2016.

Corte de Apelaciones de San Miguel (CA), rol N°3593/2016. Sentencia de 16 de noviembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago (CA), rol N°4693/2006. Sentencia de 10 de noviembre de 2006.

Corte de Apelaciones de Talca, (CA), rol N°3495/2016. Sentencia de 12 de septiembre de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia (CA), rol N°207/2016. Resolución N°36463. Sentencia de 17 de octubre de 2016.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (CA), rol N°6743/2016. Sentencia de 13 de diciembre de 2016.

Tribunal Constitucional de la República de Chile (TC), rol N°740-07. Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Sentencia de 18 de abril de 2008.

2.2. Jurisprudencia internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 33/02. Mónica Carabantes Galleguillos Chile. Solución amistosa, Petición 12.046, Sentencia de 12 de marzo de 2002.

2.3. Jurisprudencia extranjera

House of Lords. Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security, Gran Bretaña, Sentencia de 17 Octubre de 1985.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Causa N°480/00. Sentencia de 14 de octubre de 2003.

3. Informes y Documentos Oficiales de Organismos Internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General (sobre la base del informe de la Tercera Comisión) Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Naciones Unidas. A/RES/64/142. 24 de febrero de 2010.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Naciones Unidas. E/C.12/GC/22. 2 de mayo de 2016.

Comité de los Derechos del Niño. Informe de la investigación relacionada en Chile en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Naciones Unidas. CRC/C/CHL/INQ/1. 1 de junio de 2018.

Comité de los Derechos del Niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile. 2 de octubre de 2015. CRC/C/CHL/CO/4-5.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°1: Propósitos de la educación. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2001/1. abril de 2001.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°3 El VIH/SIDA y los derechos del niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2003. 3 de marzo de 2003.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2003/4, julio de 2003.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/GC/2003/5, noviembre de 2003.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/7, noviembre de 2005.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°12. El derecho del niño a ser escuchado. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°13 Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/13. 18 de abril de 2011.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°15: sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24). Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/15.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General N°16 Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas. CRC/C/GC/16. 17 de abril de 2013.

Fondo de Población de las Naciones Unidas y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2016). *Acelerar el progreso hacia la reducción del embarazo en la adolescencia en América Latina y el Caribe. Informe de consulta técnica*, Washington, DC.: Organización Panamericana de la Salud.

Naciones Unidas. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo: Capítulo VII Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva. Párr. 7.3, 5 al 13 de septiembre de 1994.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (2018). «*Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad: un enfoque basado en la evidencia.*» París: UNESCO.

Organización Mundial de la Salud (2016). Sitio web mundial de la OMS. Disponible en: https://www.who.int/topics/reproductive_health/es/.

Organización Mundial de la Salud (2017). «*Inmunización, Vacunas y Productos Biológicos.*» Disponible en: <https://www.who.int/immunization/diseases/hpv/es/>.

Organización Mundial de la Salud (2017). «*La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo.*» Ginebra.

Organización Mundial de la Salud. (2018) Sitio web mundial de la OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es>.

Organización Mundial de la Salud (2019). «*Papilomavirus humanos (PVH) y cáncer cervicouterino.*» Disponible en: [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-papillomavirus-\(hpv\)-and-cervical-cancer](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-papillomavirus-(hpv)-and-cervical-cancer).

Organización Mundial de la Salud (2019). «*Recomendaciones de la OMS sobre salud sexual y reproductiva de los adolescentes.*» Ginebra.

Organización Mundial de la Salud (2020). Sitio web mundial de la OMS. «*Salud Sexual.*» Disponible en: https://www.who.int/topics/sexual_health/es/.

Organización Mundial de la Salud. Sitio web mundial de la OMS (s.f.). «*Desarrollo de la adolescencia.*» Disponible en: https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/.

4. Documentos Oficiales de Organismos Nacionales

Comisión Nacional del SIDA (2002). «Documento técnico de trabajo consejería para VIH SIDA.» Área de prevención: Ministerio de Salud.

CulturaSalud y SENAME (2011). «*Previniendo la violencia con jóvenes: talleres con enfoque de género y masculinidades.*» Manual para facilitadores y facilitadoras. Santiago: Programa H y Serie Manuales EME.

Departamento de Protección y Restitución de Derechos Servicio Nacional de Menores (2016). «Orientaciones Técnicas Línea de acción Centros Residenciales. Modalidad: Residencias de Protección para madres adolescentes (RPA).» SENAME: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Departamento de Protección y Restitución de Derechos. Servicio Nacional de Menores (2019). «Orientaciones Técnicas Línea de Acción Centros Residenciales. Modalidad Residencias de Protección para madres adolescentes con programa de protección especializado de intervención residencial (RMA/PER).» SENAME: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Gobierno de Chile. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020). «[Los Lagos] Ley asegura el pago de pensiones alimenticias con retención del 10% de AFP. Disponible en: <https://www.minjusticia.gob.cl/los-lagos-ley-asegura-el-pago-de-pensiones-alimenticias-con-retencion-del-10-de-afp/>.

SENAME (s.f.). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.sename.cl/web/index.php/nuestra-institucion/>.

SENAME (s.f.). «Protocolo: Acceso a prestaciones de Ley de aborto en tres causales.» Protocolo RAE, T-4571.

SENAME (s.f.). «Protocolo: Acceso a prestaciones de Ley de aborto en tres causales.» Protocolo RFA, T-4571.

SENAME (2013). «Lineamiento de trabajo en materia de sexualidad para centros CIP-CRC.» Departamento de Justicia Juvenil.

SENAME (2016). «*Anuario Estadístico. Unidad de Estudio, SENAME.*». Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Gobierno de Chile.

SENAME (2016). «Protocolos de actuación para residencias de protección de la Red Colaboradora de SENAME.» Departamento de Protección y Restitución de Derechos Servicio Nacional de Menores.

Unidad de Salud, Dirección Nacional, Servicio Nacional de Menores (2015). «Protocolo sobre VIH/SIDA, ITS y no Discriminación para los Centros Residenciales de Protección de Derecho de SENAME.» SENAME-MINSAL.

5. Doctrina

Alessandri, Arturo (2004). «*De los contratos.*» Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Barcia, Rodrigo (2013). «La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez.» *Revista Ius et Praxis*, (3-52).

Biblioteca del Congreso Nacional (2009). «*La familia: concepto.*» Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Carranza, Gonzalo, y Claudia Zalazar (2019). «La autonomía de la persona menor de edad en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo: cambios normativos en Argentina.» *Revista de Derecho Privado*, (29-55).

Carretta, Francesco (2018). «Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico.» *Revista de Derecho* 243, (93-119).

Cillero, Miguel (1998). «El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.» En *Infancia, Ley y Democracia, de García Méndez, Mary Beloff y Emilio Beloff (compiladores)*. Bogotá: Editoriales Temis y Depalma.

Cillero, Miguel (2001). «*Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva.*» Justicia y Derechos del Niño.

Cooperativa.cl (2017). «Cómo murió Lissette Villa: El relato de la Fiscalía.» Disponible en: <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/infancia/proteccion/como-murio-lissette-villa-el-relato-de-la-fiscalia/2017-03-01/133802.html>.

De la Fuente, Elena, y Luz María Mira (2008). «Las 47 preguntas sobre el virus del papiloma humano, VPH.» Medicina y Seguridad del Trabajo. *Scielo España*, (111-119).

De la Iglesia, Matilde y Jorgelina Di Lorio (2006). «La infancia institucionalizada: la práctica de la psicología jurídica. Determinantes institucionales.» *Anuario de Investigaciones*, (19-28).

Díaz, Iván (2012). «Igualdad en la aplicación de la ley: concepto, iusfundamentalismo y consecuencias.» *Ius et Praxis*, (33-76).

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s.f.). Disponible en: <https://dle.rae.es/madurez>.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s.f.). Disponible en: <https://dle.rae.es/juicio?m=form>.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s.f.). Disponible en: <https://dle.rae.es/autodeterminaci%C3%B3n>.

Dides, Claudia, y Constanza Fernández (2016). «*Embarazo adolescente.*» En Claudia Dides y Constanza Fernández (editoras), *Primer informe Salud Sexual, Salud Reproductiva y Derechos Humanos en Chile. Estado de la situación 2016*, (39-63). Santiago de Chile: Corporación MILES por los Derechos Sexuales y Reproductivos.

Echeverría, Carlos y Alejandro Serani, Ana María Arriagada, Alejandro Goic, Carolina Herrena, Carlos Quintana, Alberto Rojas, Gonzalo Ruiz-Esquide, Rodrigo Salinas, Paulina Taboada, Ricardo Vacarezza (2015). «Consideraciones acerca de la "interrupción voluntaria del embarazo", desde el punto de vista ético-médico (a propósito de un proyecto de ley).» *Revista Médica Chile*, (1478-1483).

El Desconcierto (2020). «Explotación sexual al interior de un centro dependiente del Sename: Defensoría de la Niñez confirmó querrela. 28 de abril de 2020.» Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/2020/04/28/explotacion-sexual-al-interior-de-un-centro-dependiente-del-sename-defensoria-de-la-ninez-confirmando-querrela/>.

Espejo, Nicolás (2015). «El desafío de superar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Chile.» *Violencia sexual contra la Infancia. El avance legislativo y sus desafíos*, Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago de Chile: Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Espejo, Nicolás y Fabiola Lathrop (2015). «*Los derechos de los niños, una orientación y un límite. Hacia un rediseño normativo del sistema de protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en Chile.*» Santiago de Chile: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF.

Espinoza, Renzo (2006). «La autoridad parental y el derecho a la salud de los niños y adolescentes.» Santiago: Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Godoy, Gloria (2020). Instituto Nacional de Estadísticas. Disponible en: <https://www.inec.cl/estadisticas/sociales/demografia-y-vitales/nacimientos-matrimonios-y-defunciones/2020/05/09/maternidad-en-chile-disminuyen-madres-adolescentes-y-aumentan-mujeres-sobre-50-a%C3%B1os-que-tienen-hijos#:~:text=Noticias%20Relacionadas-,Mater>.

González, Mónica (2009). «Derechos sexuales. Niños, niñas y adolescentes.» En *Derecho y sexualidades. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Buenos Aires: Librería.

González, Mónica (2017). «El Derecho a la no discriminación por motivos de edad: niñas, niños y adolescentes.» *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (19-36).

- Griffith, Richard (2016). «What is Gillick competence?» *Human Vaccines & Immunotherapeutics* , (244-247).
- Herrera, Marisa, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (2015). «*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*.» Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Hueche, Clementina, Giselle Lagos, Nicol Ríos, Evelyn Silva y Marina Alarcón-Espinoza (2019). «Vínculos afectivos en adolescentes institucionalizados, Chile.» *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, (1-19).
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (2001). «El derecho del menor a su propio cuerpo.» En Guillermo Borda. *La persona humana*, Buenos Aires: La Ley.
- Lamm, Eleonora (s.f.). Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. Oficina Regional para las Américas. Disponible en: <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-dignidad-humana>.
- Lathrop, Fabiola (2008). «Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos.» *Revista Chilena de Derecho Privado* N°10, (9-37).
- Lathrop, Fabiola (2019). «La despenalización del aborto en tres causales en Chile: el caso de niñas y adolescentes.» *RDF* 90, (207).
- Lathrop, Fabiola (2020). «Relaciones de cuidado y representación legal de niños, niñas y adolescentes.» En *Estudios de Derecho Civil XV. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, de Fabián Elorriaga de Bonis (coordinador). Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- Lovera, Domingo (2009). «Libertad de expresión e Interés Superior del Niño, a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta de 6 de marzo de 2009 y Corte Suprema de 23 de abril de 2009.» *Revista Chilena de Derecho Privado*, (215-225).
- Lyon, Alberto (1985). «*Personas naturales*.» Santiago: Ediciones de la Universidad Católica de Chile.
- MacDonald, Alistair (2011). «*The rights of the child: law and practice*.» Bristol: Jordan Publishing Limited.
- Madrigal, Consuelo (2016). «Menores y Tratamientos Médicos.» *Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016*, (12-21).
- Mañalich, Juan Pablo (2014). «La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas.» *Revista Ius et Praxis*, (21-70).

Nash, Claudio (2012). «*Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno.*» Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Núñez, Constanza (2018). «Apertura Constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución.» *Revista Ius et Praxis*, (379-420).

OBSERVA (2014). «El derecho a vivir en familia. Caracterización de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en el sistema de acogimiento alternativo.» Aldeas Infantiles.

Olmo, J.P (2012). «Capacidad jurídica, discapacidad y curatela. ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?» *Revista de Derecho de la Familia y la Persona*.

Ortiz, Rosa (2014). «Red temática internacional de investigación sobre familias monoparentales.»

Palacio, Margarita, María Arroyave y Mónica Freyle (2009). «La autodeterminación en adolescentes con discapacidad intelectual.» *Scielo Colombia*, (53-64).

Polakiewicz, Marta, y Nilda Gorvein (1996). «*El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo.*» El Derecho Jurisprudencial General: Universidad Católica Argentina.

Real Academia Española (1992). Madrid: Diccionario de la Lengua Española.

Rodríguez, Jesús (2007). «¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?» En Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (editores). *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*, (57-94). México: Investigación y Análisis.

Soberames, José María (2013). «La Igualdad ante la Jurisprudencia.» *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (313-345).

T13 (2016) «Caso Lissette Villa: Fiscalía solicita formalizar por tortura a cuidadoras del Sename.» Disponible en: <https://www.t13.cl/noticia/nacional/caso-lissette-villa-fiscalia-solicita-formalizar-por-tortura-a-sus-cuidadoras>.

T13 (2020). «Defensoría de la Niñez denuncia explotación sexual infantil en centro del Sename de Talca.» Disponible en: <https://www.t13.cl/noticia/nacional/defensoria-ninez-denuncia-explotacion-infantil-centro-de-sename-talca-09-09-2020>.

T13 (2020). «Defensoría de la Niñez interpone querrela por abuso sexual a menor en una residencia del Sename.» Disponible en: <https://www.t13.cl/noticia/nacional/defensoria-ninez-querrela-abuso-sexual-residencia-sename-03-09-20>.

Williamson, Nancy (2013). «Maternidad en la niñez. Enfrentar el reto del embarazo en adolescentes.»
División de Información y Relaciones Externas del UNFPA: Fondo de Población de las Naciones Unidas.