

Normativa vigente para niños y niñas

*Análisis normativo de políticas,
programas y prestaciones públicas referidos
al desarrollo integral de la infancia.*

*Primera etapa: Desde la gestación
hasta los tres meses de edad.*



GOBIERNO DE CHILE
FONDO DE SOLIDARIDAD E INVERSIÓN SOCIAL
MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN

Normativa vigente para niños y niñas

*Análisis normativo de políticas, programas y prestaciones públicas
referidos al desarrollo integral de la infancia.*

Primera etapa: Desde la gestación hasta los tres meses de edad.

Universidad Alberto Hurtado. Santiago, 2006.

Equipo Investigador

Ximena Moreno	Enrique Rajevic
(Coordinadora)	Hugo Rojas
Elaine Acosta	María Paz Valdivieso
Vivian Bergman	Nelson Vargas
Héctor Hernández	

Ayudantes

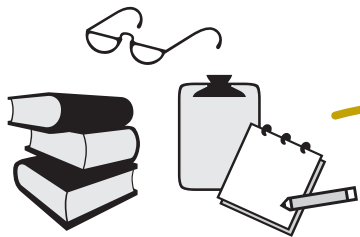
Ignacio Alarcón	Natalia Sánchez
Ana Bascuñán	Francisca Termini
Catalina Bravo	Manuel Torres
Sebastián Salazar	
Rocío Salgado	

NORMATIVA VIGENTE PARA NIÑOS Y NIÑAS

OBJETIVO DEL ESTUDIO

Identificar y analizar las normas constitucionales, tratados internacionales, leyes, reglamentos, decretos y otras fuentes que se encuentran vigentes y que fomentan o dificultan el cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para el desarrollo integral de los niños/as, desde su gestación hasta los tres primeros meses de vida.

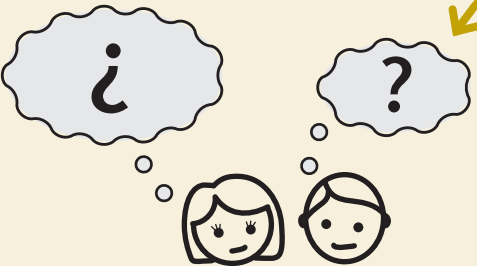
FASES DE TRABAJO



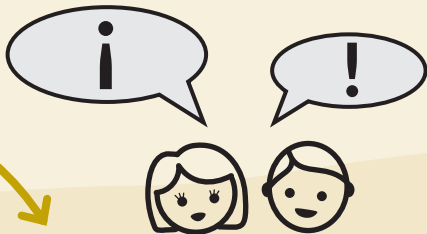
Recopilación de información



Sistematización de la información



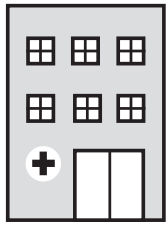
Reflexión crítica sobre la normativa vigente



Formulación de propuestas y recomendaciones

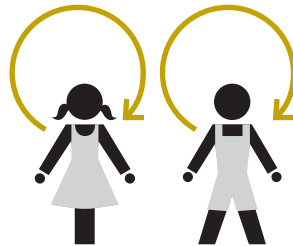
OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Con perspectiva de derechos en el tratamiento de la infancia, analizar la normativa vigente que regula las políticas de:



Salud

- ~ Promoción de la salud.
- ~ Prevención de las enfermedades.
- ~ Diagnóstico precoz.
- ~ Derechos de los enfermos y del personal de salud.



Identidad

- ~ Revisar la normativa vigente en lo que a facultades y funcionamiento del Registro Civil se refiere (nombre, cédula de identidad, etc).



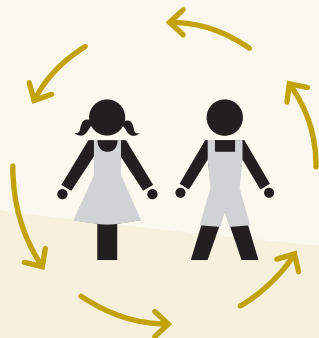
Aprendizaje

- ~ Incorporar el concepto de educación y cuidado para la infancia temprana.



Entorno familiar

- ~ Mayor incorporación de los principios de la Convención de los Derechos del Niño.
- ~ Mayor protección ante la violencia intrafamiliar.



Habitabilidad

- ~ Enfoque de derechos en torno a la vivienda y promover una mayor coordinación intersectorial y entre las políticas de vivienda y urbanismo.



Trabajo

- ~ Revisar la legislación laboral e incentivar la participación laboral femenina.



Índice

Agradecimientos..... 10

1. Introducción..... 12

A) Sentido de la investigación..... 13

B) Metodología..... 14

B.1) Recopilación de la información..... 14

B.2) Sistematización de la información..... 15

B.3) Análisis crítico de la normativa vigente..... 16

B.4) Propuestas normativas..... 16

C) Estructura del documento..... 17

2. Descripción de la normativa vigente..... 19

A) Constitucionalidad del Sistema de Protección Integral a la Infancia..... 20

A.1) Presentación..... 20

A.2) Principios generales..... 20

A.3) Análisis constitucional de las dimensiones del desarrollo integral de la infancia..... 21

A.4) Atribuciones de los órganos del Estado..... 22

A.5) Comentarios adicionales..... 22

B) Primera dimensión: Salud..... 22

B.1) Normas de rango constitucional..... 22

B.2) Normas de rango internacional..... 23

B.3) Normas de rango de ley..... 24

B.4) Normas de rango inferior..... 28

C) Segunda dimensión: Identidad..... 31

C.1) Normas de rango constitucional..... 31

C.2) Normas de rango internacional..... 32

C.3) Normas de rango de ley..... 32

C.4) Normas de rango inferior..... 36

D) Tercera dimensión: Aprendizaje..... 36

D.1) Normas de rango constitucional..... 36

D.2) Normas de rango internacional..... 37

D.3) Normas de rango de ley..... 37

D.4) Normas de rango inferior..... 40

E) Cuarta dimensión: Entorno familiar.....	41
E.1) Normas de rango constitucional.....	41
E.2) Normas de rango internacional.....	42
E.3) Normas de rango de ley.....	43
E.4) Normas de rango inferior.....	44
F) Quinta dimensión: Habitabilidad.....	46
F.1) Normas de rango constitucional.....	46
F.2) Normas de rango internacional.....	47
F.3) Normas de rango de ley.....	48
F.4) Normas de rango inferior.....	53
G) Sexta dimensión: Trabajo e integración.....	57
G.1) Normas de rango constitucional.....	57
G.2) Normas de rango internacional.....	58
G.3) Normas de rango de ley.....	62
G.4) Normas de rango inferior.....	70
3. Análisis crítico de la normativa vigente.....	73
A) Primera dimensión: Salud.....	74
A.1) Estructura.....	74
A.2) Aclaraciones conceptuales.....	74
A.3) Alcances sobre la (in)coherencia de la legislación.....	78
A.4) Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente	79
A.5) Omisiones normativas o tratamiento incompleto.....	83
A.6) Conclusión.....	87
B) Segunda dimensión: Identidad.....	87
B.1) Derechos básicos.....	87
B.2) Aspectos normativos problemáticos y que ameritan debate.....	88
C) Tercera dimensión: Aprendizaje.....	90
C.1) Estructura.....	90
C.2) Aclaraciones conceptuales.....	90
C.3) Alcances sobre la (in)coherencia de la legislación.....	96
C.4) Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente	97
C.5) Omisiones normativas o tratamiento incompleto.....	99
D) Cuarta dimensión: Entorno familiar.....	101
D.1) Aclaraciones conceptuales.....	101

D.2) Observaciones críticas (omisiones, falta de coherencia, etc.).....	127
D.3) Conclusiones.....	127
E) Quinta dimensión: Habitabilidad.....	128
E.1) Amplitud de la potestad reglamentaria en materia de urbanismo y construcciones.....	128
E.2) Virtual inexistencia de referencias al desarrollo integral de niñas y niños como propósito de la legislación relativa a habitabilidad.....	130
E.3) Dos problemas generales del desarrollo urbano que afectan a niños y niñas: La exigencia de un desarrollo sustentable en términos ambientales y sociales.....	130
F) Trabajo e integración.....	132
F.1) Estructura.....	132
F.2) Aclaraciones conceptuales y contextuales.....	132
F.3) Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente	135
F.4) Omisiones normativas o tratamiento incompleto.....	137
F.5) Conclusión.....	137
4. Propuestas y recomendaciones.....	139
A) Primera dimensión: Salud.....	140
A.1) Discusión de proyectos de ley que fortalecerían el desarrollo integral de los recién nacidos o que están por nacer	140
A.2) Fortalecimiento de la normativa que protege a la familia.....	143
B) Segunda dimensión: Identidad.....	143
B.1) Facultades y organización del Registro Civil.....	143
B.2) Determinación del nombre del recién nacido.....	144
B.3) Situación de las hijas e hijos de extranjeros transeúntes.....	144
B.4) Situación de hijas e hijos indígenas.....	144
B.5) Cédula de identidad.....	144
B.6) Actualización de expresiones inapropiadas en el ordenamiento jurídico.....	145
C) Tercera dimensión: Aprendizaje.....	145
D) Cuarta dimensión: Entorno familiar.....	147
D.1) Creación de un cuerpo normativo que abarque todo lo relativo a nuestros niños y niñas	147
D.2) Mayor incorporación de los principios de la Convención de los Derechos del Niño	147
D.3) Medidas de protección más eficaces ante la violencia intrafamiliar.....	147
D.4) Soluciones legislativas más acordes a las diversas realidades familiares.....	147

E) Quinta dimensión: Habitabilidad.....	148
E.1) Ajustar aquellas reglamentaciones que no tienen un enfoque que promueva el desarrollo integral de la infancia.....	148
E.2) Definir estándares que puedan generar un enfoque de derechos en torno a la vivienda	148
E.3) Reformar la legislación relativa al SEIA en lo tocante a los instrumentos de planificación territorial.....	148
E.4) Generar fórmulas que moderen la segregación.....	148
E.5) Mayor coordinación intersectorial y entre las políticas de vivienda y urbanismo	149
F) Sexta dimensión: Trabajo e integración.....	149
5. Régimen jurídico—penal de protección a la infancia, desde el embarazo hasta los diez años de edad.....	152
A) Protección penal del que está por nacer.....	153
B) Especial consideración de la (inexistente) regulación sobre manipulación genética.....	155
C) Protección penal de la vida de niñas y niños menores de diez años	155
D) Protección penal de la salud y la integridad corporal de niñas y niños menores de diez años.....	156
E) Especial consideración del maltrato infantil (también psíquico) como hipótesis de violencia intrafamiliar.....	156
F) Consideración especial de los delitos de abandono de niñas y niños	158
G) Protección de la seguridad y libertad ambulatoria de niñas y niños menores de diez años.....	158
H) Protección penal del estado civil de niñas y niños menores de diez años.....	160
I) Protección de la indemnidad sexual de niñas y niños menores de diez años.....	161
J) Delitos contra niñas y niños previstos en la Ley de Menores	164
K) Delitos y circunstancias relativas a niñas y niños en la Ley de Drogas.....	165
L) Aspectos procesales de la protección penal de niñas y niños.....	165
M) Niñas y niños como infractores de la Ley Penal.....	166

Anexos..... 168

1. Glosario: Fuentes de rango inferior.....	169
2. Comentarios al Proyecto de Ley.....	170
A. Presentación.....	170
B. Ventajas del Proyecto de Ley.....	170
C. Desventajas del articulado aprobado por el Senado de la República.....	170
D. Recomendaciones finales.....	171
3. Sociedades científicas del sector salud.....	171

Referencias Bibliográficas..... 172

1. Salud.....	173
2. Aprendizaje.....	175
3. Trabajo.....	176
4. Habitabilidad.....	177



Agradecimientos

Para avanzar hacia un sistema de protección integral de los recién nacidos es fundamental tener claridad sobre los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce.

En la tarea de desarrollar nuevas propuestas y sugerencias normativas, el apoyo e interés de MIDEPLAN y FOSIS por la realización de esta investigación han sido fundamentales. Especial reconocimiento merecen Gabriela Villegas, Ana María Farías, Patricia Núñez y Julia Cubillos.

Además, hago extensivos los agradecimientos a todos los organismos públicos que nos proporcionaron valiosa información durante la fase de recopilación: Servicio Nacional de Menores, Ministerio de Educación, Tribunales de Familia, Registro Civil, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, CONADI, FONADIS, Orígenes, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Juzgados de Garantía, Ministerio de Salud, Ministerio del Trabajo, Sernam, Junji, Junaeb, Ministerio del Interior, CONACE, Injuv, Ministerio de Justicia, Congreso Nacional.

Por último, agradezco a Elaine Acosta, Héctor Hernández, Hugo Rojas y María Paz Valdivieso, docentes e investigadores de la Universidad Alberto Hurtado que participaron directamente en este proyecto; además de los importantes aportes del Dr. Nelson Vargas, profesor de Pediatría en la Universidad de Chile, Vivian Bergman, salubrista, Enrique Rajevic, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Alberto Hurtado, y Alejandro Gómez, Defensor Penal Público especialista en menores; además del esfuerzo de los ayudantes que colaboraron en la recopilación de antecedentes: Ignacio Alarcón, Ana Bascuñán, Catalina Bravo, Sebastián Salazar, Rocío Salgado, Natalia Sánchez, Francisca Terminel y Manuel Torres.

Ximena Moreno Concha
Profesora de Derecho Civil
Universidad Alberto Hurtado

Introducción

1

A) Sentido de la investigación

En la actualidad, la *Política Nacional y Plan de Acción Integrado a favor de la Infancia y la Adolescencia* (2001–2010) es el instrumento público que entrega un marco ético y político para la integración de la perspectiva de derechos a la hora de diseñar acciones orientadas a la Infancia. De esta política se desprende la exigencia de asegurar políticas universales a toda la población infantil y la necesidad de utilizar una mirada integral de los procesos de desarrollo de niños y niñas.

El Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS) es responsable de la implementación y ejecución de diversos programas de Protección Social. Dentro de las distintas estrategias de apoyo que FOSIS lleva a cabo, se ha dado especial énfasis a las necesidades de desarrollo de la infancia, entendiendo que se trata de una población vulnerable y a la vez estratégica para la construcción de mejores perspectivas de vida.

El objetivo de las estrategias y prestaciones que se desarrollen es asegurar a la población infantil un sistema integrado de servicios sociales que promuevan el fortalecimiento y la adquisición de herramientas que le permitan activar sus capacidades para manejar exitosamente los riesgos a los que son vulnerables⁽¹⁾.

En otras palabras, el Gobierno ha asumido el desafío de asegurar que todas las niñas y niños cuenten con los instrumentos necesarios para manejar y enfrentar los riesgos específicos de cada etapa de su crecimiento⁽²⁾, y de este modo, potenciar un desarrollo más igualitario para la infancia y el mejoramiento de las perspectivas de vida para todos los niños y niñas del país. Es por ello que se encuentra en diseño un *Sistema de Protección Integral a la Infancia*⁽³⁾.

La investigación *Análisis Normativo de Políticas, Programas y Prestaciones Públicas referidos al Desarrollo Integral de la Infancia*, efectuada por un equipo interdisciplinario de la Universidad Alberto Hurtado, pretende ser un aporte en la consolidación de un *Sistema de Protección Integral a la Infancia*.

En efecto, la principal ventaja de este documento consiste en la identificación y análisis de las normas constitucionales, tratados internacionales, leyes, reglamentos, decretos y otras fuentes de rango inferior que se encuentran vigentes y que fomentan o dificultan el cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas para el desarrollo integral de las personas, desde el momento de su gestación hasta los tres primeros meses posteriores a la fecha de nacimiento. Con ello se busca colaborar en la implementación y ejecución de los programas de Protección Social de la Infancia, en el entendido que se trata de una materia fundamental para la construcción de mejores perspectivas de vida.

Los objetivos específicos perseguidos han sido los siguientes:

1. Identificar y analizar la normativa vigente que regula la protección de la identidad de los niños y niñas, en cuanto a inscripción, obtención de cédula, y regulación de residencia para aquellas familias inmigrantes.
2. Identificar y analizar la normativa vigente que regula la política, programas y prestaciones que inciden en el desarrollo de la salud de los niños y niñas, en cuanto a la atención del embarazo, parto, nutrición, control, vacunas, y enfermedades, adicción a alcohol y estupefacientes.
3. Identificar y analizar la normativa vigente que regula políticas, programas y prestaciones que inciden en el proceso de aprendizaje de los niños y niñas, en cuanto a estimulación temprana, educación parvularia, nivelación de estudios de los padres y escolaridad de padres adolescentes.

(1) Véase *Manejo Social del Riesgo: Enfoque orientador de la intervención e inversión del FOSIS* (2002). En este documento se ofrece un marco orientador para analizar la situación de las personas desde una perspectiva integral, ayudando a entender y definir la realidad social desde los distintos ámbitos que la componen.

(2) MIDEPLAN ha distinguido las siguientes fases de crecimiento: a) desde la gestación hasta los tres primeros meses de vida; b) de tres meses a tres años; c) de cuatro a cinco años; y d) de seis a diez años.

(3) La revisión crítica de la oferta pública es necesaria para evaluar si el Sistema de Protección Integral es suficientemente efectivo en la práctica, teniendo a la vista que para avanzar hacia una sociedad más equitativa se debe avanzar en políticas de empoderamiento y en el perfeccionamiento de los derechos de los infantes y sus padres.

4. Identificar y analizar la normativa vigente que regula la política, programas y prestaciones que protegen el desarrollo de los niños y niñas en un entorno familiar adecuado: adopción, violencia intrafamiliar, abuso sexual.

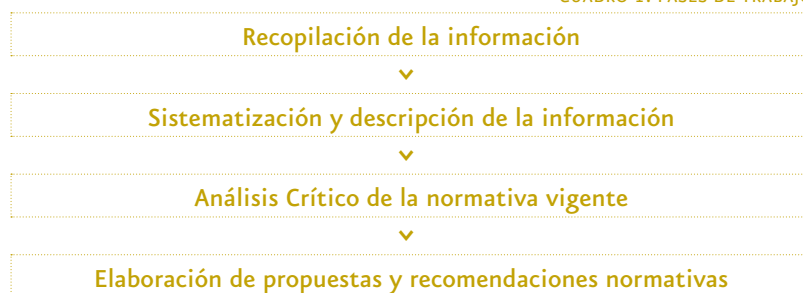
5. Identificar y analizar la normativa vigente que regula la política, programas y prestaciones que inciden en las condiciones de habitabilidad de los niños y niñas tanto en el espacio público como privado.

B) Metodología

En consideración de la especificidad y complejidad del proyecto, en diciembre de 2005 se constituyó un equipo interdisciplinario al interior de la Universidad Alberto Hurtado, encargado de la realización de cada una de las fases del proyecto. Además, se contempló la participación de expertos invitados en las fases de discusión y formulación de propuestas, sumado a la realización de reuniones de trabajo con profesionales e investigadores de MIDEPLAN y FOSIS.

El proyecto fue diseñado a partir de la realización de las siguientes fases de trabajo: a) recopilación de la información, b) sistematización de la información, c) reflexión crítica sobre la normativa vigente, d) formulación de propuestas y recomendaciones.

CUADRO 1: FASES DE TRABAJO



B.1) Recopilación de la información

En un primer momento se procedió a recopilar toda la información normativa referida a las cinco dimensiones indicadas a modo de objetivos específicos del estudio.

El levantamiento de la información se efectuó durante el mes de enero de 2006. Se revisó toda la información disponible en internet y en bases de datos especializadas, para luego visitar cada una de las instituciones vinculadas a las políticas, programas y prestaciones públicas que apuntan a un desarrollo integral de niños y niñas.

Las instituciones visitadas fueron las siguientes: Servicio Nacional de Menores, Ministerio de Educación, Tribunales de Familia, Registro Civil, Ministerio de Vivienda y Urbanismo, MIDEPLAN (incluyendo FOSIS, CONADI, FONADIS, Programa Orígenes, etc.), Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Juzgados de Garantía, Ministerio de Salud (incluyendo FONASA, Servicios de Salud, etc.), Superintendencia de Salud, Ministerio del Trabajo (incluyendo Dirección del Trabajo, etc.), Servicio Nacional de la Mujer, JUNJI, JUNAEB, Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana, CONACE, Instituto Nacional de la Juventud, Ministerio de Justicia, Congreso Nacional.

En particular se tomó contacto con las unidades jurídicas y de estudios de los mencionados organismos.

B.2) Sistematización de la información

Toda la normativa vigente que fue posible de recopilar, en una segunda etapa fue clasificada en base a indicadores previamente establecidos. Durante la primera quincena de febrero de 2006, se sistematizó la información disponible, identificando temas y conceptos que contribuyan a su comprensión y fácil manejo.

La información ha sido clasificada tomando en consideración los siguientes indicadores:

- 1. Salud:** control de la gestación, nacimiento, regulación de la fertilidad, alimentación de la madre y el bebé, prevención y control de enfermedades, discapacidad, salud mental, sustancias adictivas y agentes tóxicos.

CUADRO 2: INDICADORES DE LA DIMENSIÓN "SALUD"

Bebé en gestación y recién nacido/a	Niño o niña de 3 meses a 3 años	Niño o niña de 4 a 5 años	Niño o niña de 6 a 10+ años (4° básico)
Control de la gestación			
Nacimiento			
Alimentación de la madre			
Alimentación del niño			
Prevención y control de enfermedades			
Discapacidad			
Salud Mental			
Sustancias adictivas y control de enfermedades			
Regulación de la fertilidad			

- 2. Identificación:** inscripción, certificación de discapacidad, certificación de familias que pertenezcan a un pueblo originario, nacionalidad, permiso de residencia.

CUADRO 3: INDICADORES DE LA DIMENSIÓN "IDENTIFICACIÓN"

Bebé en gestación y recién nacido/a	Niño o niña de 3 meses a 3 años	Niño o niña de 4 a 5 años	Niño o niña de 6 a 10+ años (4° básico)
Inscripción			
Certificación de discapacidad			
Certificación de familias que pertenezcan a un pueblo originario			
Nacionalidad			
Permiso de residencia			

- 3. Aprendizaje:** estimulación oportuna, sala cuna, nivelación de estudios de los padres, protección frente a la discriminación, educación sexual de los padres.

CUADRO 4. INDICADORES DE LA DIMENSIÓN "APRENDIZAJE"

Bebé en gestación y recién nacido/a	Niño o niña de 3 meses a 3 años	Niño o niña de 4 a 5 años	Niño o niña de 6 a 10+ años (4° básico)
Sala cuna			
Estimulación oportuna			
Nivelación de estudios de los padres			
Educación sexual de los padres			
Protección frente a la discriminación			

4. Entorno familiar: contacto del padre y madre con el niño o niña en caso de separación o divorcio, adopción y relaciones familiares, protección y apoyo en casos de violencia intrafamiliar.

CUADRO 5: INDICADORES DE LA DIMENSIÓN “ENTORNO FAMILIAR”

Bebé en gestación y recién nacido/a	Niño o niña de 3 meses a 3 años	Niño o niña de 4 a 5 años	Niño o niña de 6 a 10+ años (4° básico)
Contacto del padre y madre con el niño o niña en caso de separación o divorcio			
Adopción			
Relaciones familiares			
Protección y apoyo en casos de violencia intrafamiliar			

5. Habitabilidad: habitabilidad y equipamiento básico, lugar de entretención y espacios públicos.

CUADRO 6: INDICADORES DE LA DIMENSIÓN “HABITABILIDAD”

Bebé en gestación y recién nacido/a	Niño o niña de 3 meses a 3 años	Niño o niña de 4 a 5 años	Niño o niña de 6 a 10+ años (4° básico)
Habitabilidad y equipamiento básico			
Lugar de entretención			
Espacios públicos			

6. Ingreso y trabajo: subsidios, pensiones, asignaciones familiares, acceso al trabajo, protección frente a la discriminación.

CUADRO 7: INDICADORES DE LA DIMENSIÓN “INGRESO Y TRABAJO”

Bebé en gestación y recién nacido/a	Niño o niña de 3 meses a 3 años	Niño o niña de 4 a 5 años	Niño o niña de 6 a 10+ años (4° básico)
Subsidios			
Pensiones			
Asignaciones familiares			
Acceso al trabajo			
Protección frente a la discriminación			

Como puede apreciarse en los cuadros, la normativa que es aplicable para el caso de los recién nacidos puede ser relevante para el análisis posterior de las demás fases de crecimiento de niñas y niños.

B.3) Análisis crítico de la normativa vigente

A partir de los insumos anteriores, el equipo interdisciplinario destinará la segunda quincena de febrero de 2006, para ponderar en su mérito la conveniencia de la normativa vigente.

El equipo elaborará un capítulo especial en el cual se emitirá una opinión fundada sobre las ventajas, riesgos, debilidades y contradicciones en nuestro ordenamiento jurídico al referirse a los planes, programas, prestaciones de carácter público y políticas del gobierno destinadas a mejorar la calidad de vida de los seres que están por nacer y de niñas y niños menores de tres meses de edad.

B.4) Propuestas normativas

Durante el mes de marzo de 2006, el equipo discutirá las posibilidades y oportunidades de perfeccionamiento normativo. En esta fase se contempla la discusión de los borradores con funcionarios públicos, la contraparte técnica y expertos de la sociedad civil, incluyendo la opinión experta de académicos de prestigio.

La consultoría termina una vez evacuado el Informe Final, donde se plantean las modificaciones y actualizaciones normativas que el equipo investigador estima que requieren ser aprobadas, haciendo mención a las eventuales tensiones que al interior de nuestra sociedad pudieran producirse en caso de alterar el sistema jurídico.

C) Estructura del documento

El informe se ha estructurado en cinco capítulos —además de la Introducción, la Bibliografía y los Anexos⁽⁴⁾. En el primero de ellos se describe la normativa vigente (Capítulo 2), distinguiendo según el tipo de “fuente del derecho” y “dimensión del desarrollo y protección integral de niñas y niños”. La presentación de la información se ha hecho identificando los cuerpos normativos principales, de modo que el interesado pueda comprender rápidamente el contenido normativo vigente asociado a cada una de las dimensiones.

CUADRO 8: CUADRO DE ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA NORMATIVA REFERIDA AL DESARROLLO INTEGRAL DE NIÑAS Y NIÑOS

	Salud	Identidad	Aprendizaje	Entorno familiar	Habitabilidad	Trabajo e integración
Normas con rango constitucional						
Normas con rango internacional						
Normas con rango de ley						
Normas de rango inferior						

Cabe advertir que las normas penales asociadas a cada una de las dimensiones no han sido incorporadas en el cuadro de análisis, pues se trata de normas que por sus características propias ameritan ser tratadas de manera separada en otra sección del informe.

A continuación se analiza críticamente la normativa vigente, circunscribiendo el análisis a aquellos puntos o materias que guardan estricta relación con el desarrollo integral del nasciturus y de los recién nacidos, hasta los tres meses de edad (Capítulo 3). Además se aborda la situación jurídica en la que se encuentra la mujer embarazada y los padres del recién nacido en lo que a cada una de las dimensiones concierne.

Dado que se trata de materias disímiles, cada subcapítulo se ha estructurado en consideración a sus características particulares, al menos en lo que a identificación de los núcleos fundamentales se refiere. Así, a modo de ejemplo, en la dimensión “salud” (infra 3.1.) ha parecido razonable iniciar su análisis precisando ciertos conceptos que no necesariamente se encuentran bien reflejados en la legislación, para luego abordar las coherencias e inconsistencias entre las numerosas fuentes del derecho estudiadas, dedicando mayor atención a los alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa y las omisiones o tratamiento incompleto que se observan.

El Capítulo 4 se concentra específicamente en la formulación de propuestas y recomendaciones, las que obviamente han sido elaboradas tomando en cuenta lo sostenido en los dos capítulos anteriores. A objeto de facilitar posteriores esfuerzos, en particular cuando se aborden aspectos normativos puntuales, se mantiene la distinción entre las seis dimensiones de análisis.

(4) Se anexa al final un glosario en el que se explican las fuentes de rango inferior y que son expresión de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. También se analiza críticamente el proyecto de ley de protección de derechos de la infancia y adolescencia (Mensaje N° 309–352), entre otras materias que pudieran ser de utilidad para el trabajo de la Consejo Nacional de Infancia, creada en el actual gobierno. Cabe dejar constancia que el equipo investigador ha respaldado —de manera digital e impresa— todas fuentes del derecho que han sido consultadas, acompañando una sistematización de dicho catastro en una planilla excel que permite buscar los antecedentes en base a un conjunto de criterios (tipo de norma, fecha de publicación, última modificación, dimensión, materia regulada, artículos pertinentes); información que se encuentra disponible en MIDEPLAN.

Tal como se ha mencionado, todos los asuntos de tipo penal han sido aislados del cuadro descriptivo, para ser tratados como un solo cuerpo en el Cap. 5, denominado “Régimen jurídico–penal de protección a la infancia”. Una novedad de este capítulo, a diferencia de los anteriores, es que se ofrece un panorama completo desde la “concepción” hasta que la niña o niño cumple “diez años” de edad. Los temas abordados en este capítulo son los siguientes:

- 1) Protección penal del que está por nacer,
- 2) Especial consideración de la (inexistente) regulación sobre manipulación genética,
- 3) Protección penal de la vida de niñas y niños menores de diez años,
- 4) Protección penal de la salud y la integridad corporal de niñas y niños menores de diez años,
- 5) Especial consideración del maltrato infantil (también psíquico) como hipótesis de violencia intrafamiliar,
- 6) Consideración especial de los delitos de abandono de niñas y niños,
- 7) Protección de la seguridad y libertad ambulatoria de niñas y niños menores de diez años,
- 8) Protección penal del estado civil de niñas y niños menores de diez años,
- 9) Protección de la indemnidad sexual de niñas y niños menores de diez años,
- 10) Delitos contra niñas y niños previstos en la Ley de Menores,
- 11) Delitos y circunstancias relativas a niñas y niños en la Ley de Drogas,
- 12) Aspectos procesales de la protección penal de niñas y niños, y
- 13) Niñas y niños como infractores de la ley penal.

Por último, en el Capítulo 6 se sintetizan las conclusiones de la investigación efectuada.

*Descripción de la
normativa vigente*

A) Constitucionalidad del Sistema de Protección Integral a la Infancia

A.1) Presentación

Con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de niñas y niños, y de avanzar hacia una sociedad más equitativa, MIDEPLAN y FOSIS han trabajado en el diseño de un Sistema de Protección Integral a la Infancia⁽⁵⁾, conformado por políticas, programas y prestaciones públicas referidas al desarrollo integral de los niños y niñas⁽⁶⁾.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, las políticas públicas dirigidas a dar mayor protección social a niñas y niños encuentran su fundamento en la propia Constitución, en diversos tratados internacionales ratificados por Chile, en normas con rango de ley y en numerosas normas que son expresión de la potestad reglamentaria.

En esta sección se da cuenta de las normas de rango constitucional que son de importancia para el Sistema de Protección Integral a la Infancia.

A.2) Principios generales

En el Capítulo I de la Constitución, sobre Bases de la Institucionalidad, es posible encontrar un conjunto de principios básicos que han de inspirar la acción estatal y de los particulares en general. En relación con el desarrollo integral de la infancia, cabe destacar las siguientes normas:

Art. 1° inc. 1⁽⁷⁾. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Art. 1° inc. 2. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

Art. 1° inc. 4. El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Art. 1° inc. final. Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Art. 5° inc. final. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a 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.

Además la Constitución asegura a todas las personas un conjunto de derechos, algunos de los cuales son perfectamente atingentes al desarrollo integral de los menores.

Art. 19 N° 1 inc. 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

Art. 19 N° 1 inc. 2. La ley protege la vida del que está por nacer.

Art. 19 N° 2 inc. 1, primera parte. La igualdad ante la ley.

Art. 19 N° 2 inc. 1, parte final. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Art. 19 N° 2 inc. 2. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

Art. 19 N° 3 inc. 1. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Art. 19 N° 7 inc. 1. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Art. 19 N° 14. El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

(5) Véase la Política Nacional y el Plan de Acciones Integradas a favor de la Infancia y la Adolescencia, basada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. El objetivo del sistema es asegurar que todos los niños y niñas cuenten con las herramientas necesarias para manejar y enfrentar los riesgos específicos de cada etapa de su crecimiento, y de este modo, potenciar un desarrollo más igualitario para la infancia y el mejoramiento de las perspectivas de vida para todos los niños y niñas del país.

(6) El conjunto de estas políticas busca asegurar a la población infantil un sistema integrado de intervenciones y servicios sociales, que promuevan el fortalecimiento y la adquisición de herramientas, que les permita activar sus capacidades para manejar exitosamente los riesgos a los que son vulnerables, garantizando sus derechos.

(7) Artículos sin otra mención corresponde a la Constitución Política de la República.

Art. 19 N° 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Como es sabido, la Constitución reconoce una acción de protección que permite proteger tales derechos garantizados, cuando éstos se vean amenazados, perturbados o privados (art. 20)⁽⁸⁾, sin perjuicio de las demás acciones que pudieran interponerse.

A.3) Análisis constitucional de las dimensiones del desarrollo integral de la infancia

Además de los principios generales mencionados, es posible vincular ciertas normas de rango constitucional con las distintas dimensiones que comprenden el desarrollo integral de la infancia. A saber, es factible distinguir las siguientes áreas:

- a) identidad de niñas y niños,
- b) salud de los menores,
- c) aprendizaje,
- d) desarrollo de los menores en un entorno familiar adecuado,
- e) condiciones de habitabilidad, tanto públicos como privados, y
- f) trabajo, integración y previsión de los padres. En lo que sigue se indican las normas constitucionales que pudieran estar asociadas a las seis dimensiones del sistema de desarrollo integral de niñas y niños.

Si bien cada una de estas dimensiones será analizada en detalle más adelante y por separado, parece apropiado anticipar algunas de las conclusiones más llamativas en lo concerniente a los aspectos constitucionales de interés para el Desarrollo Integral de la Infancia.

- La principal norma constitucional sobre la identidad de los menores corresponde al art. 10, en el cual se consigna quiénes tienen la calidad de chilenos⁽⁹⁾.
- El art. 19 N° 9 reconoce el derecho a la protección de la salud. Al Estado le corresponde proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, y asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. La mencionada garantía constitucional agrega que es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Por último, también se reconoce a toda persona el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.
- El art. 19 N° 10 se refiere al derecho a la educación en los siguientes términos: La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. El Estado promoverá la educación parvularia. Se agrega que corresponde al Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. Siendo un deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.
- En cuanto al desarrollo de los menores en un entorno familiar adecuado, la Constitución asegura “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia” (art. 19 N° 4), “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada” (art. 19 N° 5), “la libertad de conciencia” (art. 19 N° 6).

(8) Art. 20: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

(9) Art. 10. Son chilenos:

1. Los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;
2. Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1°, 3° ó 4°;
3. Los extranjeros que obtuvieren carta de nacionalización en conformidad a la ley, y
4. Los que obtuvieren especial gracia de nacionalización por ley. La ley reglamentará los procedimientos de opción por la nacionalidad chilena; de otorgamiento, negativa y cancelación de las cartas de nacionalización, y la formación de un registro de todos estos actos.

- Una de las condiciones elementales de habitabilidad consisten en vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 inc. 1, primera parte). De hecho corresponde al Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza (art. 19 N° 8 inc. 1, segunda parte).
- La Constitución además asegura la libertad de trabajo (art. 19 N° 16)⁽¹⁰⁾, el derecho a la seguridad social (art. 19 N° 18)⁽¹¹⁾, el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (art. 19 N° 21), y el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales (art. 19 N° 24).

A.4) Atribuciones de los órganos del Estado

Las políticas, planes y prestaciones públicas sobre desarrollo integral de los menores son llevados a cabo por los órganos de la administración pública, en conformidad a las atribuciones que la propia Constitución y las leyes establecen.

Todas las políticas, planes y prestaciones públicas deben ser establecidos en conformidad al principio de legalidad (arts. 6 y 7). Si son expresión de la potestad reglamentaria habrá que estarse a lo establecido en el art. 32 N° 6⁽¹²⁾; en cambio, si son materias de ley⁽¹³⁾, entonces debe procederse de acuerdo a las normas sobre el proceso de formación de la ley.

Desde el punto de vista de la exigibilidad, cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades⁽¹⁴⁾, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño (art. 38 inc. final).

A.5) Comentarios adicionales

Si bien la Constitución no se refiere específicamente al desarrollo integral de niñas y niños, una interpretación sistemática de sus normas permite acordar que la sociedad chilena debiera tender a la protección social de niñas y niños.

El Estado chileno ha hecho grandes esfuerzos por mejorar las condiciones de vida de la población, para lo cual ha diseñado programas, planes, políticas y prestaciones públicas, algunas de las cuales están directamente dirigidas a los menores de edad. Todas estas acciones (oferta pública) se debe efectuar dentro del ordenamiento jurídico vigente. Por ello es útil tener claridad sobre las bases constitucionales a partir de las cuales opera la administración pública.

Un punto pendiente en el debate constitucional se refiere a la falta de reconocimiento de la diversidad social. Se trata de un tema sensible para los grupos minoritarios, quienes anhelan un mayor respaldo político-institucional en el cual apoyarse al momento de hacer valer sus identidades, costumbres, cosmovisiones, intereses y preferencias. El desarrollo integral de los infantes también debe incorporar como valor la posibilidad que dicho desarrollo se efectúe en consideración de la diversidad cultural de niñas y niños, de modo que nadie se sienta excluido.

Un segundo tema que requiere ser revisado es la falta de reconocimiento expreso del principio de no discriminación arbitraria. Pareciera ser recomendable que se modifique el contenido del art. 19 N° 2, a objeto de consignar dicho principio de manera explícita, tal como ocurre en numerosas cartas fundamentales e instrumentos internacionales.

B) Primera Dimensión: Salud

B.1) Normas de rango constitucional

La salud de niñas y niños se encuentra protegida en la Constitución de manera indirecta, a partir de lo establecido en el art. 1° inc. 1°, cuando se señala que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en el art. 1°

(10) Indica la garantía constitucional citada que toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Además se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

(11) Recuérdese sobre esta materia que la acción del Estado ha de estar dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas (art. 19 N° 18).

(12) Art. 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6°. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

(13) Véanse los arts. 54, 63 y 64 inc. 1.

(14) Art. 118 inc. 4. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

inc. 4, cuando se señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible.

Con respecto a la salud de niñas y niños, el art. 19° inc. 1° de la Constitución establece que todas las personas tienen el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que la Ley protege la vida del que está por nacer. Todas las personas tienen el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza (art. 19° inc. 8). Art 19° inc. 9 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponde, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

B.2) Normas de rango internacional

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el “reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables”⁽¹⁵⁾. Dicho instrumento establece que la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, debe recibir la más amplia protección y asistencia posible, especialmente mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos/as a su cargo. Las madres merecen especial protección durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Los niños/as y adolescentes merecen especial protección y asistencia, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquiera otra condición (art. 10). Se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Como consecuencia, los Estados Partes deben adoptar medidas para la reducción de la morbilidad y mortalidad infantil, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12). Los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia⁽¹⁶⁾ y adoptan, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, las medidas para el mejoramiento de métodos de producción, conservación y distribución de alimentos (art. 11).

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 24, prescribe claramente que toda niña y niño tienen el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquellos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligación del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño/a.

Relacionado con el tema de nutrición, la Carta Convenio de Cooperación Técnica para un Programa de Nutrición en Chile (1978) describe el propósito de este programa: establecer el diagnóstico continuo del estado nutricional de la población chilena y la formación de un sistema confiable y oportuno de vigilancia epidemiológica en esta materia⁽¹⁷⁾.

El objetivo central del Acuerdo de Cooperación Técnica con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, 1997)⁽¹⁸⁾, consiste en informar, sensibilizar y movilizar a la sociedad chilena sobre los derechos del niño y la niña y promover la coordinación de acciones destinadas a asegurar la satisfacción de sus derechos y reducir las inequidades que los afecten, a través de un enfoque de desarrollo humano⁽¹⁹⁾.

(15) Los Estados Partes del Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto (art. 3), y reconocen que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado (art. 5).

(16) El nivel de vida adecuado a que refiere art. 11 de dicho pacto incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia.

(17) En 1978, alrededor de un 45% de la población de 0 a 14 años podía ser catalogado como desnutrido, y un 12.3% de los menores de 6 meses presentaba un bajo peso para la edad.

(18) Los objetivos de dicho Acuerdo, en concordancia con las políticas de gobierno, “se fundamentan en el compromiso del país para implementar la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de su ratificación y para ejecutar el Plan de Acción en favor de la Infancia, elaborado a partir de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño adoptada por la Cumbre Mundial en favor de la Infancia el 30 de septiembre de 1990” (art. 2°).

(19) Una descripción extensa del Programa se encuentra en los artículos 4° y 5° de dicho acuerdo.

Por su parte, la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo ha adoptado un conjunto de convenios de relevancia para los recién nacidos, tales como los convenios N°s 42, 103, 115, 136, 156, 159 y 162. Por ejemplo, el Convenio N° 103 de la O.I.T. se refiere a la protección de la maternidad, y se aplica a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio. Toda mujer a la que se aplique dicho convenio tiene derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad de por lo menos doce semanas y a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas⁽²⁰⁾. Una parte de este descanso debe ser tomada obligatoriamente después del parto (art. 3). Durante el descanso de maternidad es ilegal que el empleador le comunique su despido (art. 6). Si una mujer lacta a su hijo/a, está autorizada a interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios lapsos de tiempo, cuya duración ha de ser determinada por la legislación interna o nacional (art. 5)⁽²¹⁾.

La adopción de medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad por los Estados Partes de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, no puede ser considerada como discriminatoria (art. 4°). Los Estados Partes deben establecer medidas para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de hijas e hijos, en la inteligencia de que el interés de los niños/as constituye la consideración primordial en todos los casos (art. 5°). Los Estados Partes han de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer⁽²²⁾, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia (art. 10)⁽²³⁾ (24).

Los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12).

Los Estados Partes de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familias* se comprometen, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en dicha Convención⁽²⁵⁾ (art. 7). Los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate⁽²⁶⁾.

B.3) Normas de rango de ley

En consideración que el conjunto de leyes que se han aprobado en nuestro país para regular la salud de la población es de gran envergadura⁽²⁷⁾, en los párrafos que siguen se ofrece una breve síntesis descriptiva de las principales reglas vigentes.

Sin duda, una de las principales normas vigentes es el D.F.L. N° 1 (D.O. 24/04/2006). En el Capítulo I del Libro I se regula el conjunto de atribuciones y las tareas que corresponde ejecutar al Ministerio de Salud⁽²⁸⁾. La misión del Ministerio de Salud es “contribuir a elevar el nivel de salud de la población, desarrollando armónicamente un sistema de salud centrado en las personas, fortaleciendo el control de los factores que puedan afectar la salud y reforzando la gestión de

(20) Las tasas de las prestaciones en dinero deben ser fijadas por la legislación nacional, pero tienen que ser suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado. Las prestaciones médicas deben comprender la asistencia durante el embarazo y el parto y asistencia puerperal. Las prestaciones médicas y en dinero han de ser concedidas en virtud de un sistema de seguro social obligatorio o con cargo a los fondos públicos (art. 4°).

(21) Las interrupciones de trabajo con el fin de lactar a un hijo deben contarse como horas de trabajo y reenumerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella (art. 5°). Más detalles pueden ser encontrados en los artículos 3° al 6° de dicho Convenio.

(22) Los Estados Partes de dicha Convención otorgarán a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos (art. 9°).

(23) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; y los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial (art. 16).

(24) A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda (art. 11).

(25) Todos los trabajadores migratorios y sus familiares tienen los derechos previstos en dicha Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color,

idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (art. 7°).

(26) Esa atención médica de urgencia no puede negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo (art. 28).

(27) Se han tenido a la vista las siguientes normas con rango de ley: a) Leyes: 18.469, 18.933, 19.198, 19.284, 19.378, 19.419, 19.451, 19.940, 19.628, 19.650, 19.653, 19.664, 19.779, 19.813, 19.863, 19.880, 19.882, 19.886, 19.937, 19.966, 20.015, 20.029, 20.077, 20.096.

b) Decretos con Fuerza de Ley: 725 (1967), 36 (1980), 1 (1989), 1/19.653 (2000), 1/01 (2001), 29 (2004), 30 (2005), 1 (2006). c) Decretos Leyes: 2.147 (1978), 2.763 (1979).

(28) Art. 4°: Al Ministerio de Salud le corresponderá formular, fijar y controlar las políticas de salud. En consecuencia tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

1. Ejercer la rectoría del sector salud, la cual comprende, entre otras materias: a) La formulación, control y evaluación de planes y programas generales en materia de salud. b) La definición de objetivos sanitarios nacionales. c) La coordinación sectorial e intersectorial para el logro de los objetivos sanitarios. d) La coordinación y cooperación internacional en salud. e) La Dirección y orientación de todas las actividades del Estado relativas a la provisión de acciones de salud, de acuerdo con las políticas fijadas.

2. Dictar normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del Sistema, para ejecutar actividades de prevención, promoción, fomento, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas.

3. Velar por el debido cumplimiento de las normas en materia de salud.

La fiscalización de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario y demás leyes, reglamentos y normas complementarias y la sanción a su infracción cuando proceda, en materias tales como higiene y seguridad del ambiente y de los lugares de trabajo, productos alimenticios, inhumaciones, exhumaciones y traslado de cadáveres, laboratorios y farmacias, será efectuada por la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva, sin perjuicio de la competencia que la ley asigne a otros organismos.

La labor de inspección o verificación del cumplimiento de las normas podrá ser encomendada a terceros idóneos debidamente certificados conforme al reglamento, sólo en aquellas materias que éste señale y siempre que falte personal para desarrollar esas tareas y que razones fundadas ameriten el encargo. La contratación se registrará por lo dispuesto en la ley N° 19.886, debiendo cumplir la entidad, al menos, los siguientes requisitos: experiencia calificada en materias relacionadas, de a lo menos tres años; personal idóneo, e infraestructura suficiente para desempeñar las labores. En caso de que estas actividades puedan ser desarrolladas por universidades, las bases de la licitación deberán considerar esta condición

con un mayor factor de ponderación.

4. Efectuar la vigilancia en salud pública y evaluar la situación de salud de la población.

5. Tratar datos con fines estadísticos y mantener registros o bancos de datos respecto de las materias de su competencia. Tratar datos personales o sensibles con el fin de proteger la salud de la población o para la determinación y otorgamiento de beneficios de salud.

Para los efectos previstos en este número, podrá requerir de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, la información que fuere necesaria. Todo ello conforme a las normas de la ley N° 19.628 y sobre secreto profesional.

6. Formular el presupuesto sectorial.

7. Formular, evaluar y actualizar el Sistema de Acceso Universal con Garantías Explícitas, en adelante, también, "Sistema AUGE", el que incluye las acciones de salud pública y las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios a que se refieren los Libros II y III de esta Ley.

8. Formular, evaluar y actualizar los lineamientos estratégicos del sector salud o Plan Nacional de Salud, conformado por los objetivos sanitarios, prioridades nacionales y necesidades de las personas.

9. Fijar las políticas y normas de inversión en infraestructura y equipamiento de los establecimientos públicos que integran las redes asistenciales.

10. Velar por la efectiva coordinación de las redes asistenciales, en todos sus niveles.

11. Establecer los estándares mínimos que deberán cumplir los prestadores institucionales de salud, tales como hospitales, clínicas, consultorios y centros médicos, con el objetivo de garantizar que las prestaciones alcancen la calidad requerida para la seguridad de los usuarios. Dichos estándares se fijarán de acuerdo al tipo de establecimiento y a los niveles de complejidad de las prestaciones, y serán iguales para el sector público y el privado. Deberá fijar estándares respecto de condiciones sanitarias, seguridad de instalaciones y equipos, aplicación de técnicas y tecnologías, cumplimiento de protocolos de atención, competencias de los recursos humanos, y en toda otra materia que incida en la seguridad de las prestaciones.

Los mencionados estándares deberán ser establecidos usando criterios validados, públicamente conocidos y con consulta a los organismos técnicos competentes.

12. Establecer un sistema de acreditación para los prestadores institucionales autorizados para funcionar. Para estos efectos se entenderá por acreditación el proceso periódico de evaluación respecto del cumplimiento de los estándares mínimos señalados en el numeral anterior, de acuerdo al tipo de establecimiento y a la complejidad de las prestaciones.

Un reglamento del Ministerio de Salud establecerá el sistema de acreditación, la entidad o entidades acreditadoras, públicas o privadas, o su forma de selección; los requisitos que deberán cumplir; las atribuciones del organismo acreditador en relación con los resultados de la evaluación; la periodicidad de la acreditación; las características del registro público de prestadores acreditados, nacional y regional, que deberá mantener la Superintendencia de Salud; los aranceles que deberán pagar los prestadores por

las acreditaciones, y las demás materias necesarias para desarrollar el proceso.

La acreditación deberá aplicar iguales estándares a los establecimientos públicos y privados de salud.

13. Establecer un sistema de certificación de especialidades y subespecialidades de los prestadores individuales de salud legalmente habilitados para ejercer sus respectivas profesiones, esto es, de las personas naturales que otorgan prestaciones de salud. Para estos efectos, la certificación es el proceso en virtud del cual se reconoce que un prestador individual de salud domina un cuerpo de conocimientos y experiencias relevantes en un determinado ámbito del trabajo asistencial, otorgando el correspondiente certificado.

Mediante un reglamento de los Ministerios de Salud y Educación, se determinarán las entidades públicas y privadas, nacionales e internacionales, que certificarán las especialidades o subespecialidades, como asimismo las condiciones generales que aquéllas deberán cumplir con el objetivo de recibir la autorización para ello. El reglamento establecerá, asimismo, las especialidades y subespecialidades que serán parte del sistema y la forma en que las entidades certificadoras deberán dar a conocer lo siguiente: los requisitos mínimos de conocimiento y experiencia que exigirán para cada especialidad o subespecialidad, los procedimientos de examen o verificación de antecedentes que emplearán para otorgar la certificación, los antecedentes respecto del cuerpo de evaluadores que utilizarán, los antecedentes que deberán mantener respecto del proceso de certificación de cada postulante y las características del registro público nacional y regional de los prestadores certificados, que deberá mantener la Superintendencia de Salud. Las universidades reconocidas oficialmente en Chile serán entidades certificadoras respecto de los alumnos que hayan cumplido con un programa de formación y entrenamiento ofrecido por ellas mismas, si los programas correspondientes se encuentran acreditados en conformidad con la normativa vigente.

14. Establecer, mediante resolución, protocolos de atención en salud. Para estos efectos, se entiende por protocolos de atención en salud las instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Estos serán de carácter referencial, y sólo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso de que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que deberá constar en una resolución del Ministerio de Salud.

15. Implementar, conforme a la ley, sistemas alternativos de solución de controversias sobre responsabilidad civil de prestadores individuales e institucionales, públicos o privados, originada en el otorgamiento de acciones de salud, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales correspondientes. Los sistemas podrán contemplar la intervención de entidades públicas y privadas que cumplan con condiciones técnicas de idoneidad.

16. Formular políticas que permitan incorporar un enfoque de salud intercultural en los programas de salud en aquellas comunas con alta concentración indígena.

17. Las demás que le confieren las leyes y reglamentos.

la red nacional de atención, para que acoja oportunamente las necesidades de las personas, con la obligación de rendir cuentas a la ciudadanía promoviendo la participación para el ejercicio de sus derechos y deberes”⁽²⁹⁾. Esta norma con rango de ley también regula el Fondo Nacional de Salud Pública (FONASA, Capítulo III), los Servicios de Salud (Capítulo II), el Instituto de Salud Pública (Capítulo IV), la Central de Abastecimiento (Capítulo V), la Superintendencia de Salud (Capítulo VIII). También se refiere a las plantas de personal y a otros materiales (Capítulo VI). Tal como lo indica el art. 1° del D.F.L.:

Al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

En el Libro II del D.F.L. N° 1, se regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y se crea un Régimen de Prestaciones de Salud. El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse. Entre los beneficiarios de este Régimen se incluye las mujeres embarazadas, aun cuando no sea afiliada, y el niño/a hasta los seis años de edad. En suma, toda mujer embarazada tiene derecho a la protección del Estado durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo/a, lo cual comprende el control del embarazo y puerperio. Estas acciones y prestaciones son gratuitas. Además, las trabajadoras tienen derecho al descanso de maternidad y al subsidio de maternidad.

En el Libro III se regula el Sistema Privado de Salud administrado por las Institucionales de Salud Previsional. En lo que a este estudio corresponde, dicha norma prescribe que para el caso del establecimiento de contratos durante el embarazo mismo, éstos deben consignar claramente que la cobertura será proporcional al período que reste para que ocurra el nacimiento⁽³⁰⁾.

El D.F.L. N° 725 (D.O. 31/01/1968) establece el Código Sanitario. Este cuerpo legal rige todas las cuestiones relacionadas con el fomento, protección y recuperación de la salud de los habitantes de la República, salvo aquellas sometidas a otras leyes.

Una importante innovación normativa corresponde a la recientemente aprobada Ley N° 19.966 (D.O. 03/09/2004), en la cual se establece un Régimen General de Garantías en Salud⁽³¹⁾. Dicho régimen determina las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud debe cubrir a sus beneficiarios.

La Ley N° 17.301, sobre la Junta Nacional de Jardines Infantiles (D.O. 07/03/1970, última modificación mediante Ley N° 19.979, D.O. 06/11/2004), establece la creación⁽³²⁾ y construcción de jardines infantiles y las modalidades para la alimentación y la atención médico-sanitaria de párvulos⁽³³⁾. Además establece que toda institución, servicio, empresa o establecimiento, que ocupe veinte o más trabajadoras, debe tener salas-cunas, anexas e independientes del local de trabajo, en donde las mujeres puedan alimentar a sus hijos menores de dos años y dejarlos mientras estén laborando (art. 33).

La Ley N° 18.600 (D.O. 30/01/1987), sobre deficientes mentales, indica en sus arts. 7°, 18 y 19, que las personas naturales que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, pueden postular al subsidio familiar

(29) www.minsal.cl.

(30) Aunque la cirugía plástica con fines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin se excluye de la ley N° 20.015 (art. 33 bis), no se considera que tienen fines de embellecimiento la cirugía plástica destinada a corregir malformaciones o deformaciones sufridas por la criatura durante el embarazo o el nacimiento, ni la destinada a reparar deformaciones sufridas en un accidente, ni la que tenga una finalidad estrictamente curativa o reparadora.

(31) Dicho Régimen es un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud, elaborado de acuerdo al Plan Nacional de Salud y a los recursos de que disponga el país.

(32) La Junta, en un plazo no superior a seis meses contado desde la publicación del reglamento, debe aprobar un plan de creación de jardines infantiles a nivel nacional (art. 11). La construcción de jardines infantiles y la transformación de salas cuna se sujetan a las disposiciones que contiene el reglamento de dicha ley (art. 28).

(33) En el reglamento interno de la Junta se establecerán, de acuerdo con el Servicio Nacional de Salud y el Servicio Médico Nacional de Empleados, las modalidades para proporcionar la leche y los alimentos terapéuticos a los párvulos que les corresponda, y las modalidades necesarias para coordinar de los Jardines Infantiles con el Servicio Nacional de Salud y el Servicio Médico Nacional de Empleados. Dicha atención se prestará en forma gratuita (arts. 30 y 32).

que establece la Ley N° 18.020, y siempre que se encuentren bajo su cuidado permanente⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾.

La Ley N° 20.066 (D.O. 07/10/2005), que derogó la Ley 19.325 (D.O. 27/08/1994), se refiere a la Violencia Intrafamiliar, prescribiendo los pasos del procedimiento en situaciones de denuncias o demandas de violencia intrafamiliar. En el caso de los niños/as o discapacitados, el abogado o procurador que lo represente será su curador *ad litem* por el solo ministerio de la ley. Este punto en particular se abordará más adelante, en la dimensión sobre entorno familiar (*infra* 2.5).

La Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640 (D.O. 15/10/1999) prescribe en sus arts. 1°, 17, 20, 32, 34 y 66 N° 2, las funciones y los principios que orientan la actuación del Ministerio Público. El artículo 66 es de especial interés para este estudio, pues se refiere a medidas para prevenir el consumo indebido de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, indicando normas de protección de la maternidad, contenidas en el Título II del Libro II del Código del Trabajo (arts. 194 al 208).

La Ley Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación, N° 19.477 (D.O. 19/10/1996) expresa que dicho organismo es responsable de velar por la constitución legal de la familia, teniendo por objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas (arts. 3°, 4°, 7°, 16, 24, 33, 43). Le corresponde, también, llevar los registros y efectuar las actuaciones que la ley encomiende. En la dimensión sobre identificación se verán estos puntos con más atención (*infra* 2.3).

La Ley N° 19.947 (D.O. 07/05/2004), conocida como Nueva Ley de Matrimonio Civil, establece que las materias de familia —que son reguladas en dicho cuerpo— han de ser resueltas velando siempre por el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil. El acuerdo común entre los cónyuges separados⁽³⁶⁾ debe regular también la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquél de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. Sobre esta ley en particular, véase lo consignado con ocasión de la dimensión sobre entorno familiar (*infra* 2.5).

La Ley 19.284 (D.O. 14/01/1994, última modificación mediante la Ley N° 20.025, D.O. 29/06/2005) establece las normas para la plena integración social de las personas con discapacidad, y prescribe que la prevención⁽³⁷⁾ y rehabilitación de las discapacidades constituyen una obligación del Estado y un derecho y deber de las personas con discapacidad, de su familia y de la sociedad en su conjunto.

La Ley N° 10.662 (D.O. 23/10/1952; última modificación mediante la Ley N° 19.350 14/11/1994) establece la Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional, y define los derechos a atención médica y dental de los operarios marítimos y sus cónyuges⁽³⁸⁾.

La Ley N° 16.781 (D.O. 02/05/1968; última modificación mediante la Ley N° 18.196, D.O. 29/12/1982), se refiere a la Asistencia Médica y Dental a los Imponentes Activos y Jubilados. Mediante sus arts. 1° y 3°, otorgando asistencia médica y dental a los imponentes activos y jubilados o beneficiarios de subsidios de cesantía de los organismos enumerados en el art. 2° del D.F.L. N° 286 de 1960. El Servicio Médico Nacional de Empleados debe destinar parte de sus recursos ordinarios a la adquisición de leche y alimentos terapéuticos, para distribuirlos gratuitamente a los hijos de los afiliados de los organismos a que se refiere el art. 1° de dicha ley.

La Ley N° 19.419 (D.O. 09/10/1995), se refiere a las actividades relacionadas con el tabaco, estableciendo en su art. 7° que en la mayoría de los lugares públicos o en los lugares en que se preste atención al público está prohibido fumar⁽³⁹⁾.

(34) Los menores que adolezcan de discapacidad mental recibirán dicho beneficio hasta el 31 de diciembre del año en que cumplan 24 años de edad.

(35) El artículo 7° de dicha ley desarrolla tres niveles de prevención para la detección de casos de alto riesgo, su tratamiento temprano y programas de rehabilitación e integración social, todos bajo una coordinación interministerial.

(36) El juez adoptará todas las medidas que contribuyan a reducir los efectos negativos que pudiera representar para los hijos la separación de sus padres.

(37) Se privilegiará la prevención en las áreas de salud, educación, trabajo y comunicación. Dicha prevención procurará principalmente: 1) La atención adecuada del embarazo, del puerperio y del recién nacido para evitar y detectar la deficiencia y discapacidad; 2) El asesoramiento genético; 3) La investigación en el recién nacido de enfermedades metabólicas; 4) La detección y registro de las malformaciones congénitas visibles en los recién nacidos; 5) La promoción de la salud física y mental, principalmente evitando el uso indebido de las drogas, y el abuso del alcohol y el tabaco, y 6) La prevención en accidentes del tránsito, del trabajo y enfermedades ocupacionales (art. 13).

(38) Relativo a la salud del niño, se define que los cónyuges de los asegurados que reúnan las condiciones señaladas en la ley tendrán derecho a las mismas prestaciones médicas de los asegurados, en su caso, las que correspondan a las atenciones propias del embarazo, parto y puerperio.

(39) En los restaurantes, bares, hoteles y demás establecimientos similares, debe señalarse si existen espacios separados para fumadores y no fumadores (art. 7).

La Ley N° 19.541 (D.O. 10/04/1996), sobre Trasplantes y Donación de Órganos, señala en sus arts. 18 y 22 que puede efectuarse el trasplante de órganos de personas menores de edad e incapaces legalmente, siempre que ello sea autorizado por su representante legal y a falta de ello por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes, de grado más próximo en la línea recta o, de no haberlos, por la mayoría de los parientes consanguíneos presentes de grado más próximo en la línea colateral, éstos últimos hasta el tercer grado inclusive⁽⁴⁰⁾.

(40) El art. 22 de la ley N° 19.541 describe las circunstancias en que se puede comprobar la muerte encefálica en recién nacidos.

La Ley N° 19.779 (D.O. 14/12/2001; última modificación mediante Ley N° 20.077, D.O. 24/11/2005) establece las normas relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas⁽⁴¹⁾. Se consigna que las políticas públicas referidas a estos temas deben elaborarse, ejecutarse y evaluarse en forma intersectorial, con la participación de la comunidad, a objeto de establecer políticas específicas para los diversos grupos de la población, y en especial para aquellos de mayor vulnerabilidad, como las mujeres y los niños/as. Se aplica, en lo pertinente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

(41) La Ley N° 19.779 describe las políticas que propenden hacia la prevención, diagnóstico y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), vgr., la asistencia y el libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas, sin discriminaciones de ninguna índole, procurando impedir y controlar la extensión de esta pandemia, así como disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población.

La Ley N° 20.068 (D.O. 10/12/2005) introduce diversas modificaciones a la Ley N° 18.290, sobre tránsito terrestre. La ley establece que los conductores de vehículos son responsables del uso obligatorio de sillas para niños/as menores de cuatro años que viajen en los asientos traseros de los vehículos livianos. Se exceptúan de esta obligación, los servicios de transporte de pasajeros en taxis, en cualquiera de sus modalidades.

El D.F.L. N° 1, (D.O. 30/05/2000; última modificación mediante la Ley N° 20.086, D.O. 15/12/2005) prescribe el procedimiento de la inscripción de nacimientos en el Registro Civil (arts. 2, 3, 5, 6). Este punto se verá más adelante (*infra* 2.3).

El D.F.L. N° 1 (D.O. 16/01/2003; última modificación mediante la Ley N° 20.069, D.O. 21/11/2005) fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Establece, en sus arts. 195 a 208, que las trabajadoras tienen derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y de doce semanas después de él, y que el padre tiene derecho a un permiso pagado de cuatro días en caso de nacimiento de un hijo/a⁽⁴²⁾. Si la madre muriera en el parto o durante el período del permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo/a, corresponde al padre⁽⁴³⁾. Estas materias son tratadas en la dimensión sobre trabajo e integración (*infra* 2.7).

(42) El permiso pagado del padre en caso de nacimiento de un hijo se puede utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de días corridos, o bien distribuido dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

(43) Los arts. 196 a 208 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 describen los requerimientos y derechos relativos al descanso de maternidad.

Por último, también cabe tener presente a la hora de describir la dimensión salud, lo establecido en el Decreto Ley N° 2.465 (D.O. 16/01/1979), a propósito de las obligaciones, funciones y atribuciones del Servicio Nacional de Menores⁽⁴⁴⁾.

(44) Véase lo establecido en la Ley N° 20.032 (D.O. 27/07/2005). También considérese el proyecto de ley presentado el 18 de enero de 2005 (Mensaje N° 309-352), sobre Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia.

B.4) Normas de rango inferior

Para el caso de las normas de rango inferior, dada la enorme cantidad de reglamentos y decretos que se encuentran vigentes, sólo se hará una breve identificación de las normas más relevantes y que se han tenido en cuenta al momento de evaluar críticamente la normativa nacional.

- Decreto N° 170 (Ministerio de Salud, 28/01/2005), aprueba las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías en Salud. El decreto define las enfermedades, su tratamiento y los grupos de beneficiarios.
- Reglamento de Protección Radiológica de Instalaciones Radiactiva (Ministerio de Salud, 25/04/1985). El reglamento indica los niveles de irradiación para mujeres en edad de procrear, mujeres embarazadas y menores de 18 años.

- Reglamento N° 63 (Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 12/09/2005) aprueba el reglamento para la aplicación de la Ley N° 20.001, que regula el peso máximo de carga humana, incluyendo indicaciones específicas para mujeres y menores de 18 años.
- Decreto Supremo N° 356 (Ministerio de Justicia, 03/04/1980), aprueba el Reglamento del Servicio Nacional de Menores.
- Decreto Supremo N° 3 (Ministerio de Salud, 28/05/1984), aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por los Servicios de Salud e Instituciones de Salud Previsional.
- Decreto Supremo N° 289 (Ministerio de Salud, 13/11/1989), aprueba el Reglamento sobre Condiciones Sanitarias Mínimas de los Establecimientos Educativos.
- Decreto Supremo N° 313 (Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 12/05/1973), incluye a Escolares en Seguro de Accidentes de acuerdo con la Ley N° 16.744.
- Decreto Supremo N° 136 (Ministerio Secretaría general de la Presidencia, 06/01/2001), prescribe la Norma de Calidad Primería para Plomo en el Aire, con el objetivo de proteger la población del país y en particular la población infantil.
- Decreto N° 577 (Ministerio de Educación, 12/04/1991), establece Normas Técnico–Pedagógicas para Educandos con Trastornos Motores. Estas normas establecen un máximo de ocho educandos a nivel de educación parvularia.
- Decreto N° 1.574 (Ministerio de Educación, 29/07/1971), aprueba el Reglamento de la Ley 17.301, que crea la Junta Nacional de Jardines Infantiles. El decreto incluye las prescripciones de la construcción de los edificios, las condiciones higiénicas y la supervigilancia de la organización y el funcionamiento de los jardines infantiles.
- Decreto N° 518 (Ministerio de Justicia, 21/08/1998), establece el reglamento de Establecimientos Penitenciarios, incluyendo a los Centros Penitenciarios Femeninos.
- Decreto N° 114 (Ministerio de Salud, 17/06/2005), establece el reglamento sobre Seguridad de los Juguetes. Además, el Decreto N° 158 (agosto de 2003) prohíbe el uso de tolueno en juguetes y artículos de uso infantil.
- Decreto N° 161/82 (Ministerio de Salud, 19/11/1982), aprueba el Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, incluyendo un capítulo sobre los establecimientos que presten atención gineco–obstétrica.
- Decreto N° 239/02 (Ministerio de Salud, 20/06/2003), aprueba el Reglamento del Sistema Nacional de Control de Cosméticos, incluyendo cosméticos, perfumes, lociones y colonias destinadas a niños menores de seis años.
- Decreto N° 261 (Ministerio de Salud, 03/02/2002), aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Profesión de Auxiliares de Enfermería. Se detallan las actividades que desempeña el auxiliar de enfermería en el ejercicio libre de su profesión.
- Decreto N° 374/97 (Ministerio de Salud, 25/08/1997), fija el Límite Máximo Permisible de Plomo en Pinturas que indica, incluyendo pinturas de uso infantil y escolar.
- Decreto N° 369/85 (Ministerio de Salud, 02/01/1986), aprueba el reglamento del Régimen de Prestaciones de Salud. El Decreto define las circunstancias en que las mujeres embarazadas y los menores de seis años hacen uso de las prestaciones.
- Decreto N° 416 (Ministerio de Salud, 22/07/1999), dispone la Vacunación Obligatoria contra la Rubéola de población Femenina que indica.
- Decreto N° 466 (Ministerio de Salud, 12/03/1985), aprueba el reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados, incluyendo medicamentos necesarios para partos.

- Decreto N° 656 (Ministerio de Salud, 17/12/1997), aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.451, que establece Normas sobre Trasplantes y Donaciones de Órganos.
- Decreto N° 977 (Ministerio de Salud, 13/05/1997), aprueba el Reglamento Sanitario de los Alimentos, lo cual incluye la regulación sobre la preparación de las fórmulas para lactantes y alimentos infantiles.
- Decreto N° 163 (Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 13/09/1968), fija el texto de la Ley N° 10.383, de 8 de agosto de 1952, incluyendo las modificaciones contenidas en la Ley N° 16.840, de 24 de mayo de 1968. El decreto declara obligatorio el seguro contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, para todas las personas que se indican y en las condiciones que se establecen en la ley.
- Decreto N° 212 (Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, 21/11/1992), fija el Reglamento de los Servicios Nacionales de Transporte Público de Pasajeros. En su art. 26 bis, prescribe que en los servicios de locomoción urbana y rural se asegurarán asientos de fácil acceso para ser usados por personas con discapacidad.
- Resolución Exenta N° 344 (Ministerio de Salud, 23/06/2005), aprueba las normas técnicas, médicas y administrativas para el Cumplimiento de las Garantías Explícitas en Salud de la Ley N° 19.966 y la aplicación del arancel del Régimen de Garantías Explícitas en Salud de dicha ley.
- Resolución Exenta N° 386 (Ministerio de Salud, 09/02/2004), aprueba el Manual del Programa Nacional de Alimentación Complementaria del Niño Prematuro Extremo.
- Resolución Exenta N° 387 (Ministerio de Salud, 09/02/2004), aprueba el Manual del Programa Nacional de Alimentación Complementaria del Niño con Feni-lquetonuria.
- Resolución Exenta N° 469 (Ministerio de Salud, 18/08/2005), aprueba la norma general técnica N° 77, Guía de Alimentación del Niño Menor de 2 años y Guías Alimentarias hasta la Adolescencia, indicando como principales factores de la prevalencia creciente de enfermedades crónicas no transmisibles el consumo de alimentos hipocalóricos y la falta de actividad física, lo que resulta principalmente preocupante en el caso de los niños y los adolescentes.
- Resolución Exenta N° 472 (Ministerio de Salud, 20/03/2002), aprueba el Texto de Apoyo para Educación de Embarazadas.
- Resolución Exenta N° 536 (Ministerio de Salud, 10/09/1993), aprueba la Norma Técnica sobre Manejo Ambulatorio del Niño con Malnutrición.
- Resolución Exenta N° 777 (Ministerio de Salud, 26/07/2004), aprueba las Normas Generales Técnicas de Estimulación y Evaluación del Desarrollo Psicomotor del Niño y la Niña menor de 6 años.
- Resolución Exenta N° 799 (Ministerio de Salud, 10/07/1995), aprueba la Norma General Técnica N° 8 sobre Hipertensión Arterial.
- Resolución Exenta N° 879 (Ministerio de Salud, 06/06/1997), aprueba el Programa de Salud de la Mujer.
- Resolución N° 939 (Ministerio de Salud, 17/06/1969), define la atención del recién nacido en Servicios de Obstetricia para la Reducción de las tasas de Morbilidad Neonatal.
- Resolución Exenta N° 1.079 (Ministerio de Salud, 28/01/2005), regula el Examen de Medicina Preventiva, describiendo el procedimiento para la prevención de enfermedades en la población.

- Resolución Exenta N° 1.186 (Ministerio de Salud, 01/12/1995), aprueba la Norma General Administrativa N° 4 sobre Derechos del Niño Hospitalizado.
- Resolución Exenta N° 1.832 (Ministerio de Salud, 05/11/1999), aprueba la Norma General Técnica N° 41 sobre la Alimentación del Niño menor de 2 años.
- Resolución N° 2.444 (Ministerio de Salud, 31/07/1980), referente a la recolección, el transporte y la disposición final de basuras. En su art. 4.6, prohíbe el acceso, permanencia y trabajo de menores de 15 años de edad en el basural.
- Ordenanza N° 2C 1.199 (Ministerio de Salud, 01/03/1995), define las Facilidades para el Acceso de Menores de la Red Asistencial del SENAME a los Establecimientos de Salud.
- Circular IF N° 02 (Intendencia de Fondos y Seguros, 27/04/2005), imparte las Instrucciones sobre el Ajuste de los Contratos de Salud a la Ley N° 19.966.
- Circular 2C N° 03 (Ministerio de Salud, 11/01/1988), se refiere a la protección de la mujer embarazada, el recién nacido y niños hasta los 6 años de edad.
- Circular 2C N° 181 (Ministerio de Salud, 05/08/1985), se refiere a los límites de la gratuidad en las prestaciones materno–infantiles en hospitales, consultorios, maternidades y/o servicios de urgencia.
- Ordenanza N° 4F 1.902 (Ministerio de Salud, 17/04/2002), Circular N° 02 (25/01/1996), N° 03 (12/01/1998), N° 3 (25/01/1996), N° 14 (06/03/1996), N° 15 (13/06/2002) y N° 47 (09/08/1993), se refieren al Sistema de Vigilancia, Control y Prevención de Influenza, Cuadros Invasivos producidos por el Aemophilus Influenzae, Cólera, Coqueluche, Tétanos, Diarreas y Infecciones Meningococcicas en Chile.
- Circular N° 15AD 31 (Ministerio de Salud, 04/06/2003), se refiere al Manejo Clínico del Síndrome Respiratorio Agudo Grave.
- Circular N° 15AD 34 (Ministerio de Salud, 12/11/2002), se refiere a la Vigilancia y Control de Hepatitis A y Hepatitis E.
- Manual de Normas Técnicas sobre la Vigilancia de Enfermedades Transmisibles, (Ministerio de Salud, 20/12/ 1999), describe las enfermedades transmisibles, sus características y la modalidad de vigilancia.

C) Segunda Dimensión: Identidad

En este apartado se analiza la normativa vigente más relevante que regula la protección de la identidad de los niños y niñas, en cuanto a inscripción, obtención de cédula, y regulación de residencia para aquellas familias inmigrantes.

C.1) Normas de rango constitucional

La identidad de niñas y niños se encuentra protegida en la Constitución de manera indirecta, a partir de lo establecido en el art. 1° inc. 1°, cuando se señala que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, en relación con la garantía constitucional del art. 19 N° 4 (respeto y protección a la vida privada y la honra de la familia y su persona).

Tal como lo establecen los tratados internacionales, un elemento fundamental de la identidad de toda persona es su nacionalidad. Al respecto, el art. 10 de nuestra Constitución establece quiénes son chilenos:

- 1) los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

- 2) los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero. Con todo, se requerirá que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado, haya adquirido la nacionalidad chilena;
- 3) los extranjeros que obtuvieron carta de nacionalización en conformidad a la ley; y
- 4) los que obtuvieron especial gracia de nacionalización por ley.

C.2) Normas de rango internacional

La *Convención de Derechos del Niño* señala que el niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tiene derecho desde que nace a un nombre⁽⁴⁵⁾, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7.1). Los Estados Partes están obligados a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad⁽⁴⁶⁾, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley (art. 8.1). En el evento que un menor de dieciocho años sea privado de alguno de los elementos de su identidad, el Estado Parte debe prestarle asistencia y protección adecuadas con miras al restablecimiento de su identidad (art. 8.2).

En consonancia con lo anterior, la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* señala, en su artículo 29, que todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad.

En cuanto a la residencia de los trabajadores migrantes, a este aspecto en particular se refieren los arts. 1 y 39.1 de dicha convención.

Por último, cabe mencionar que Chile ha suscrito convenios con otros países sobre el tránsito de personas, pudiendo tener incidencia en el ámbito de la migración, y por ende en los hijos de inmigrantes o extranjeros transeúntes⁽⁴⁷⁾.

C.3) Normas de rango de ley

1. Inscripción del nacimiento

El Registro Civil fue creado en 1884, al publicarse la Ley de Registro Civil (con ocasión de las denominadas “leyes laicas”). Con ella se crea el cargo de Oficial de Registro Civil, a quien se le encomienda llevar por duplicado el Registro de Nacimientos, el Registro de Matrimonios y el Registro de Defunciones. El 10 de febrero de 1930 se dictó una nueva Ley de Registro Civil —Ley N° 4.808— destinada a regular con mayor prolijidad y rigor lo relativo a nacimiento, matrimonio y defunción de las personas. El D.F.L. N° 2.128 (D.O. 28/08/1930), fijó el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil. En 1996 se publicó la Ley Orgánica del Servicio de Registro Civil, N° 19.477, donde se señala que a este organismo le corresponde velar “por la constitución legal de la familia”, siendo su objeto principal “registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas” (art. 3 inc. 1). Con la finalidad de sistematizar y refundir estos textos normativos, el art. 3° del D.F.L. N° 1 (D.O. 30/05/2000) vino a establecer la Ley de Registro Civil que rige en la actualidad.

El Registro Civil es el organismo de la administración pública responsable de establecer y registrar los matrimonios, nacimientos, defunciones y demás actos y contratos referidos al estado civil de las personas (art. 1° del D.F.L. N° 1), otorgar los documentos oficiales que acrediten la identidad, entre otras responsabilidades⁽⁴⁸⁾.

En lo que a este estudio concierne, el Registro Civil debe llevar el Libro de Nacimientos, en el cual se inscriben:

- a) Los nacimientos que ocurran en el territorio de cada comuna⁽⁴⁹⁾.

(45) Aunque no se reconoce expresamente, se entiende que los padres tienen el derecho a seleccionar libremente el nombre que se otorga al menor, no pudiendo el Estado interferir ni afectar este derecho, a menos que la ley señale alguna causal específica para oponerse a la inscripción. Véase la Ley N° 17.344.

(46) Recuérdese que el art. 9 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer reconoce a la mujer los mismos derechos que al hombre en lo concerniente a la nacionalidad de los hijos.

(47) Convenios suscritos por nuestro país respecto del tránsito de personas: Convenio de Facilidades de Tránsito de Personas, Equipajes y Vehículos con Fines Turísticos entre los Gobiernos de la República de Chile y de la República del Ecuador (28/03/1985), Convenio de Turismo y Tránsito de Pasajeros, sus Equipajes y Vehículos, entre la República de Chile y la República del Paraguay (16/12/1976), Convenio de Tránsito de Pasajeros entre Chile y Argentina, Convenio de Libre Tránsito de Turistas, sus Efectos Personales y Vehículos entre Chile y Uruguay (19/07/1979), Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Colombia sobre Turismo, Tránsito de Pasajeros, sus Equipajes y Vehículos (07/12/1980), Acuerdo de Cooperación Turística entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Federativa del Brasil (26/03/1993). En nuestro país se encuentran las siguientes solicitudes reguladas: Solicitud de Carta de Nacionalización, Solicitud de certificado de nacionalizado no nacionalizado, Entrada temporal al Chile en virtud del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá (Guía para las personas de negocios canadienses), Entrada temporal a Chile en virtud del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y Estados Unidos Mexicanos (Guía para las personas de negocios mexicanas), Requisitos para optar a la Nacionalidad Chilena (Informativo M-2), Solicitud de Pronunciamiento sobre Nacionalidad de Extranjero Transeúnte, Solicitud de Carta de Nacionalización.

(48) Para una mejor comprensión de la historia institucional del Registro Civil, véase el D.F.L. N° 51/7102 (1943) y las Leyes N° 10.509 y 17.418.

(49) La Ley N° 19.585, publicada en el D.O. de 26 de octubre de 1999, reformó la normativa referida a la filiación, poniendo término a la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

b) Los nacimientos que ocurran en viaje dentro del territorio de la República o en el mar, o en la comuna en que termine el viaje o en la del primer puerto de arribada.

c) Los nacimientos de hijos de chilenos ocurridos en el extranjero, estando el padre o madre al servicio de la República⁽⁵⁰⁾.

d) Las escrituras públicas de adopción, las que la extingan y las sentencias ejecutoriadas que le pongan término o declaren su nulidad (art. 3°)⁽⁵¹⁾.

Al margen de la inscripción de nacimiento, la ley establece que se deben subinscribir los siguientes hechos, en su caso:

a) Los instrumentos por los cuales se reconoce a un hijo, o por los cuales se repudia ese reconocimiento.

b) Las sentencias que dan lugar a la demanda de desconocimiento de la paternidad del nacido antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio.

c) Las sentencias que determinan la filiación, o que dan lugar a la impugnación de la filiación.

d) Los acuerdos de los padres relativos al cuidado personal del hijo o al ejercicio de la patria potestad.

e) Las resoluciones judiciales que disponen el cuidado personal del hijo, decretan la suspensión de la patria potestad o dan lugar a la emancipación judicial.

f) Las sentencias que anulan el acto de reconocimiento o el de repudiación.

g) Los demás documentos que las leyes ordenan subinscribir al margen de la inscripción de nacimiento (art. 6°).

El Tít. II de la Ley se detiene específicamente en los “nacimientos”. En sus artículos 28 a 33 se establecen normas particulares sólo aplicables para el caso de inscripciones de nacimiento. Interesa destacar las siguientes normas:

Art. 28. Dentro del término de sesenta días, contado desde la fecha en que hubiere ocurrido el nacimiento, deberá hacerse la inscripción del recién nacido, a requerimiento verbal o escrito de alguna de las personas que indica el artículo siguiente.

Art. 29. Están obligados a requerir la inscripción las siguientes personas:

1) El padre, si es conocido y puede declararlo;

2) El pariente más próximo mayor de dieciocho años, que viviere en la casa en que hubiere ocurrido el nacimiento;

3) El médico o partera que haya asistido al parto, o en su defecto, cualquiera persona mayor de dieciocho años.

4) El jefe del establecimiento público o el dueño de la casa en que el nacimiento haya ocurrido, si éste ocurriere en sitio distinto de la habitación de los padres;

5) La madre, en cuanto se halle en estado de hacer dicha declaración;

6) La persona que haya recogido al recién nacido abandonado.

7) El dueño de la casa o jefe del establecimiento dentro de cuyo recinto se haya efectuado la exposición de algún expósito.

Art. 30. La inscripción de un hijo podrá requerirse dentro de los treinta días siguientes a su nacimiento, sólo por el padre o la madre, por sí o por mandatario. Transcurrido este plazo, están obligadas a requerir dicha inscripción las demás personas indicadas anteriormente.

Al momento de efectuarse la inscripción, el padre, la madre o ambos pueden

(50) Estos nacimientos deben inscribirse ante el cónsul chileno respectivo, quien remitirá los antecedentes ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual certificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil para los efectos de su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago. Los hijos de chilenos que no se encuentren al servicio de la República, también pueden ser inscritos de la misma manera (art. 3°).

(51) Los aspectos formales del Libro de Nacimientos se encuentran establecidos en el art. 10. Por su parte, el contenido exacto de todo tipo de inscripciones se encuentra regulado en el art. 12, a lo cual es necesario agregar antecedentes propios de las inscripciones de nacimiento, fijadas en el art. 31. La única posibilidad de modificar una inscripción es a través de sentencia judicial (art. 17), salvo que se trate de omisiones o errores manifiestos, en cuyo caso bastará con la decisión administrativa del Director del Registro Civil. Los certificados o copias de inscripción o subinscripción tienen el carácter de instrumento público (art. 24).

reconocer al recién nacido como hija o hijo suyo. En caso que el padre o la madre no reconozca al recién nacido, el Oficial del Registro Civil se encuentra obligado a informar al solicitante de los derechos que le asisten al niño/a para reclamar la determinación de paternidad o maternidad, según corresponda, y la forma de actuar ante los tribunales de justicia.

La Ley de Registro Civil también se coloca en la hipótesis en que se efectúe el matrimonio de los padres con posterioridad al nacimiento de uno o más hijos/as, pudiendo éstos ser reconocidos. Incluso es más, el Oficial del Registro Civil se encuentra facultado para informar (discretamente) a los contrayentes que pueden reconocer a los hijos/as comunes nacidos con anterioridad (art. 37, en relación al art. 39 N° 10).

En caso de fallecimiento, el Oficial del Registro Civil deberá verificar si el recién nacido estaba inscrito. Si la inscripción de su nacimiento no se hubiere llevado a cabo, entonces corresponderá efectuar tanto la inscripción de nacimiento como la de defunción (art. 45). No será necesario efectuar la inscripción de nacimiento en caso de muerte en el vientre materno o que perece antes de existir completa separación con el cuerpo de la madre.

Una norma que puede ser objeto de polémica es aquella que otorga facultades al Oficial del Registro Civil a recorrer la comuna en la cual se desempeña para procurar el matrimonio de parejas que conviven, y de inscribir el nacimiento de hijas o hijos que no hayan sido inscritos, denunciando a quienes hayan incurrido en falta (art. 51).

2. Determinación del nombre y apellidos

El nombre y apellidos que se deben inscribir son los que el solicitante informa al Oficial del Registro Civil (art. 31 N° 3).

La ley prohíbe otorgar al recién nacido un nombre (1) extravagante, (2) ridículo, (3) impropio de persona, (4) equívoco respecto del sexo, o (5) contrario al buen lenguaje. En estos casos, el Oficial del Registro Civil debe hacer ver al solicitante que la propuesta formulada atenta contra la legislación vigente. Si el solicitante insiste, el Oficial se encuentra obligado a enviar los antecedentes a la justicia ordinaria, para que ésta resuelva en el menor plazo posible, sin forma de juicio, si el nombre propuesto se encuentra o no comprendido dentro de las causales de prohibición.

En caso que el Oficial advierta errores de menor relevancia en la solicitud de inscripción, en ese caso prima la voluntad del solicitante. Con todo, el Oficial del Registro Civil debe hacer ver tales errores al momento de la inscripción, y dejar a criterio del solicitante la decisión final, quien tiene derecho a optar entre acoger la sugerencia del Oficial o mantener su propio criterio.

3. Cambio de nombres y apellidos

Otra norma legal que interesa revisar a propósito de la dimensión identidad es la Ley N° 17.344 (D.O. 22/09/1970), que autoriza el cambio de nombres y apellidos. El texto refundido de esta norma se encuentra en el citado D.F.L. N° 1 de 2000 (art. 4°).

En su art. 1° reconoce que toda persona tiene derecho a usar los nombres y apellidos con que haya sido individualizada en su respectiva inscripción de nacimiento.

También se reconoce el derecho a cambiarse de nombres y apellidos, por una sola vez⁽⁵²⁾, en los siguientes casos:

a) Cuando unos u otros sean ridículos, risibles o la menoscaben moral o materialmente;

(52) Sin perjuicio de los casos en que las leyes autorizan la rectificación de inscripciones del Registro Civil, o el uso de nombres y apellidos distintos de los originarios a consecuencia de una legitimación, legitimación adoptiva o adopción.

b) Cuando el solicitante haya sido conocido durante más de cinco años, por motivos plausibles, con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios. En este caso que una persona haya sido conocida durante más de cinco años, con uno o más de los nombres propios que figuran en su partida de nacimiento, el titular podrá solicitar que se supriman en la inscripción, en la de su matrimonio y en las de nacimiento y en las de nacimiento de sus descendientes menores de edad, en su caso, el o los nombres que no hubieren usado.

c) En los casos de filiación no matrimonial o en que no se encuentre determinada la filiación, para agregar un apellido cuando la persona hubiera sido inscrita con uno solo o para cambiar uno de los que se hubieren impuesto al nacido, cuando fueren iguales.

d) La persona cuyos nombres o apellidos, o ambos, no sean de origen español, podrá solicitar se la autorice para traducirlos al idioma castellano. Podrá, además, solicitar autorización para cambiarlos, si la pronunciación o escritura de los mismos es manifiestamente difícil en un medio de habla castellana.

Si el interesado es un menor de edad que carece de representante legal, o si teniendo éste se niega a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos, o si está impedido por cualquier causa a hacerlo, el juez que conozca de la causa debe resolver, con audiencia del niño/a, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del Defensor de Menores y aun de oficio.

En calidad de norma especialísima, la Ley N° 19.253 (D.O. 05/10/1993), conocida como Ley Indígena, establece una norma de discriminación positiva en su art. 71:

Autorízase a las personas rapa nui o pascuense para rectificar su partida de nacimiento requiriendo al efecto al tribunal competente que anteponga el apellido de la madre al del padre cuando ello tenga por objeto preservar un patronímico de la etnia rapa nui o pascuense. Del mismo modo, podrán solicitar la rectificación de sus apellidos cuando, por cualquier circunstancia, hubieren sido privados de sus apellidos originales rapa nui o pascuense y sólo para recuperarlos. Estas solicitudes se tramitarán de conformidad con la ley N° 17.344, de 1970, directamente por el interesado o por su representante legal.

Con todo, para el mismo objeto, tratándose de una inscripción de nacimiento, bastará que así lo manifiesten al Oficial del Registro Civil personalmente el padre y la madre del infante, para que aquél proceda a inscribirlo anteponiendo el apellido materno al paterno.

4. Demandas de maternidad o paternidad

También interesa destacar lo establecido mediante la Ley N° 20.030 (D.O. 05/07/2005), sobre presentación de antecedentes en caso de demandas de maternidad o paternidad, incorporando modificaciones al Código Civil, pues se deroga el artículo 196 que limitaba el ejercicio de la acción de reclamación de filiación ya que debían presentarse “antecedentes suficientes” que hicieran plausibles los hechos en que se fundaba. A partir de la Ley N° 20.030, esto ya no se exige, ampliando las posibilidades de intentar la acción.

5. Adopción

Un aspecto no menor para la definición y construcción de la identidad de niñas y niños, aunque con mayor relevancia para los mayores de tres meses de edad, se refiere al tema de la adopción (cfr., Ley N° 19.620 y Decreto N° 944 de 2000). Este aspecto será tratado más adelante, en la dimensión de entorno y relaciones familiares, aunque no se puede descuidar el hecho que la identidad de una niña o niño puede variar en caso de adopción.

6. Situación de hijos de extranjeros (transeúntes)

En otro orden de materias, el Decreto Ley N° 1.094 (D.O. 19/07/1975) establece normas sobre extranjeros en Chile. En su art. 1° indica que el ingreso al país, la residencia, la permanencia definitiva, el egreso, el reingreso, la expulsión y el control de los extranjeros se rigen por este D.L. En el art. 4° se consignan las categorías de extranjeros que ingresan al país: turista, residente (residente sujeto a contrato, residente estudiante, residente temporario y residente con asilo político), residentes oficiales (diplomáticos y sus familiares), e inmigrantes. Respecto de estos últimos, además del D.L. N° 1.094, rige el D.F.L. N° 69 (1953). El control de ingreso de ciudadanos extranjeros en nuestro país es otorgado a la Policía de Investigaciones de Chile⁽⁵³⁾.

(53) Véase el Decreto Ley N° 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones.

Como una medida de seguridad de los menores de edad, el art. 16 del D.L. N° 1.094 indica que está prohibido el ingreso al país de menores de dieciocho años que no sean acompañados por su padre, madre o guardador y que carezcan de autorización escrita de uno de ellos o del tribunal competente, debidamente refrendada por la autoridad chilena.

Los turistas pueden ingresar al país por un período máximo de 90 días, el que es prorrogable. En la actualidad ocurre que los turistas que desean mantenerse en Chile “hacen frontera”, esto es, cada cierto tiempo salen del país transitoriamente para luego volver a ingresar.

C.4) Normas de rango inferior

No se aprecian normas de rango inferior de relevancia en esta dimensión. Sí merecen ser mencionados el Decreto Supremo N° 5.142, que fija el texto refundido de las disposiciones sobre nacionalización de extranjeros, el Decreto Supremo N° 597, sobre Reglamento de Extranjería, el Decreto Supremo N° 51, sobre Reglamento Orgánico de la Policía de Investigaciones.

D) Tercera Dimensión: Aprendizaje

D.1) Normas de rango constitucional

La Constitución asegura a todas las personas el derecho a la educación (art. 19 N° 10). Corresponde al Estado otorgar especial atención al ejercicio de este derecho, aunque se reconoce a los padres el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos/as. Desde un punto de vista de los objetivos estratégicos, el sistema educacional persigue que las personas alcancen un pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida.

Cualquier persona que vea su derecho a la educación lesionado, por actuaciones de la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, tiene derecho a reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño (art. 38 inc. 2).

A diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las garantías constitucionales, si el derecho a la educación es vulnerado, no es posible interponer un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, al no estar incorporada esa posibilidad dentro de las causales fijadas en el art. 20.

Esta falencia afecta especialmente a las jóvenes que cambian de estado civil o que se encuentran embarazadas, en especial cuando establecimientos educacionales cometen actos discriminatorios en su contra.

Por último, ténganse presentes los arts. 1°, 19 N° 2, 19 N° 3 y 19 N° 4.

D.2) Normas de rango internacional

La Convención sobre los Derechos del Niño (D.O. 27/09/1990) reconoce el derecho del niño/a a la educación, a fin de que tal derecho se ejerza progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades (art. 28.1).

Por otra parte, los Estados signatarios de la Convención se han obligado a fomentar y alentar “la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo” (art. 28.3).

Los Estados Partes han convenido que la educación del niño/a ha de estar encaminada a los siguientes fines: “a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.” (art. 29).

La Convención además señala, en su art. 19, que los Estados Partes deben adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

En consideración que este estudio sólo se refiere a los derechos de quienes están por nacer y de los recién nacidos hasta los tres meses de edad, por razones obvias no será necesario entrar a detallar otros aspectos desarrollados en la comunidad internacional sobre el derecho del niño a la educación.

En cambio, sí se prestará atención a los siguientes temas: a) sala cuna; b) estimulación temprana; c) nivelación de estudios de los padres; d) educación sexual de los padres; e) protección de la madre frente a la discriminación en el acceso a la educación.

D.3) Normas de rango de ley

La educación es concebida en nuestro ordenamiento como un proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida y que tiene por finalidad que las personas alcancen “un desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, enmarcados en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad” (art. 2º Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, LOCE, D.O. 07/03/1990).

La LOCE reitera la garantía constitucional del derecho a la educación (art. 2º inc. 2). Distintas modificaciones a la LOCE han amplificado el radio de acción de dicho derecho. Por ejemplo, los actuales incisos 3º, 4º y 5º del art. 2º señalan que:

El embarazo y la maternidad, no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso⁽⁵⁴⁾.

(54) Ley N° 19.688, art. único, D.O. 05/08/2000. Además véase el reglamento respectivo (Decreto N° 791, 2004, Mineduc).

Es también deber del Estado fomentar el desarrollo de la educación en todos los niveles, en especial la educación parvularia, y promover el estudio y conocimiento de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, fomentar la paz, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística, la práctica del deporte y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación⁽⁵⁵⁾.

Las infracciones a lo dispuesto en el inciso tercero precedente serán sancionadas con multas de hasta 50 unidades tributarias mensuales, las que podrán doblarse en caso de reincidencia. Las sanciones que se impongan deberán fundarse en el procedimiento establecido en el inciso segundo del artículo 24 de la presente ley.

En complemento con lo establecido en el art. 2° inc. 4° de la LOCE, la Ley 18.956 (D.O. 08/03/1990) consigna que el Ministerio de Educación es el organismo público encargado de fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles (art. 1°); para lo cual debe proponer y evaluar las políticas y los planes de desarrollo educacional y cultural (art. 2° letra a), entre otras funciones.

Además, cabe tener presente que por *educación parvularia*, nuestra legislación entiende que se trata de aquel nivel educativo que atiende integralmente a los niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica. “Su propósito es favorecer de manera sistemática, oportuna y pertinente, aprendizajes relevantes y significativos en los párvulos, apoyando a la familia en su rol insustituible de primera educadora (art. 6° bis de la LOCE⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾).

El Código del Trabajo obliga a todas las empresas que ocupan veinte⁽⁶⁰⁾ o más trabajadoras, de cualquiera edad o estado civil, a tener *salas cunas*, esto es, espacios anexos e independientes del local de trabajo donde las mujeres pueden dar alimento a sus hijos/as menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo (art. 203)⁽⁶¹⁾. Los costos de las salas cunas corresponden al empleador (art. 205)⁽⁶²⁾ ⁽⁶³⁾.

Desde el punto de vista de los derechos de la madre y del recién nacido, el art. 206 señala que las madres trabajadoras tienen el derecho *irrenunciable* de disponer de dos porciones de tiempo, que en conjunto no excedan de una hora al día, para dar alimento a sus hijos. Las horas en que la madre puede estar con el recién nacido se consideran trabajadas.

El control de las normas de higiene y seguridad de estos organismos es confiado a la Junta Nacional de Jardines Infantiles y a la Dirección del Trabajo (art. 207). El Código faculta a cualquier persona a formular denuncia en caso que se nieguen los derechos descritos precedentemente, en cuyo caso el infractor será sancionado con una multa de catorce a setenta U.T.M.; monto que se duplica en caso de reincidencia.

En cuanto a las reglas de construcción o transformación de salas cunas, además de las autoridades habitualmente encargadas de los permisos respectivos y de la fiscalización de las obras, el Código del Trabajo obliga al Ministerio de Educación a revisar y certificar el cumplimiento de estándares técnicos (art. 204).

La Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI) fue creada mediante la Ley N° 17.301, y su reglamento orgánico se encuentra contenido en el Decreto Supremo N° 1.574, de 1971. En apretada síntesis, la JUNJI tiene por misión entregar educación parvularia a niñas y niños hasta su ingreso a la educación general básica y que pertenecen a sectores en situación de pobreza y vulnerabilidad social. Dicho objetivo se logra a través de la administración directa o en convenio de jardines infantiles, tanto en el sector público como privado. Desde 1990 a la fecha, la JUNJI ha implementado diversos programas educativos tendientes a ampliar la cobertura de atención, y dar respuesta al derecho a la educación de niñas y niños⁽⁶⁴⁾. Los Programas Educativos Institucionales tienen por finalidad proporcionar una educación de calidad, oportuna y pertinente, que propicie aprendizajes relevantes en función del bienestar y desarrollo pleno de los menores como personas, en coherencia con las Bases Curriculares de la Educación Parvularia⁽⁶⁵⁾.

(55) Ley N° 19.938, art. único, D.O. 10/03/2004; Ley N° 19.712, art. 77, D.O. 09/02/2001; Ley N° 19.979, art. 10.1, D.O. 06/11/2004.

(56) Ley N° 19.771, art. único N° 2, D.O. 15/11/2001.

(57) El Título II de la LOCE (arts. 21 a 28) se refiere al reconocimiento oficial del Estado —a través de la Secretaría Regional Ministerial de Educación que corresponda— a establecimientos que imparten enseñanzas en los niveles parvulario, básico y medio; en especial véase el art. 21 bis (requisitos para el reconocimiento de establecimientos que impartan enseñanza parvularia). Véase el Decreto N° 177 (D.O. 18/07/1996), sobre requisitos de adquisición y pérdida de este reconocimiento oficial que hace el Estado. Además consúltense las Bases Curriculares de la Educación Parvularia elaboradas por el Ministerio de Educación.

(58) La Ley N° 19.864 (D.O. 08/04/2003) modificó el Título II de la LOCE, fijando requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos que impartan enseñanza parvularia (art. 21 bis), las consecuencias de la pérdida posterior de tales requisitos (art. 24 bis), la exigencia de un procedimiento administrativo sumario (art. 24 bis). Además, la Ley N° 19.864 vino a modificar la Ley N° 17.301, sobre la Junta Nacional de Jardines Infantiles, y el D.F.L. N° 458, de Vivienda y Urbanismo.

(59) Las personas que se desempeñen como educadores de párvulos han de cumplir con las exigencias del Decreto N° 352 del Ministerio de Educación (D.O. 12/03/2004). Además véase la Resolución Exenta N° 1.913 del Ministerio de Educación (17/03/2005), en la que se aprueba el instructivo sobre el procedimiento para otorgar autorizaciones para ejercer la docencia.

(60) La Dirección del Trabajo ha determinado que para los efectos de determinar la procedencia del beneficio de sala cuna establecido en el art. 203 del Código del Trabajo, se debe contabilizar el número total de trabajadoras de la empresa, independientemente del lugar físico donde éstas presten efectivamente sus servicios (v. gr., Ord.: N° 1680/101 de 14/04/1998; Ord.: N° 5413/241 de 04/10/1996; Ord.: N° 6915/319 de 13/12/1996; Ord.:

N° 7152/349 de 30/12/1996; Ord.: N° 7168/309 de 13/11/1995). En caso que el número de trabajadores disminuya, la Dirección del Trabajo ha indicado que las mujeres que gocen del beneficio tienen derecho a que la empresa cubra los gastos por concepto de sala cuna hasta que el menor cumpla dos años de edad (v. gr., Ord.: N° 4430/192 de 07/08/1996).

(61) La Dirección del Trabajo ha determinado que por aplicación del art. 5° del Código del Trabajo, el derecho a la sala cuna es irrenunciable (v. gr., Ord.: N° 546/34 de 02/02/2004; Ord.: N° 1399/76 de 08/05/1999).

(62) La Dirección del Trabajo ha determinado que la obligación del empleador para el mantenimiento de las salas cunas, comprende la de cuidar y conservar el lugar en condiciones que permitan la permanencia, cuidado y atención de los menores de dos años, y la obligación de suministrar o proveer la alimentación que los menores requieren mientras permanezcan en esos establecimientos (v. gr., Ord.: N° 3126/85 de 21/07/2005).

(63) La Dirección del Trabajo ha determinado que no resulta jurídicamente procedente que el empleador cumpla con la obligación prevista en el art. 203 del Código del Trabajo, pagando directamente a las respectivas trabajadoras una suma de dinero para solventar los gastos de sala cuna (v. gr., Ord.: N° 135/06 de 08/01/1996; Ord.: N° 3282/95 de 12/08/2003).

(64) Cfr. considerandos 1° y 2° de la Resolución Exenta N° 015/1362 de la JUNJI (09/08/2005).

(65) Cfr. considerando 4° de la Resolución Exenta N° 015/1362 de la JUNJI (09/08/2005). Los programas educativos y modalidades de acción de la JUNJI se pueden resumir en el siguiente cuadro:

Programas educativos	Modalidades de acción
Programa jardín infantil	Jardín infantil clásico
Programa alternativo de atención	Jardín familiar; jardín laboral; jardín estacional; jardín en comunidades indígenas
Programa para la familia	Desarrollo y aprendizaje temprano desde el centro de salud familiar (cesfam); patio abierto; comunicacional

Los únicos programas educativos que cubren el período de desarrollo al cual se circunscribe este estudio —hasta los tres meses desde el nacimiento— corresponden a los Programas para la Familia. El CESFAM se encuentra a cargo de una educadora de párvulos, y está orientado a niñas y niños desde que nacen hasta los tres años de edad, cuya función es colaborar en el desarrollo y aprendizaje temprano, proporcionando material de apoyo a la familia para desarrollar la labor educativa y funciona en un box del Centro de Salud Familiar. El Programa Comunicacional, por su parte, también se encuentra a cargo de una educadora de párvulos, y está orientado a niñas y niños de 0 a 4 años 11 meses de edad; se transmite por radio y proporciona materiales de apoyo para que las familias puedan desarrollar sus labores educativas.

D.4) Normas de rango inferior

El Decreto N° 177 del Ministerio de Educación (D.O. 18/07/1996) reglamenta los requisitos de adquisición y pérdida del reconocimiento oficial del Estado a los establecimientos educacionales de enseñanza parvularia, básica y media, en conformidad a lo sostenido en la LOCE. El art. 3° de dicho decreto obliga a los establecimientos educacionales de enseñanza parvularia a tener un proyecto educativo que tenga como referente las Bases Curriculares de la Educación Parvularia.

Los establecimientos educacionales que imparten educación parvularia se estructuran de la siguiente manera:

- Sala Cuna: o a 2 años de edad⁽⁶⁶⁾
- Nivel Medio: 2 a 4 años de edad
- Nivel de Transición: 4 a 6 años de edad

Estos establecimientos además deben cumplir con la normativa vigente en materia de infraestructura, y en particular con lo consignado en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, las exigencias sanitarias, lo establecido en el Decreto N° 548 (1988), y lo que en definitiva determine la respectiva Dirección de Obras Municipales de la comuna en que se ubique el establecimiento (art. 5°). Todos los antecedentes deben ser presentados en la Oficina de Partes de la Secretaría Regional Ministerial respectiva, pudiendo ser solicitada la aprobación respectiva a la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

El art. 14 del decreto establece que “los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado estarán sujetos a la supervisión y fiscalización del Ministerio de Educación y de la Junta Nacional de Jardines Infantiles en el caso de los establecimientos educacionales que imparten educación parvularia”. Funcionarios de ambas entidades están obligados a verificar el cumplimiento permanente de los requisitos para mantener el reconocimiento oficial (art. 15)^{(67) (68)}.

Las Bases Curriculares de la Educación Parvularia se encuentran contenidas en el Decreto N° 289 del Ministerio de Educación (D.O. 09/01/02), y tienen por finalidad fijar el currículo para dicho nivel educativo, orientando técnica y procedimentalmente la gestión educativa en los establecimientos de educación parvularia. Se trata de “un marco referencial amplio y flexible, que admite diversas formas de realización; sus definiciones se centran en un conjunto de fundamentos y en una organización de ámbitos y núcleos de aprendizaje, que definen un cuerpo de aprendizajes esperados que pueden ser seleccionados, especificados, desglosados y complementados; sus orientaciones sobre cómo aprenden los niños/as son generales y deben ser especificadas y realizadas por las instituciones, programas y proyectos educativos que constituyen el nivel, de acuerdo con su propia diversidad y con la de los contextos en que trabajan. De acuerdo a esto, las Bases Curriculares posibilitan diferentes énfasis curriculares, considerando, entre otras dimensiones de variación, la diversidad étnica y lingüística” (art. 2°).

Además recuérdese que los padres que tengan hijos o hijas en establecimientos de educación parvularia, incluyendo a las salas cunas, tienen derecho a constituir un centro de padres y apoderados, en conformidad a lo dispuesto en el Decreto N° 565 del Ministerio de Educación (D.O. 08/11/1990)^{(69) (70)}.

Otra norma de interés a la hora de describir la dimensión “educación” del estudio consiste en el Decreto N° 89 del Ministerio de Educación (D.O. 06/04/1990) se refiere a los planes y programas de estudio para educandos con déficit visual. Se hace mención de la importancia que tiene para el lactante no vidente recibir estimulación temprana. Si bien son los padres los primeros llamados en acompañar al lactante no vidente, se requiere de la colaboración de especialistas que oriente

(66) En esta categoría se distingue entre Sala Cuna Menor (0 a 1 año), y Sala Cuna Mayor (1 a 2 años).

Para este nivel se exige una educadora o educador de párvulos hasta cuarenta lactantes, distribuidos en dos grupos a lo menos, y una técnica o técnico de educación parvularia hasta seis lactantes. También debe haber un manipulador de alimentos por cada 40 lactantes (art. 4°). El local debe contar, además, con un recinto especial destinado a cocina de leche (art. 5°), elementos de enseñanza y material didáctico suficiente, en consideración del número de alumnos que puede atender (art. 6°).

(67) Art. 16 inc. 1°: El Secretario Regional Ministerial de Educación que corresponda, mediante resolución, ordenará la instrucción del proceso, formulará cargos y designará un investigador encargado de su tramitación, quien podrá investigar los hechos, solicitar informes y/o disponer diligencias.

Art. 16 inc. 2°: Cuando se trate de un establecimiento educacional que imparta educación parvularia el procedimiento también podrá iniciarse a solicitud de la Junta Nacional de Jardines Infantiles.

(68) Véase el procedimiento de pérdida de reconocimiento oficial en los arts. 16 a 19 del decreto.

(69) El Decreto N° 565 se refiere a los establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Ministerio de Educación, sin distinguir entre las distintas categorías o niveles de educación. Puesto que el legislador no ha distinguido, entonces se entiende que también deben considerarse a los padres cuyos hijos asisten a un establecimiento de educación parvularia.

(70) El Reglamento Interno de cada Centro de Padres debe determinar la organización del mismo, considerando a lo menos los siguientes organismos: Asamblea General, Directorio, Consejo de Delegados de Curso, Sub-Centros (art. 5°).

a la familia en el proceso de educación integrada, a objeto de conducir al niño/a deficiente visual al logro de condiciones de vida normal.

En caso que el recién nacido sea portador del VIH y/o se encuentre enfermo de SIDA, no puede verse impedido de ingresar a un establecimiento de educación parvularia, en conformidad a la garantía constitucional que asegura el derecho a la educación. En esa dirección, la Circular N° 875 del Ministerio de Educación (17/05/1994) orienta a los establecimientos educacionales del país sobre el manejo habitual de situaciones de riesgos reales y científicamente comprobadas, en especial del VIH/SIDA. El Ministerio de Educación ha instruido explícitamente a los establecimientos a que acepten el ingreso de niñas y niños portadores del VIH y/o estén enfermos de SIDA, les faciliten su permanencia y comprometan al personal docente en la atención, apoyo y solución de situaciones problemáticas que pudieran afectar los procesos de aprendizaje de los educandos que sufren deterioro de salud.

En caso que una estudiante se encuentre embarazada, con la finalidad de asegurar su derecho a la educación y su permanencia en el establecimiento educacional respectivo, la División de Educación General del Ministerio de Educación emitió la Circular N° 247 (27/02/1991), indicando que “los educandos que cambien su estado civil y/o se encuentren en estado de gravidez, terminarán su año escolar en el mismo establecimiento en calidad de alumno regular”, “y al año siguiente, los alumnos señalados podrán continuar sus estudios en sus establecimientos de origen o en establecimientos diurnos, vespertinos o nocturnos”.

E) Cuarta Dimensión: Entorno familiar

En este apartado se analiza la normativa vigente más relevante que regula la protección de un entorno familiar adecuado para los niñas y niños, particularmente la conservación del contacto del padre y/o madre con el niño o niña en caso de separación o divorcio, la institución de la adopción, la protección y apoyo en casos de violencia intrafamiliar, de abuso sexual; y las relaciones familiares en general.

E.1) Normas de rango constitucional

Nuestra Carta Fundamental protege de modo directo, aunque genérico el entorno familiar en que deben desarrollarse nuestras niñas y niños, al prescribir en su artículo 1° que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” y que el Estado, que está al servicio de la persona humana y cuya finalidad es promover el bien común, “debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” Además el Estado debe “dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta” (incisos 2°, 4° y 5° respectivamente). Este artículo 1° se relaciona con las garantías constitucionales prescritas en el artículo 19 N° 1 (derecho a la integridad física y psíquica de la persona)⁽⁷¹⁾, N° 3 (la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos), N° 4 (respeto y protección a la vida privada y a honra de la persona y de su familia) y N° 5 (inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada).

La vulneración de cualquiera de estas garantías permite al afectado interponer el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 20).

A mayor abundamiento, el artículo 38, inciso 2° prescribe que se podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, de las lesiones que la Administración del Estado, sus organismos o las municipalidades ocasionen en los derechos de cualquier persona, todo esto es sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

(71) En armonía con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”).

E.2) Normas de rango internacional

Esencial en esta materia es la Convención sobre los Derechos del Niño⁽⁷²⁾, la que se preocupa de la necesidad de proporcionar a los niños y niñas un adecuado entorno familiar, ya desde su Preámbulo se resalta de modo especial la responsabilidad que le cabe a la familia en lo referente a la protección y asistencia de los niños y niñas.

El artículo 5, a su turno enfatiza que el Estado debe respetar las responsabilidades y derechos de los padres y madres, así como de los familiares, de impartir al niño/a orientación apropiada a la evolución de sus capacidades. Más tarde el artículo 18 prescribe que es responsabilidad primordial de ambos padres la crianza y el desarrollo de los niños y niñas, por eso es que tienen obligaciones comunes, siendo su preocupación fundamental el interés superior del niño/a. Incluso el Estado deberá brindar la asistencia necesaria en el desempeño de esas funciones (Nº 1 y 2).

Las niñas y niños tienen el derecho de vivir con su madre y su padre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño o niña. También es un derecho de la niña y del niño el mantener contacto directo y personal con ambos padres, de modo regular, si está separado de uno de ellos o de los dos. (Artículo 9 Nº 1 y 3).

Tratándose de las niñas y niños que se encuentren privados de su medio familiar, ya sea de modo temporal o permanente, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, el que deberá asegurarles que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar⁽⁷³⁾. (Artículo 20).

En este mismo sentido, el artículo 21 nos señala que aquellos estados que reconocen y/o permiten la adopción, cuidarán que la consideración primordial sea velar por el interés superior del niño y además que se reúnan todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción sea admisible⁽⁷⁴⁾.

Es también un derecho de las niñas y niños, como de sus padres, el salir de cualquier país y entrar en el propio, con el propósito de lograr la reunificación familiar o la conservación de la relación entre unos y otros. (Artículo 10)⁽⁷⁵⁾ ⁽⁷⁶⁾.

El artículo 16 otorga protección a la vida privada de los niños y niñas y sus familias, a través de la prohibición de toda injerencia en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia. Asimismo se les protege de ataques a su honra o a su reputación⁽⁷⁷⁾.

El Estado también debe proteger a los niños/as que sufran cualquier forma de maltrato perpetrados por los padres, madres o cualquiera otra persona responsable de su cuidado, y establecer medidas preventivas y de tratamiento al respecto. (Artículo 19). En concordancia está el artículo 39, que prescribe que el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para la recuperación y reintegración social de las niñas y niños víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso⁽⁷⁸⁾.

Sin duda, el nivel de vida, es un elemento importante para lograr un entorno familiar adecuado, el artículo 27 se encarga de establecer que todo niño/a tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida apropiado para su desarrollo, este tema es de responsabilidad primordial de padres y madres, mientras que el Estado está obligado a adoptar las medidas adecuadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida.

En ocasiones, el entorno familiar más adecuado se logra a través de la adopción, de ella se encarga la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores⁽⁷⁹⁾. Esta Convención se aplica a las diversas formas de adopción que equiparen al adoptado a la condición de hijo/a cuya filiación

(72) Promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo Nº 830, del Ministerio de Relaciones Exteriores, el 14 de agosto de 1990. Publicado en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile.

(73) Tales como colocación en instituciones adecuadas, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

(74) Ver más adelante la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores y la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional.

(75) Concordante es el Convenio sobre Restitución Internacional de Menores con la República Oriental de Uruguay, Decreto Nº 288, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 14 de abril de 1982, publicado el 31 de mayo de 1982.

(76) También para facilitar las relaciones entre los padres y sus hijos es que existe el Acuerdo con Argentina para la Supresión de la Legalización Consular en las Venias y Autorizaciones de Viajes para Menores de Edad, Decreto Nº 585, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 21 de abril de 1998 y publicado el 14 de julio de 1998.

(77) Esto es plenamente concordante con el artículo 19 Nº 5 de nuestra Constitución.

(78) En este mismo sentido apunta el Convenio sobre protección mutua de menores, suscrito en Santiago el 14 de abril de 1982, entre los gobiernos de las repúblicas de Chile y de Uruguay; Decreto Nº 588, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 30 de agosto de 1983, publicado en el Diario Oficial el 4 de enero de 1983.

(79) Decreto Nº 24, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 25 de enero de 2002, publicado el 30 de abril de 2002.

esté legalmente establecida, cuando el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro. También es importante la Convención sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional⁽⁸⁰⁾, ya que nos reafirma la idea de que el desarrollo ideal de los niños y niñas debería producirse con su familia de origen, en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión. Por lo tanto, el “Estado debería adoptar, como un asunto prioritario, las medidas apropiadas que permitan que el niño permanezca al cuidado de su familia de origen”. Pero también reconoce que la adopción internacional puede representar, la ventaja de tener una familia estable (Preámbulo).

Existen también Convenciones Internacionales que se encargan en términos generales de la protección de los derechos de todos los hombres y mujeres⁽⁸¹⁾; es el caso de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes⁽⁸²⁾ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁽⁸³⁾. En ocasiones, ciertamente nos encontramos con referencias específicas a la franja etaria que nos interesa, este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽⁸⁴⁾ (artículos 3, 6, 7, 8, 10, 14 y 24). Especialmente nos interesan el artículo 14 N° 4, que se refiere al “procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales” y el artículo 24, que particularmente se refiere a los derechos que tiene “todo niño”⁽⁸⁵⁾. Lo mismo sucede con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)⁽⁸⁶⁾ (artículos 4, 5, 6, 17, 18, 26 y 27), específicas referencias a la familia y al derecho al nombre que tiene todo niño y niña, existen en los artículos 17 y 18.

A veces la protección se refiere específicamente a la mujer⁽⁸⁷⁾, así, la Convención Internacional relativa a la represión de la Trata de Blancas⁽⁸⁸⁾, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁽⁸⁹⁾ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁽⁹⁰⁾.

Por último existen Convenios específicos para los niños y niñas, que tienen un objeto bien concreto, es el caso del Acuerdo de Cooperación Técnica con el fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)⁽⁹¹⁾, cuyo objetivo es ejecutar el Plan de Acción a favor de la Infancia, para ello fija estrategias y líneas de acción bien definidas.

E.3) Normas de rango de ley

El principal cuerpo normativo que regula los derechos y obligaciones entre los padres y sus hijos/as, es el Código Civil, específicamente los Títulos IX y X, de su Libro I. Ya que allí se señala que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior de hijo/a, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible (artículo 222). Además el cuidado personal, la crianza y educación de los hijos/as les corresponde a ambos padres de consuno (artículo 224), sólo si ellos están separados, se aplican reglas diversas (artículo 225). Más adelante se regulan todos los derechos y deberes de carácter patrimonial que corresponden al padre o a la madre que ejerce la patria potestad respecto de los hijos/as que están a su cargo (artículos 243 a 266). Lo mismo sucede con la regulación de los alimentos (artículos 232, 321, 323, 324, 327, 328, 329, 330, 332, 333, 335, 336 y 337). Por último, se regulan otras instituciones que tienden a proteger a los niños y niñas (las guardas, Título XIX).

Un aspecto que incide directamente en el entorno familiar es el nivel de ingresos que se perciben en la familia, al respecto la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros⁽⁹²⁾, en particular se prescribe el monto del montepío a que tienen derecho los hijos/as del causante.

(80) Decreto N° 1.215, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 2 de agosto de 1999, publicado en el Diario Oficial el 4 de octubre de 1999.

(81) Incorporamos estas Convenciones dado que la amplitud de su ámbito de aplicación, nos permite entender que se comprenden también las mujeres embarazadas y los recién nacidos hasta los tres meses de vida.

(82) Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución 39/46, de fecha 10 de diciembre de 1984; Decreto N° 808, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 7 de octubre de 1988, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

(83) Adoptada por la Organización de los Estados Americanos en el Decimoquinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General; Decreto N° 809, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 7 de octubre de 1988, publicado en el Diario Oficial el 26 de noviembre de 1988.

(84) Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; Decreto N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1988.

(85) Desde luego, por razones de igualdad de género, debemos pensar en que la expresión incluye a “toda niña”, aunque sería mejor explicitarlo así.

(86) Decreto N° 873, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 23 de agosto de 1990, publicado en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1990.

(87) Recordamos que nuestro objeto de estudio es la mujer embarazada.

(88) Decreto N° 666, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 18 de junio de 1930.

(89) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, Decreto N° 789, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 27 de octubre de 1989, publicado en el Diario Oficial de 9 de diciembre de 1989.

(90) Decreto N° 1.640, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 23 de septiembre de 1998, publicado en el Diario Oficial de 11 de noviembre de 1998.

(91) Decreto N° 1.183, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 30 de julio de 1997, publicado en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1997.

(92) Ley Orgánica Constitucional N° 18.961, del Ministerio de Defensa Nacional, promulgada el 27 de febrero de 1990, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1990.

La preocupación por el logro de un ambiente familiar armónico, que permita un desarrollo adecuado de todos los niños y niñas, se trasluce en la Ley que establece normas sobre Procedimiento y Sanciones relativos a los Actos de Violencia Intrafamiliar⁽⁹³⁾.

En materia de adopción, existe la Ley N° 19.620⁽⁹⁴⁾, que prescribe claramente que esta institución tiene por objeto “velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen.” (Artículo 1°). Esta Ley se encarga de reglamentar de forma pormenorizada los requisitos necesarios para adoptar, los que deben adecuarse al objetivo señalado. Es importante resaltar que esta forma de adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo/a respecto del o de los adoptantes.

En el contexto de las reformas procesales vividas en estos últimos años en nuestro país, destacan la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público⁽⁹⁵⁾ y la Ley N° 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública⁽⁹⁶⁾, ya que ambos cuerpos normativos se preocupan de quienes tienen la calidad de “víctimas”. Como contrapartida, se encuentra el Decreto Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile⁽⁹⁷⁾, que prescribe cuáles son las tareas que se le encomiendan a cada departamento, correspondiendo, por ejemplo al Departamento de Readaptación la de asesorar en aquellas materias conducentes a la rehabilitación y reintegración a la sociedad de las personas que se encuentren privadas de libertad (orientar y proponer técnicamente actividades de educación, trabajo, deportes, recreación y asistencia social, psicología, sanitaria, moral, religiosa y demás conducentes a la rehabilitación de las personas antes señaladas). A su turno, al Departamento de Tratamiento en el Medio Libre, asesorar en la adopción de todas las medidas necesarias para ejercer el control y dar asistencia a las personas privadas de libertad y que gozan de algún beneficio legal o reglamentario que les permite estar en el “medio libre”; medidas todas que tienden a reintegrar en mejores condiciones a estas personas a su medio ambiente (familiar y comunitario).

La creación de los Tribunales de Familia, por la Ley N° 19.968⁽⁹⁸⁾, ha significado también importantes cambios en la manera de enfrentar los conflictos que se viven al interior de la familia, resultan especialmente importantes: los principios inspiradores de la ley (oralidad, intermediación, etc.), la incorporación de la visión interdisciplinaria del conflicto (a través de los profesionales que integran el Consejo Técnico), la incorporación de procedimientos especiales (en materia de violencia intrafamiliar y casos en que se necesita la aplicación de medidas de protección), la especialidad de las medidas cautelares que es posible decretar, la incorporación de la mediación (como una fórmula no adversarial de solucionar los conflictos), etc.

Lugares destacados ocupan el Decreto Ley N° 2.465, que creó el Servicio Nacional de Menores⁽⁹⁹⁾, que se encargará de los niños y niñas que se encuentren desprovistos de tuición o que, teniéndola, su ejercicio constituya un peligro para su desarrollo integral normal; y la Ley N° 20.032⁽¹⁰⁰⁾, que establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de Colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME), y su régimen de subvención, ya que efectivamente trata de sistematizar de mejor manera la atención que este organismo debe brindarle a todas las niñas y niños.

E.4) Normas de rango inferior

En este apartado nos encontramos con normas que, a pesar de su jerarquía inferior, son de real importancia por cuanto son las que posibilitan el funcionamiento de diversas instituciones.

(93) Ley N° 19.325, del Ministerio de Justicia, que establece Normas sobre Procedimiento y Sanciones relativos a los actos de Violencia Intrafamiliar, promulgada el 19 de agosto de 1994 y publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto de 1994. Última modificación; por Ley N° 20.066 de 7 de octubre de 2005.

(94) Ley N° 19.620, del Ministerio de Justicia, sobre normas de Adopción de Menores, promulgada el 26 de julio de 1999, publicada en el Diario Oficial de 5 de agosto de 1999. Última modificación; por la Ley N° 19.968 de 30 de agosto de 2004.

(95) Ley N° 19.640 (L.O.C.), del Ministerio de Justicia, promulgada el 8 de octubre de 1999 y publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999.

(96) Ley N° 19.718, del Ministerio de Justicia, promulgada el 27 de febrero de 2001 y publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo de 2001. Última modificación por Ley 20.074 de 14 de noviembre de 2005.

(97) Decreto Ley N° 2.859, del Ministerio de Justicia, promulgado el 12 de septiembre de 1979, publicado en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 1979. Última modificación, por Ley N° 19.368, de 26 de enero de 1995.

(98) Ley N° 19.968, del Ministerio de Justicia, promulgada el 25 de agosto de 2004 y publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004. Última modificación, por Ley N° 20.086, de 15 de diciembre de 2005.

(99) Decreto Ley 2.465, del Ministerio de Justicia, que crea el Servicio Nacional de Menores y fija el Texto de su Ley Orgánica, promulgado el 10 de enero de 1979, publicado en el Diario Oficial de 16 de enero de 1979. Última modificación por Ley N° 18.681, de 31 de diciembre de 1987.

(100) Ley N° 20.032, del Ministerio de Justicia, promulgada el 11 de julio de 2005 y publicada en el Diario Oficial de 25 de julio de 2005.

Así sucede claramente con el Decreto Supremo N° 356 que contiene el Reglamento del Servicio Nacional de Menores⁽¹⁰¹⁾ (SENAME), ya que esclarece la situación en que deberán encontrarse las niñas y niños a quienes SENAME tendrá que atender, las funciones de cada departamento, cuáles se entenderán como entidades coadyuvantes de la función asistencial de SENAME, etc. Semejante es la situación del Decreto N° 841 que aprobó el Reglamento de la Ley N° 20.032⁽¹⁰²⁾, la que establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a través de la Red de colaboradores Acreditados del Servicio Nacional de Menores, y su Régimen de Subvención.

En materia de Adopción, el Decreto N° 944, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre Adopción de Menores⁽¹⁰³⁾, pone énfasis en que la aplicación de sus normas deben atender siempre el interés superior del niño/a. Pero lo más interesante es que explicita qué aspectos se comprenderán dentro de ese “interés superior” (artículo 1). También regula la forma en que se han de llevar los registros de personas que deseen postular a la adopción de un niño o niña, como asimismo, el registro de menores que pueden ser adoptados, haciendo así más eficiente el sistema. Aclara que el “programa de adopción”, es un “conjunto de actividades tendientes a procurar al menor una familia responsable” (artículo 6, inciso 1°). Establece además una regulación para los organismos, tanto chilenos como extranjeros, que deseen desarrollar e implementar programas de adopción (artículos 19, 23, 24 y 25 bis).

Por último, la siguiente normativa aporta aspectos regulatorios más específicos:

- Resolución Exenta N° 1208, que aprueba orientaciones técnicas y programáticas sobre el Maltrato Infantil⁽¹⁰⁴⁾.
- Oficio N° 7, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional), que amplía criterios de actuación en la investigación de Delitos Sexuales (D.O. 05/02/2003).
- Oficio N° 35, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional), que analiza la ley N° 19.927 que modifica el Código penal, el Código de Procedimiento penal y el Código Procesal penal en Materia de Delitos de pornografía Infantil y fija orientaciones preliminares en relación a la misma (D.O. 26/01/2004).
- Oficio N° 61, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional) (D.O. 12/04/2002), que complementa instrucciones contenidas en el Oficio N° 035/2004, rectifica criterios de actuación con respecto a la investigación de delitos sexuales y señala orientaciones frente a problemas originados por la nueva regulación de la Ley N° 19.927.
- Oficio N° 80, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional) (D.O. 05/02/2003), que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado del Instructivo General N° 25, sobre investigación de delitos sexuales y complementa al Instructivo General N° 32/2000.
- Oficio N° 130, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional) (D.O. 04/10/2000), que imparte el Instructivo General N° 9 sobre requerimiento de antecedentes a Gendarmería de Chile y al Servicio de registro Civil e Identificación.
- Oficio N° 143, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional) (D.O. 12/10/2000), que contiene el Instructivo General N° 11 sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal.
- Oficio N° 148, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional) (27/03/2003), que instruye sobre la situación de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas de Delitos en la reforma procesal Penal.
- Oficio N° 171 (Instructivo General N° 19) (21/08/2003), del Ministerio Público

(101) Decreto Supremo N° 356, del Ministerio de Justicia, promulgado el 5 de marzo de 1980 y publicado en el Diario Oficial de 3 de abril de 1980. Última modificación por Decreto Supremo N° 1.103 de 25 de noviembre de 1994.

(102) Decreto N° 841, del Ministerio de Justicia, promulgado el 27 de julio de 2005 y publicado en el Diario Oficial el 5 de octubre de 2005.

(103) Decreto N° 944, del Ministerio de Justicia, promulgado el 18 de noviembre de 1999, publicado en el Diario Oficial de 18 de marzo de 2000. Última modificación por decreto N° 247, del Ministerio de Justicia, de 16 de marzo de 2005.

(104) Resolución Exenta N° 1.208, del Ministerio de Salud, dictada el 15 de noviembre de 1994.

(Fiscalía Nacional), se refiere a las funciones de las policías previstas en los artículos 83 y 90 del Código Procesal Penal.

- Oficio N° 191 (Instructivo General N° 25), del Ministerio Público (Fiscalía Nacional), sobre investigación de delitos sexuales (D.O. 24/11/2000).
- Oficio N° 237 (Instructivo General N° 32), del Ministerio Público (Fiscalía Nacional), sobre testigos en la etapa de investigación y de su protección (D.O. 21/08/2003).
- Oficio N° 337, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional) (D.O. 11/07/2003), que introduce modificaciones y fija el texto refundido y sistematizado de la Instrucción General N° 11, sobre atención y protección a las víctimas en el Código procesal Penal, y complementa el Instructivo General N° 32/2000.
- Oficio N° 405, del Ministerio Público (Fiscalía Nacional) (21/08/2003), que orienta a los fiscales respecto de los alcances de la ley N° 19.874 que facilita la denuncia en los casos de atentados sexuales.

F) Quinta Dimensión: Habitabilidad

F.1) Normas de rango constitucional

Nuestra Constitución omite en su texto toda referencia explícita en torno al tema de la vivienda, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros países de nuestro entorno cultural, como Argentina (art. 14 bis), México (art. 4°), Bolivia (art. 158.2) o España (art. 47). Sin embargo, esto no quiere decir que estemos ante un tema indiferente para el Derecho constitucional chileno. En efecto, el art. 5, inc. 2°, CPR dispone —tras la reforma constitucional aprobada por la Ley N°18.825 (D.O. 17.08.1989)— que los órganos del Estado deben respetar y promover los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* garantizados por la Constitución —y aquí está lo importante para nuestros efectos— “...así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Esta última oración permite que el Derecho internacional de los Derechos humanos se integre a la Constitución chilena. En el caso del acceso a la vivienda, abre paso a una serie de instrumentos internacionales ratificados por Chile que lo reconocen, entre los que destacan el art. 11.1 del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (19.12.1966) y el art. 27 de la *Convención sobre los Derechos de los Niños*.

Por otra parte, no debe olvidarse el acceso a una vivienda constituye un presupuesto casi necesario para el disfrute de otras garantías que si reconoce la CPR, como el derecho a la intimidad (art. 19 N° 4), el derecho a la inviolabilidad del hogar (art. 19 N° 5) o el derecho a vivir en un medio ambiente sano (art. 19 N°8):

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 8°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

Art. 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho

a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su **nombre**, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

Conviene considerar también las normas constitucionales que establecen la igualdad de chilenas y chilenos en dignidad y derechos (arts. 1°, 19 N° 2 inc. 1, 19 N° 3 inc. 1) y el rol del Estado como promotor del bien común (art. 1° inc. 4) y protector de la población y la familia, pues este último lo obliga a “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación” (art. 1° inc. final).

F.2) Normas de rango internacional

El art. 27 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece importantes obligaciones para los Estados Partes en materia de habitabilidad. Por un lado, todos los niños tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27.1). Además, los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (art. 27.3). Los padres —y quienes estén a cargo de los menores— tienen la responsabilidad de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (art. 27.2).

También relacionado con las condiciones de habitabilidad, los Estados Partes reconocen el derecho del niño/a al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes (art. 31.1). Además, los Estados Partes han de respetar y promover el derecho del niño/a a participar plenamente en la vida cultural y artística, propiciando oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento (art. 31.2).

Por último, como ya se había indicado, el art. 11.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19.12.1966), ratificado por Chile, consigna a la vivienda como parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. Conviene señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU definió el término habitabilidad en su Observación General N°4 de 1991, denominada “El derecho a una vivienda adecuada (Artículo 11[1] del PIDESC)”.

“(d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda... preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

La misma observación general N°4 reclama “cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como... los niños”.

“Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos” (8 e).

F.3) Normas de rango de ley

Para analizar las normas legales describiremos primero la institucionalidad existente. Luego revisaremos las normas referentes al desarrollo urbano, a la acción habitacional, a la protección del medio ambiente y a la integración de los discapacitados.

1) Subdimensión institucional: Organismos competentes.

El primer aspecto que conviene consignar en esta materia es que las leyes han asignado potestades en esta área a un variado conjunto de organismos. Los principales son:

a) Ministerio de Vivienda y Urbanismo (en adelante MINVU).

La Ley N° 16.391 (D.O. 16/12/1965) creó el “Ministerio de la Vivienda y Urbanismo”, que tiene a su cargo la política habitacional del país (art. 2° inc. 1), para lo cual debe elaborar los planes de viviendas urbanas y rurales, equipamiento comunitario y desarrollo urbano (art. 2° N° 1).

Dicha ley y la estructura institucional del Ministerio fue profundamente modificada —se desconcentró y descentralizó— por el Decreto Ley N° 1.305 de 1975 (D.O. 19.02.1976). Su art. 4° cambia su denominación a “Ministerio de Vivienda y Urbanismo” y señala que le corresponde al formular y supervigilar las políticas nacionales en materia habitacional y urbanística y las normas técnicas para su cumplimiento, como asimismo la administración de los recursos que se le hayan entregado y la coordinación y evaluación metropolitana y regional en materia de vivienda y urbanismo.

b) Secretarías Regionales Ministeriales (en adelante SEREMI) de Vivienda y Urbanismo.

Son el órgano desconcentrado que tiene el MINVU en cada región del país, establecidos por el art. 22 del D.L. 1.305, de 1976, de conformidad a lo dispuesto en el D.L. N° 575, de 1974. Destacan sus funciones en materia de planificación urbana.

c) Servicios de Vivienda y Urbanización (en adelante SERVIU).

Son órganos descentralizados supervisados por el MINVU, uno por cada región del país. Esto es, son personas jurídicas de derecho público diferentes del Fisco, con patrimonio propio. Su función básica es ejecutar los planes definidos por el MINVU y sus SEREMIS, para lo cual construye obras urbanas y habitacionales y otorga subsidios urbanos y habitacionales. Fueron creados por el art. 25 del D.L. 1.305, de 1976.

d) Otros órganos competentes.

Finalmente, además de estos organismos sectoriales especializados existen otros dotados por ley de competencias en esta área. En particular, destacan las Municipalidades, los Gobiernos Regionales (GORES) y las Comisiones regionales de Medio Ambiente (COREMAS).

2) Subdimensión del desarrollo urbano.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones (D.F.L. N°458, D.O. 13.04.76, en adelante L.G.U.C.) se refiere en detalle a la planificación urbana en los niveles nacio-

nal, regional, intercomunal y comunal y a las reglas sobre ejecución y construcción de obras de urbanización y edificación. La División de Desarrollo Urbano del MINVU es la encargada de proponer la política nacional de desarrollo urbano y la política nacional de equipamiento comunitario, de infraestructura sanitaria, pavimentación y vialidad urbana en coordinación con los sectores socio-económicos (art. 12 D.L. 1.305).

Desde ya debe señalarse que toda urbanización debe ceder gratuitamente terrenos para fines colectivos, lo que incluye espacios de recreación que podrán aprovechar los menores. Pero la Ley la cesión no incluye la ejecución de instalaciones. El art. 134 LGUC se limita a exigir las plantaciones y obras de ornato (y antes de la Ley N° 19.057 ni siquiera eso, D.O. 03.05.1991):

Artículo 70. En toda urbanización de terrenos se cederá gratuita y obligatoriamente para circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, y para equipamiento, las superficies que señale la Ordenanza General, las que no podrán exceder del 44% de la superficie total del terreno original. Si el instrumento de planificación territorial correspondiente contemplare áreas verdes de uso público o fajas de vialidad en el terreno respectivo, las cesiones se materializarán preferentemente en ellas. La municipalidad podrá permutar o enajenar los terrenos recibidos para equipamiento, con el objeto de instalar las obras correspondientes en una ubicación y espacio más adecuados.

Aunque originalmente la planificación urbana estaba fuertemente centralizada, al punto que incluso los planes de rango inferior al comunal se aprobaban por Decretos Supremos, esto es, por el Gobierno Central. Ya en 1991 la Ley N°19.175 trasladó una serie de competencias a los Gobiernos Regionales, proceso profundizado con la Ley N°19.778 (D.O. 10.12.01), y actualmente todos los planes se aprueban en el nivel municipal o el regional.

La Ley N° 18.695 (cuyo texto ha sido refundido mediante el D.F.L. N° 1-19.704, 27/12/2001), Orgánica Constitucional de Municipalidades, señala que corresponde a las municipalidades la planificación y regulación a nivel comunal (art. 3°), incluyendo la toma de decisiones en los ámbitos de aseo, ornato, transporte, tránsito, construcción y urbanización.

En cuanto al diseño de obras de urbanización y edificación, la L.G.U.C. exige que se cumplan los estándares fijados en su reglamento, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (D.S. N°47, D.O. del 19.05.1992), en lo relativo a:

- 1) trazados viales urbanos,
- 2) áreas verdes y equipamiento,
- 3) líneas de edificación, rasantes, alturas, salientes, cierros, etc.,
- 4) dimensionamiento mínimo de los espacios, según su uso específico (habitación, comercio, oficina, escolar, asistencial, circulación, etc.),
- 5) condiciones de estabilidad y asismicidad,
- 6) condiciones de incombustibilidad,
- 7) condiciones de salubridad, iluminación y ventilación, y
- 8) dotación de servicios sanitarios y energéticos, y otras materias que señale la Ordenanza General (art. 105)⁽¹⁰⁵⁾.

Para verificar que las previsiones de los planes se ejecuten existe un organismo municipal desconcentrado, la Dirección de Obras Municipales (regulada en el art. 24 de la LOC de Municipalidades y 8 y ss. de la L.G.U.C.). Ésta se encuentra facultada para fiscalizar las obras de edificación y de urbanización que se ejecuten dentro de la respectiva comuna, para lo cual la ley establece que los funcionarios municipales cuentan con libre acceso a todas las obras que se ejecuten en la comuna, para ejercer las inspecciones que sean necesarias para asegurar la seguridad y conservación de las edificaciones (art. 142 L.G.U.C.).

(105) Art. 106 L.G.U.C.: Para alcanzar la finalidad prevista en el artículo anterior, los materiales y sistemas a usar en las urbanizaciones y construcciones deberán cumplir con las "Normas Técnicas" preparadas por el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, sus servicios dependientes o el Instituto Nacional de Normalización.

3) Subdimensión habitacional.

La dimensión de desarrollo urbano tiene que ver con el ordenamiento del territorio. Sin embargo, la habitabilidad exige que además de normar el uso del territorio el Estado se preocupe de proveer viviendas particularmente para los sectores de la población que no tienen acceso a una en las condiciones del mercado general, esto es, que no son sujetos de crédito hipotecario. Para ello MINVU, SEREMI MINVU y SERVIUS ejecutan una labor combinada cuyas bases están en la Ley N°16.391, de 1965.

Art. 34. Corresponderá a la Corporación de Servicios Habitacionales especialmente las siguientes funciones:

(...)

6°. Conceder préstamos en dinero o en especies, con cargo a su propio presupuesto, en las condiciones generales fijadas por el Reglamento y determinar sus intereses, plazos y servicios.

(...)

11°. Otorgar a los adquirentes y arrendatarios de viviendas, los subsidios, bonificaciones y subvenciones, primas y seguros establecidos por la legislación vigente y por la presente ley y pagarlos a quién corresponda, y

12°. En casos calificados por el Ministro, de la Vivienda y Urbanismo, le corresponderá desarrollar todas las actividades y adoptar todas las medidas destinadas a prestar a la población urbana y rural, los servicios de carácter habitacional que se requieran para la reparación, mantenimiento, habilitación, urbanización, equipamiento, radicación y demás funciones que procuren la solución del problema de la vivienda.

La Corporación de Servicios Habitacionales fue suprimida por el D.L. 1.305, al igual que las demás corporaciones existentes en materia urbana y habitacional en los sesenta (CORMU, CORVI, etc.), pero el mismo D.L. fusionó las corporaciones existentes en los nuevos SERVIU que creo para cada región, disponiendo que éstos serían “sucesores legales de las Corporaciones de Servicios Habitacionales, de Mejoramiento Urbano, de la Vivienda, y de Obras Urbanas y, por tanto, tienen todas las facultades y obligaciones de esas Corporaciones, en el ámbito de su Región”⁽¹⁰⁶⁾.

A partir de estas normas se ha estructurado un completo y sofisticado sistemas de programas de acceso a la vivienda regulados en el nivel reglamentario, por lo que no profundizaremos sobre ellos en este apartado.

Las municipalidades también pueden intervenir en esta tarea. Les corresponde, por ejemplo, desarrollar las acciones destinadas trasladar a las industrias que causen daños o molestias a los vecinos o que estén mal ubicadas (art. 62 L.G.U.C.). Además la ley le encomienda a las municipalidades adoptar las medidas necesarias para prevenir el deterioro progresivo de un sector o barrio (art. 81 L.G.U.C.), o bien, para la rehabilitación y saneamiento de las poblaciones deterioradas o insalubres dentro de la comuna (art. 79 L.G.U.C.).

4) Subdimensión del medio ambiente.

La habitabilidad está intensamente relacionada con el medio ambiente, pues la calidad de éste condiciona decisivamente la calidad de vida de los ciudadanos. La Ley N° 19.300 (D.O. 09.03.1994), sobre Bases Generales del Medio Ambiente, ha marcado un punto de inflexión en nuestra legislación, estableciendo nuevos estándares en las actividades productivas y otorgando al Estado la obligación de velar porque tanto el sector público como el privado actúen siempre tomando en consideración la preservación del medio ambiente, para lo cual se han conferido importantes atribuciones a un organismo especializado: la Comisión Nacional del

Medio Ambiente (CONAMA). En concreto, esta ley creó el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, procedimiento que permite identificar y mitigar los impactos ambientales de nuevas actividades. Dentro de éstas últimas la Ley incluyó los planes reguladores y los proyectos inmobiliarios que se ejecuten en zonas comprendidas en planes reguladores cuando la zona en que se ejecuten haya sido declarada saturada o latente por su nivel de contaminación (art. 10 h), además de los proyectos de desarrollo urbano o turístico, en zonas no comprendidas en alguno de los planes recién mencionados (art. 10 g). El propósito de someter estas normas y proyectos al SEIA es resguardar la calidad ambiental de los asentamientos humanos.

El Código Sanitario (D.F.L. N° 725, D.O. 31/01/1968) también se refiere a aspectos relacionados con la calidad de los espacios en los cuales se desenvuelven las personas en general. Así, el art. 11 señala lo siguiente:

Sin perjuicio de las atribuciones que competen al Servicio Nacional de Salud, corresponde, en el orden sanitario, a las Municipalidades:

- a)** proveer a la limpieza y a las condiciones de seguridad de sitios públicos, de tránsito y de recreo;
- b)** recolectar, transportar y eliminar por métodos adecuados, a juicio del Servicio Nacional de Salud, las basuras, residuos y desperdicios que se depositen o produzcan en la vía urbana;
- c)** velar por el cumplimiento de las disposiciones que sobre higiene y seguridad se establecen en la Ordenanza General de Construcciones y Urbanización;
- d)** reglamentar y controlar las condiciones de limpieza y conservación exterior de las casas-habitación, fábricas, edificios públicos, cuarteles, conventos, teatros y otros locales públicos y particulares;
- e)** establecer plazas, parques o locales públicos de juego o recreo para adultos y niños, así como baños y servicios higiénicos públicos; y
- f)** proveer a la limpieza y conservación de los canales, acequias y bebederos, considerando además las condiciones de seguridad necesarias para prevenir accidentes.

Esta norma debe ser entendida en complemento de la Ley Orgánica de Municipalidades, en particular cuando ésta regula las obligaciones del alcalde y de la unidad encargada de la función de aseo y ornato (art. 25), la que debe velar por:

- a)** el aseo de las vías públicas, parques, plazas, jardines y, en general, de los bienes nacionales de uso público existentes en la comuna;
- b)** el servicio de extracción de basura; y
- c)** la construcción, conservación y administración de las áreas verdes de la comuna.

Aparte de fijar un conjunto de deberes a las municipalidades, el Código Sanitario es bastante preciso en lo que a las SEREMI de Salud⁽¹⁰⁷⁾ corresponde efectuar para velar por la adecuada higiene de los espacios físicos. Por ejemplo:

Art. 29. El Servicio Nacional de Salud determinará la forma y condiciones en que se efectuarán la desinfección, desinsectación o desratización:

- a)** de las habitaciones o locales destinados a viviendas;
- b)** de los edificios y locales públicos y privados, como fábricas, talleres, teatros, vehículos de uso público, etc.;
- c)** de las ropas y de otros artículos usados o que se ofrezcan para la venta, o se presten o arrienden o empeñen;
- d)** de los residuos domésticos o industriales que pudieran transmitir infecciones o enfermedades parasitarias, y
- e)** en general, de cualesquiera otros sitios u objetos, que requieran dichas medidas profilácticas.

Art. 31. En caso de peligro de epidemia o cuando ésta se hubiere declarado en cualquier lugar del territorio, el Servicio Nacional de Salud podrá disponer o tomar a su cargo el sacrificio de los animales o la eliminación de los insectos propagadores de la enfermedad, así como el saneamiento de los pantanos y demás lugares en donde la epidemia se ha desarrollado, la protección sanitaria del agua potable y el saneamiento de las aguas corrientes que se utilicen para el riego.

Art. 67. Corresponde al Servicio Nacional de Salud velar porque se eliminen o controlen todos los factores, elementos o agentes del medio ambiente que afecten la salud, la seguridad y el bienestar de los habitantes en conformidad a las disposiciones del presente Código y sus reglamentos⁽¹⁰⁸⁾.

Art. 69. No podrá iniciarse la construcción o remodelación de una población, sin que el Servicio Nacional de Salud haya aprobado previamente los servicios de agua potable y de alcantarillado o desagües.

Asimismo, ninguna de las viviendas que integran la población podrá ser ocupada antes de que la autoridad sanitaria compruebe que los sistemas instalados se encuentran conformes con los aprobados.

Las Municipalidades no podrán dar permiso de edificación, ni otorgar la recepción final de las construcciones, sin que se cumplan los requisitos señalados en los incisos anteriores.

El Servicio Nacional de Salud podrá ordenar el desalojo de las viviendas que hayan sido ocupadas sin cumplir previamente los requisitos antes señalados.

Art. 71. Corresponde al Servicio Nacional de Salud aprobar los proyectos relativos a la construcción, reparación, modificación y ampliación de cualquier obra pública o particular destinada a:

- a) la provisión o purificación de agua potable de una población, y
- b) la evacuación, tratamiento o disposición final de desagües, aguas servidas de cualquier naturaleza y residuos industriales o mineros.

Antes de poner en explotación las obras mencionadas, ellas deben ser autorizadas por el Servicio Nacional de Salud.

Art. 76. Corresponderá a la autoridad sanitaria autorizar la instalación, ampliación y modificación de los balnearios, baños y piscinas destinados al uso público, como asimismo, vigilar su funcionamiento.

Art. 155 (146). Para la debida aplicación del presente Código y de sus reglamentos, decretos y resoluciones del Director General de Salud, la autoridad sanitaria podrá practicar la inspección y registro de cualquier sitio, edificio, casa, local y lugares de trabajo, sean públicos o privados.

Cuando se trate de edificio o lugares cerrados, deberá procederse a la entrada y registro previo decreto de allanamiento del Director General de Salud, con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario.

Art. 174. La infracción de cualquiera de las disposiciones de este Código o de sus reglamentos y de las resoluciones que dicten los Directores de los Servicios de Salud o el Director del Instituto de Salud Pública de Chile, según sea el caso, salvo las disposiciones que tengan una sanción especial, será castigada con multa de un décimo de unidad tributaria mensual hasta mil unidades tributarias mensuales. Las reincidencias podrán ser sancionadas hasta con el doble de la multa original. Las infracciones antes señaladas podrán ser sancionadas, además, con la clausura de establecimientos, edificios, casas, locales, lugares de trabajo donde se cometiére la infracción; con la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; con la paralización de obras; con el comiso, destrucción y desnaturalización de productos, cuando proceda.

5) Subdimensión de integración de la discapacidad.

También queremos dejar constancia de la Ley N° 19.284 (D.O. 14/01/1994), cuyo objetivo es procurar que las personas con discapacidad puedan integrarse plenamente a la sociedad (art. 1°). Junto con reconocer un plexo de derechos especiales a las personas con discapacidad, se regulan aspectos relacionados con la equiparación de oportunidades (Tít. IV) y, dentro de estos, se incluyen normas referidas al espacio físico. Algunos de los deberes establecidos para facilitar el desplazamiento de personas con discapacidad benefician indirectamente el desplazamiento de mujeres embarazadas o de padres con hijos menores. Así, por ejemplo:

Art. 21. Las nuevas construcciones, ampliaciones, instalaciones, sean éstas telefónicas, eléctricas u otras reformas de edificios de propiedad pública o privada, destinados a un uso que implique la concurrencia de público, así como también las vías públicas y de acceso a medios de transporte público, parques, jardines y plazas, deberán efectuarse de manera que resulten accesibles y utilizables sin dificultad de personas que se desplacen en sillas de ruedas. Si contaren con ascensores, éstos deberán tener capacidad suficiente para transportarlas.

Los organismos competentes modificarán las normas de urbanismo y construcción vigentes de manera que ellas contengan las condiciones a que deberán ajustarse gradualmente los proyectos; el procedimiento de autorización y de fiscalización; las sanciones que procedieren por su incumplimiento y el plazo y prioridades para que las edificaciones ya existentes se adecuen a las exigencias previstas en el inciso precedente.

F.4) Normas de rango inferior

Para llevar a cabo los objetivos previamente definidos por la Constitución, la Convención sobre Derechos de los Niños, y las principales leyes en materia de urbanismo y construcción, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo ha aprobado un conjunto de normas de rango inferior en las cuales se fijan los procedimientos y aspectos de detalle pero con gran amplitud. Como se verá a continuación se trata de una potestad reglamentaria especialmente amplia.

1) Subdimensión institucional: Organismos competentes.

El Reglamento Orgánico de los SERVIU está contenido en el D.S. N° 355, V. y U., 1976 (D.O. 04.02.1977). El de las SEREMI en el D.S. N° 397, V. y U., de 1976 (D.O. 08.02.1977).

2) Subdimensión del desarrollo urbano.

La planificación urbana se encuentra reglamentada en la OGUC, que reglamenta de forma exhaustiva la planificación urbana (Tít. II), la urbanización el suelo (Tít. III), la arquitectura (Tít. IV), la construcción (Tít. V) y las viviendas económicas (Tít. VI).

La planificación urbana cuenta con otro escalón de normas administrativas de cobertura local: los Instrumentos de Planificación Territorial. Ordenados según su ámbito de acción son: el Plan Regulador de Desarrollo Urbano, el Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano, el Plan Regulador Comunal con sus planos seccionales, el Plan Seccional y el Límite Urbano (art. 2.1.2. OGUC), y su función es particularizar las normas urbanísticas a supuestos espaciales concretos. Por lo mismo, su radio de acción se limita a esos supuestos y son aprobados por las respectivas autoridades regionales o comunales⁽¹⁰⁹⁾.

La urbanización está definida en la OGUC como la ejecución o ampliación de las obras de infraestructura y ornato señaladas en el art. 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones situadas en el espacio público existente, al interior

(109) Al respecto puede verse RAJEVIC M., Enrique. La Planificación Urbana en Chile. /en/ Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado, Chile) N°3, abril 2001, pp. 81-100.

de un predio y en las vías contempladas en un proyecto de loteo o en el área del predio que estuviere afecta a utilidad pública por el Instrumento de Planificación Territorial respectivo. La urbanización comprende dos tipos de gestión: a) la ejecución de obras de urbanización al interior de un predio por parte de su propietario, y b) la ejecución de obras de urbanización en el espacio público, por parte de los municipios u otros organismos públicos (art. 2.2.1. OGUC).

Las normas de arquitectura de la OGUC procuran una adecuada higiene de las edificaciones destinadas a la vivienda, dentro de las que se distingue los locales habitables (destinados a la permanencia de personas como dormitorios o habitaciones, comedor, sala de estar, etc.) y no habitables (destinados al tránsito o estadía esporádica, como cuartos de baño, cocinas, salas de vestir, lavaderos, vestíbulos, galerías o pasillos). La Ordenanza señala los locales habitables deben tener una altura mínima de piso a cielo, medida en obra terminada, de 2,30 mts. (art. 4.1.1.). Los locales habitables deben tener, al menos, una ventana que permita la entrada de aire y luz del exterior, con una distancia mínima libre horizontal de 1,5 mt. medida en forma perpendicular a la ventana cuando se trate de dormitorios (art. 4.1.2., inc. 1°).

La OGUC ha regulado en un capítulo especial las construcción de edificios destinados a local escolar u hogar estudiantil (arts. 4.5.1. a 4.5.14), extendiéndose a sala-cunas, jardines infantiles, etc.

Todo edificio que se construya para local escolar, sea en los niveles parvulario —sala cuna y jardín infantil—, general básico, medio, básico especial, superior o educación de adultos, o que se edifique para servir de hogar estudiantil como, asimismo, los edificios que en el futuro se destinen a dichos usos, deberán cumplir con las disposiciones contenidas tanto en la LGUC como en la OGUC (art. 4.5.1.). Por ejemplo, el art. 4.5.5., inc. final, OGUC indica que en salas cunas, ubicadas en pisos superiores al del terreno natural, las ventanas, balcones y terrazas deben contar con una protección no escalable de una altura mínima de 1,40 mt. En el art. 4.5.6. se establece que la superficie de sala de clases y actividades en una sala cuna debe ser de 2,50 mts. 2 por alumno, bajando a 1,10 para el caso de jardines infantiles. En cuanto a la superficie total de patio exigible e incremento en una sala cuna, si se trata de menos de 20 lactantes, deben haber 60 mts. 2, de lo contrario deben haber 3 mts 2 por lactante. Respecto de los artefactos básicos, debe haber una bañera con agua caliente cada 20 niños, 1 lavamanos por cada 20 niños, 1 lavamanos para adultos y 1 inodoro. La sala de amamantamiento y control de salud de la sala cuna debe contar como mínimo con un lavamanos para uso de adultos. El art. 4.5.11. señala que las salas cunas ubicadas en pisos superiores al del terreno natural, deben contar con un sistema de evacuación para casos de emergencia, que garantice la salida de los alumnos a una zona de seguridad del local.

Además de regular el desarrollo urbano el MINVU ha creado programas para financiar obras urbanas concretas que no tienen referencias expresas a los menores de edad. Nos referimos a:

- D.S. N° 39 (V. y U.), de 1996, que reglamenta el Programa de Mejoramiento Comunitario o Infraestructura Social Concursable (D.O. 06.05.96). Su art. 2° entiende por mejoramiento comunitario “las obras complementarias a las viviendas, destinadas al desarrollo social y a la recreación de la comunidad, tales como plazas con juegos infantiles, multicanchas, salas de uso múltiple, centros abiertos, jardines familiares, talleres laborales, centros de capacitación y edificaciones destinadas al culto”. De allí que pueda beneficiar directamente a los menores.
- D.S. N° 114 (V. y U.), de 1994, que reglamenta el Programa de Pavimentación Participativa (D.O. 11.08.1994). No está de más señalar la importancia que tienen

las obras de pavimentación en el combate contra la contaminación en la Región Metropolitana.

- D.S. N° 245 (V. y U.), de 2001, que reglamenta el Programa Concursable de Obras de Espacios Públicos (D.O. 14.02.2002). Entre éstos considera, por ejemplo, “las plazoletas y su iluminación, el mobiliario urbano, el tratamiento de pavimentos en calles y pasajes, los paseos peatonales, las áreas de juego y recreación para jóvenes con muros para pintar grafitis o con pistas de skate...” (art. 2°).

Por último, existen otras normativas sectoriales que pueden incidir en algunas obras urbanas:

- D.S. N° 289 (M. de Salud, D.O. 13.11.1989): Aprueba Reglamento sobre Condiciones Sanitarias Mínimas de los Establecimientos Educativos⁽¹¹⁰⁾.

- D.S. N° 548 (M. de Educación Pública, D.O. 13.10.2001): Aprueba Normas para la Planta Física de los Locales Educativos que Establecen las Exigencias Mínimas que Deben Cumplir los Establecimientos Reconocidos como Cooperadores de la Función Educacional del Estado, según el Nivel y Modalidad de la Enseñanza que Impartan.

- D.S. N° 35 (M. de Salud, D.O. 30.06.2005): Establece condiciones de higiene y seguridad de los baños de acceso público. El art. 1° indica que todo establecimiento, local o sitio que, conforme a la reglamentación sanitaria vigente, deba tener baños de acceso público destinados a los usuarios que albergan transitoriamente, contará en dichos recintos con dispositivos para proveer de jabón líquido común para el aseo de las manos y medios higiénicos desechables para su secado, tales como toallas de papel de un solo uso o mecanismos de aire caliente, además de papel higiénico para su uso en cada uno de los excusados. Además, en su artículo 2° indica que estos recintos deben mantenerse permanentemente limpios, mediante la aplicación de procedimientos sanitarios de aseo e higienización adecuados a dicho propósito.

- D.S. N° 105 (M. de Salud, D.O. 27.08.1998), que aprueba el Reglamento de Empresas aplicadoras de pesticidas de uso doméstico y sanitario.

- D.S. N° 369 (M. Economía, D.O. 06.08.1996), que reglamenta normas sobre extintores portátiles.

- D.S. N° 656 (M. de Salud, D.O. 13.01.2001), que prohíbe el uso de asbesto.

- Bases técnicas sobre

- (1) las residencias de protección para lactantes de madres internas en recintos penitenciarios,

- (2) las residencias de protección para lactantes y preescolares,

- (3) las residencias de protección para el niño/a que está por nacer con progenitora en conflicto con su maternidad; todos elaborados por el Servicio Nacional de Menores⁽¹¹¹⁾.

(111) Véase el detalle en los Anexos de esta dimensión.

3) Subdimensión habitacional.

En esta subdimensión pueden mencionarse los Reglamentos de los programas referidos a la adquisición de viviendas, que en todos los casos privilegian a los grupos familiares con menores que están postulando:

- D.S. N° 40 (V. y U.), de 2004, que reglamenta el Sistema de Subsidio Habitacional (D.O. 19.03.04)⁽¹¹²⁾. Destacan aquí dos situaciones:

La consideración de los menores de edad como un factor de puntaje adicional en los procesos de postulación a los subsidios, incluso tratándose de los que estén por nacer. Precisamente el art. 15 a. determina que el primer factor de puntaje para los postulantes será el grupo familiar, lo que facilita que las familias

(112) Su art. 47 derogó al D.S. N° 44 (V. y U.) que reglamentaba el Sistema General Unificado de Subsidio Habitacional (D.O. 09/04/88) refiriéndose a los menores en sus arts. 8, 10, 16 y 36.

numerosas tengan prioridad para acceder a un subsidio, en igualdad de las demás condiciones (antigüedad, ahorro, puntaje CAS, etc.). El reglamento asigna:

“15 puntos por cada uno de los miembros integrantes del grupo familiar acreditado como carga por el postulante, de acuerdo a lo establecido en el artículo 12 de este reglamento.

Se considerarán miembros del grupo familiar del postulante a su cónyuge e hijos menores de 18 años al 1° de Enero del año del llamado a postulación, a los hijos mayores de 18 años a dicha fecha, a los padres del postulante o de su cónyuge, reconocidos como carga familiar de éstos, que vivan con él y a sus expensas, y a los hijos no nacidos reconocidos como cargas familiares.

15 puntos adicionales como postulante, si éste fuere madre o padre soltero o viudo, que tenga a su cargo hijos reconocidos como cargas familiares.”

Exigencia de ejecutar plazas de juegos y áreas recreacionales infantiles en los proyectos de postulación colectiva que comprendan más de 30 viviendas (arts. 13.4):

N° de viviendas	Equipamiento mínimo
De 30 a 70	Plaza con Juegos Infantiles y Área Recreacional Deportiva, que se ubicará en los terrenos destinados a Áreas Verdes, Deporte y Recreación de acuerdo a lo señalado en la OGUC.
Más de 70	Plaza con Juegos Infantiles y Área Recreacional Deportiva, que se ubicará en los terrenos destinados a Áreas Verdes, Deporte y Recreación de acuerdo a lo señalado en la OGUC; Sala Multiuso cuya superficie mínima será de 0,5 m ² por cada vivienda del proyecto postulado, que se ubicará en los terrenos destinados a Equipamiento, de acuerdo a lo señalado en la OGUC.

• D.S. N° 62 (V. y U.), de 1984, que Reglamenta el Sistema de Postulación, Asignación y Venta de Viviendas destinadas a atender Situaciones de Marginalidad Habitacional (D.O. 20.06.1984). A los menores se refieren los arts. 10, 11 b) y 40. Conviene señalar que en este caso se otorgan 15 puntos adicionales a los grupos familiares integrados por menores de 15 años (art. 11.b).

• D.S. N° 117 (V. y U.), de 2002, que Reglamenta el Sistema de Subsidio Habitacional Rural (D.O. 11.07.2002)⁽¹¹³⁾. Véanse los arts. 4 y 13 N°2 que repiten el modelo del D.S. N° 62/1984, V. y U.

• D.S. N° 174 (V. y U.), de 2005, que Reglamenta el Programa Fondo Solidario de Vivienda (D.O. 09.02.2006). Este programa considera como factor para priorizar la “vulnerabilidad del grupo”, que dentro de sus indicadores considera al “Porcentaje de menores de 15 años, considerando entre ellos los que cumplen los 15 años durante el año calendario del llamado a concurso” (art. 35 N°1 e), de manera tal que los mayores de 15 sencillamente no son considerados (véase <http://www.fsv.cl/>). Los factores para evaluar la calidad de la vivienda y de su entorno no consideran, por otro lado, elementos relativos a la infancia (art. 35 N°6).

Conviene señalar que progresivamente el MINVU ha abandonado la política de licitar y contratar la construcción de viviendas por los SERVIU, que luego se asignaban a los postulantes. Actualmente se privilegia la entrega de subsidios que permitan a los propios beneficiarios contratar la construcción, con una asistencia técnica financiada por el Estado. Esa es la filosofía del Fondo Solidario de Viviendas, dirigido a la población de menores recursos.

(113) En su art. 45 este D.S. derogó el D.S. N° 167 (V. y U.), de 1986, que reglamentaba el Sistema de Subsidio Habitacional para la atención del Sector Rural (D.O. 04/10/1986). Los arts. 9, 14, 15, 25, 47 y 53 de este Reglamento se referían a menores de edad.

Por otra parte, el MINVU también está generando líneas para reparar o mantener viviendas ya existentes, pero en estos casos no se considera a los menores de edad para priorizar las postulaciones:

- D.S. N°127 (V. y U.), de 1998, Reglamenta el Programa Participativo de Asistencia Financiera en Condominios de Viviendas Sociales (D.O. 08.10.1998).
- D.S. N° 84 (V. y U.), de 2005, Reglamenta el Programa de Mejoramiento de la Vivienda Familiar y su Entorno (20.07.2005).
- D.S. N° 149 (V. y U.), de 2005, Reglamenta el Programa de Subsidio destinado a la mantención de viviendas que indica (D.O. 09.12.2005).

4) Subdimensión del medio ambiente.

El Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (D.S. N°30/97, D.O. 03.04.1997) detalla la regulación de la evaluación ambiental de planes y proyectos inmobiliarios y de desarrollo urbano y turístico. Para determinar cuáles planes y proyectos deben ser evaluados debe estar a lo previsto en su art. 3 g) y h), que fijan una serie de parámetros que operan como puerta de entrada a la evaluación.

5) Subdimensión de integración de la discapacidad.

La OGUC entiende por persona con discapacidad a toda aquella persona que vea obstaculizada su movilidad o autonomía, su capacidad educativa, laboral o de integración social, como consecuencia de una o más deficiencias o limitaciones físicas, síquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, de carácter permanente o transitorio con independencia de la causa que las hubiera originado⁽¹¹⁴⁾. Distintas normas de la Ordenanza han reglamentado las disposiciones de la Ley N°19.284, destacando su art. 4.1.7. que hace una serie de exigencias de accesibilidad a las edificaciones colectivas cuya carga de ocupación sea mayor a 50 personas, los edificios de uso público y todos los edificios que presten un servicio a la comunidad, sin importar su carga de ocupación. Por otro lado, el D.S. N°201 (V. y U.), de 1998, exigió adaptaciones en los edificios ya existentes que debían materializarse a más tardar el 31.12.2003 (D.O. 02.02.1999).

(114) La Ordenanza estipula, por ejemplo, que en todo edificio que tenga hasta 20 estacionamientos debe haber uno marcado para personas con discapacidad; sobre 20 hasta 50, dos; sobre 50 hasta 200, tres; sobre 200 hasta 400, cuatro; sobre 400 hasta 500, cinco; y sobre 500, el 1% del total (art. 2.4.2.). Asimismo, se fijan normas que permiten el ingreso y circulación de personas en sillas de ruedas a edificios, recintos deportivos y recreativos

G) Sexta Dimensión: Trabajo e integración

G.1) Normas de rango constitucional

Además de la aplicación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N° 2 (igualdad ante la ley), N° 3 (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos), N° 24 (derecho de propiedad), y de lo establecido en el ya citado art. 1° de nuestra carta fundamental, en la dimensión trabajo e integración social destacan especialmente las siguientes garantías (que se transcriben extractadas):

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

N° 16°. La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

N° 18°. El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

Nº 21º. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Cabe recordar que el recurso de protección es aplicable para resguardar la mayoría de estas garantías (Nº 2, Nº 3 inciso cuarto, Nº 16 —en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto—, Nº 19, Nº 21 y Nº 24). Llama la atención que tanto el derecho a la seguridad social como la igualdad de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes no se encuentren dentro de las causales para interponer la acción constitucional de protección.

G.2) Normas de rango internacional

Chile ha ratificado numerosos instrumentos internacionales referidos a esta dimensión, los que se pueden agrupar de acuerdo al organismo del cual emanan. Como se podrá advertir, el organismo internacional más prolífico en la materia es la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1. Organización de Naciones Unidas

- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, promulgada en nuestro país el 30 de noviembre de 1976, publicada en el D.O. el 29 de abril de 1989.

En el art. 6º del Pacto se reconoce el “derecho a trabajar”, lo cual comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, debiendo los Estados Partes tomar las medidas adecuadas para garantizar este derecho (vgr., a través de orientación y formación técnico-profesionales, preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva), en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana. Por su parte, el art. 9º reconoce el “derecho a la seguridad social”, incluyendo seguros sociales.

Además, el art. 7º reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren:

- a) una remuneración mínima,
- b) un salario equitativo, sin distinciones de ninguna especie,
- c) condiciones de existencia digna,
- d) seguridad e higiene en el trabajo,
- e) igualdad de oportunidades en la promoción laboral,
- f) descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo, remuneraciones en caso de horas extraordinarias.

El art. 8º obliga a los Estados Partes a garantizar: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, b) el derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales, y el derecho de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, c) el derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos, d) el derecho de huelga, ejercido en conformidad con las leyes de cada país.

Los Estados Partes se obligan a conceder a la familia, en su calidad de elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos/as a su cargo (art. 10.1). También se comprometen a

conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable, antes y después del parto. En dicho período las madres que trabajen tendrán derecho a licencia con remuneración o prestaciones adecuadas de seguridad social (art. 10.2). Además, los Estados deben proteger a los niños/as y adolescentes contra la explotación económica y social, quedando prohibido el trabajo infantil (art. 10.2).

Los Estados Partes también reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11.1).

Un último artículo relevante para la comprensión de esta dimensión es el art. 15, según el cual los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a:

- a) participar en la vida cultural,
- b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones,
- c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

• *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979, promulgada en nuestro país el 27 de octubre de 1989, publicada en el D.O. el 9 de diciembre de 1989.

Chile ha adoptado un conjunto de compromisos encaminados a prevenir, eliminar y sancionar conductas discriminatorias en contra de las mujeres, obligándose el Estado a adoptar todas las medidas adecuadas en esa dirección. Así, por ejemplo, las mujeres deben tener las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para el estudio (art. 10.d), o en otras esferas como el empleo⁽¹¹⁵⁾.

• *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1989, promulgada en nuestro país el 14 de agosto de 1990, publicada en el D.O. el 27 de septiembre de 1990.

En particular merece ser destacado el art. 18.3.: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas”. Además recuérdese que el art. 20 indica los niños que sean privados temporal o permanentemente de su medio familiar, tienen derecho a la protección y asistencia especiales del Estado, debiendo asegurárseles otro tipo de cuidados.

Por último, el art. 26 indica que los Estados Partes deben reconocer a todos los niños/as el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, debiendo adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. Tales prestaciones deben concederse teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño/a y de las personas que sean responsables de su mantenimiento.

• *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1990, promulgada el 12 de abril de 2005, publicada el 8 de junio de 2005.

Según el art. 7º, los Estados Partes se comprometen, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o

(115) **Art. 11.1.** Los Estados Partes adoptarán todas las medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Art. 11.2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Art. 13. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho a prestaciones familiares;
- b) El derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero;
- c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural.

sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en esta Convención⁽¹¹⁶⁾, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

- Además considérese el *Convenio sobre el trabajo nocturno de los menores*, promulgado mediante D.L. N° 467 el 10 de agosto de 1925, publicado en el D.O., el 13 de agosto de 1925.

2. Organización Internacional del Trabajo (OIT)

- *Convenio Internacional relacionado con el Empleo de las Mujeres antes y después del Alumbramiento en las Industrias*, aprobado en la I Conferencia Internacional del Trabajo⁽¹¹⁷⁾, celebrada en Washington el 28 de noviembre de 1919, promulgado el 10 de agosto de 1925.
- *Convenio N° 100 sobre Igualdad de Remuneraciones entre mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un Trabajo de Igual Valor* (1951), promulgado el 5 de agosto de 1971, publicado en el D.O. el 19 de octubre de 1971. Este convenio establece el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, prohibiendo cualquier tipo discriminación remuneracional en cuanto al sexo (art. 1°, en relación con el art. 3°).
- *Convenio relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación* (1958), promulgado el 19 de octubre de 1971, publicado en el D.O. el 13 de noviembre de 1971.
- *Convenio sobre el Peso Máximo*, promulgado el 3 de noviembre de 1972.
- *Convenio N° 42*, promulgado el 3 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. el 3 de marzo de 1999.
- *Convenio N° 103, sobre la Protección de la Maternidad*, promulgado el 3 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. el 3 de marzo de 1999.
- *Convenio N° 115*, promulgado el 3 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. el 3 de marzo de 1999.
- *Convenio N° 156*, promulgado el 3 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. el 3 de marzo de 1999.
- *Convenio N° 159*, promulgado el 3 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. el 3 de marzo de 1999.
- *Convenio N° 162*, promulgado el 3 de noviembre de 1998, publicado en el D.O. el 3 de marzo de 1999.
- *Convenio N° 138 sobre la Edad Mínima* (1973), promulgado el 17 de febrero de 1999, publicado el 12 de mayo de 1999. La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años (art. 3.1). Ahora bien, en ningún caso la edad mínima para trabajar puede ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o a quince años, pudiendo rebajarse este límite bajo ciertas condiciones a trece años.
- *Convenio N° 121 relativo a las Prestaciones en Caso de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales* (1964), promulgado el 8 de noviembre de 1999, publicado el 29 de enero de 2000.
- *Convenio N° 161 sobre los Servicios de Salud en el Trabajo*, promulgado el 8 de noviembre de 1999, publicado en el D.O. el 29 de enero de 2000.

(116) Algunos de esos derechos, en lo que interesa para la comprensión de la dimensión sobre trabajo e integración social, son los siguientes:

Art. 25.

1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de:

- a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término;
- b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

2. No será legal menoscabar en los contratos privados de empleo el principio de igualdad de trato que se menciona en el párrafo 1 del presente artículo.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

Art. 22.2. Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados del territorio de un Estado Parte en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley.

Art. 26.

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a:

- a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses

económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;

b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;

c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas.

2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

Art. 27.

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.

2. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.

Art. 32.

Los trabajadores migratorios y sus familiares, al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros y, de conformidad con la legislación aplicable de los Estados de que se trate, sus efectos personales y otras pertenencias.

Art. 40.1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole.

Art. 43.

1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

a) El acceso a instituciones y servicios de enseñanza, con sujeción a los requisitos de admisión y otras reglamentaciones de las instituciones y servicios de que se trate;

b) El acceso a servicios de orientación profesional y colocación;

c) El acceso a servicios e instituciones de formación profesional y readiestramiento;

d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres;

e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;

f) El acceso a las cooperativas y empresas en régimen de autogestión, sin que ello implique un cambio de su condición de trabajadores migratorios y con sujeción a las normas y los reglamentos por que se rijan los órganos interesados;

g) El acceso a la vida cultural y la participación en ella.

2. Los Estados Partes promoverán condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato, a fin de que los trabajadores migratorios puedan gozar de los derechos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, siempre que las condiciones establecidas para su estancia, con arreglo a la autorización del Estado de empleo, satisfagan los requisitos correspondientes.

3. Los Estados de empleo no impedirán que un empleador de trabajadores migratorios instale viviendas o servicios sociales o culturales para ellos. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 70 de la presente Convención, el Estado de empleo podrá subordinar la instalación de esos servicios a los requisitos generalmente exigidos en ese Estado en relación con su instalación.

(117) Para efectos prácticos, se ha clasificado este instrumento en la categoría de la OIT, pues como se sabe ésta encuentra sus antecedentes en la Conferencia Internacional del Trabajo. Su incorporación en este estudio obedece a razones más bien referenciales, por cuanto los temas que aborda se encuentran tratados en el Código del Trabajo y en los acuerdos alcanzados en la OIT.

- *Convenio N° 131 sobre Fijación de Salarios Mínimos*, promulgado el 29 de julio de 2000, publicado en el D.O. el 26 de abril de 2000.
- *Convenio N° 135 relativo a la Protección de Facilidades que deben otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*, promulgado el 29 de julio de 2000, publicado en el D.O. el 26 de abril de 2000.
- *Convenio N° 140 relativo a la Licencia Pagada de Estudios*, promulgado el 29 de julio de 2000, publicado en el D.O. el 26 de abril de 2000.
- *Convenio N° 182 sobre Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación*, promulgado el 29 de agosto de 2000, publicado en el D.O. el 17 de noviembre de 2000.
- *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*, promulgado el 12 de abril de 2005, publicado en el D.O. el 8 de junio de 2005.

3. Otros acuerdos

- *Acuerdo de Cooperación Técnica con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)*, promulgado el 30 de julio de 1997, publicado en el D.O. el 22 de octubre de 1997⁽¹¹⁸⁾.
- *Convenio sobre Protección Mutua de Menores*, Chile–Uruguay, promulgado el 30 de agosto de 1983, publicado en el D.O. el 4 de noviembre de 1983.

G.3) Normas de rango de ley

Evidentemente, el principal cuerpo normativo referido a esta dimensión es el Código del Trabajo⁽¹¹⁹⁾.

Dentro de su Título Preliminar destacan las siguientes normas:

Art. 2°. Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables en los registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar

(118) Art. 2°: Objetivos

Los objetivos del Programa, en concordancia con las políticas de gobierno, se fundamentan en el compromiso del país para implementar la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir de su ratificación y para ejecutar el Plan de Acción en favor de la Infancia, elaborado a partir de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño adoptada por la Cumbre Mundial en favor de la Infancia el 30 de septiembre de 1990. El Gobierno dentro de su política social sobre la infancia, ha encargado al Ministro de Planificación y Cooperación llevar a cabo todas aquellas políticas en tal sentido, de conformidad a la Ley 18.989, Artículo 2°, letra h.

El objetivo central del programa de cooperación es informar, sensibilizar y movilizar a la sociedad chilena sobre los derechos del niño y la niña y promover la coordinación de acciones destinadas a asegurar la satisfacción de sus derechos y reducir las inequidades que los afecten, a través de un enfoque de desarrollo humano. En este contexto, UNICEF contribuirá a los esfuerzos nacionales en una real implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Programa también contribuirá a facilitar el intercambio de experiencias en política social, recursos humanos y capacidades creativas a través de prácticas de cooperación horizontal en materia de desarrollo social focalizados en la infancia que fortalezcan las consideraciones sociales y de infancia en los acuerdos de integración comercial.

Art. 4°: Estrategias

Este programa de Cooperación toma como referencia las estrategias centrales definidas para la cooperación de UNICEF, que son provisión de servicios, fortalecimiento de las capacidades institucionales, promoción y difusión de los derechos del niño, habilitación de personas y comunidades, y movilización social y de recursos en favor de la satisfacción de los derechos de los niños, niñas y mujeres. El programa privilegiará el apoyo a las medidas en favor de los niños, niñas y mujeres establecidas en los planes y programas del Gobierno y la sociedad civil. La perspectiva de los derechos del niño, presenta un marco conceptual común, el cual debería facilitar la coordinación de las intervenciones sociales en beneficio de niños y niñas y permitir el aumento de la eficiencia de las acciones en favor de la

infancia. La cooperación del UNICEF se integrará en las actividades nacionales en las esferas de la educación, el desarrollo infantil, la reducción de disparidades sociales, y la adaptación de la legislación para la aplicación de los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Programa se inserta en el proceso de descentralización, y facilitará una mayor coordinación e integración de acciones de los distintos sectores sociales que prestan servicios de atención a la infancia.

Art. 5º: Líneas de acción del Programa de Cooperación

El Programa de Cooperación consta de dos programas —Implementación de los Derechos del Niño, y Promoción de los Derechos del Niño— formulados para ser ejecutados con interdependencia y coherencia entre sí, de manera que se potencien mutuamente.

Los objetivos del programa Implementación de los Derechos del Niño son:

- a) reducir las disparidades sociales mediante un mayor acceso a servicios de mejor calidad para los niños de determinados municipios pobres, para lo que se utilizarán actividades innovadoras y costo-eficientes a partir del nacimiento;
- b) promover la coordinación entre los sectores y la integración de los servicios en determinados municipios pobres para mejorar la eficiencia y la eficacia;
- c) apoyar las actividades nacionales en la armonización de los sistemas jurídicos y prácticas administrativas con la Convención sobre los Derechos del Niño; d) mejorar la información y el análisis sobre la situación de niños, niñas, y mujeres mediante el establecimiento y reforzamiento de centros de conocimientos e información, para lo que se colaborará con instituciones gubernamentales, organizaciones no gubernamentales y centros académicos de investigación; y el promover la construcción de la igualdad de género a través de la incorporación de consideraciones específicas de igualdad de género en las actividades del programa.

El programa incluye tres proyectos. El proyecto Reducción de Disparidades a través del Desarrollo Humano promoverá actividades destinadas a garantizar el acceso de los niños, niñas y sus familias a servicios que favorezcan el Buen Comienzo, y la educación parental, preescolar y básica, a través de metodologías pedagógicas innovadoras que promueven la participación de los niños, la igualdad de género, la participación de los padres y la

comunidad, y el fortalecimiento de las capacidades locales, en el marco de la promoción de los derechos del niño.

El proyecto se ejecutará en municipios seleccionados en forma conjunta por el Gobierno y el UNICEF en base a los indicadores establecidos en el Plan de Operaciones que forman parte de este Acuerdo de Cooperación Técnica. Las actividades centrales de este proyecto serán financiadas con los fondos de recursos generales del UNICEF.

Simultáneamente, se utilizarán fondos suplementarios que serán obtenidos a través de estrategias de movilización y recaudación de fondos para la expansión gradual de las actividades y la implementación del proyecto en otras comunas del país.

El proyecto Legislación y Derechos del Niño promoverá la adecuación de la legislación a la Convención sobre los Derechos del Niño; proporcionará asistencia técnica en aspectos jurídicos y sociales, y capacitación en derechos del niño a los funcionarios del poder judicial y a las instituciones encargadas de la implementación de las políticas sociales, y elaborará cursos sobre los derechos del niño y políticas sociales.

Se utilizarán recursos generales para las actividades que promueven la armonización de la legislación con la Convención, y se utilizarán fondos suplementarios para las demás actividades relativas a la protección especial y la sensibilización respecto de los derechos del niño.

El proyecto Centros de Conocimientos y Redes de Información sobre la Infancia, buscará aumentar y profundizar el conocimiento sistemático de la situación de niñas y niños en Chile en relación a sus derechos, y fortalecer los sistemas y redes de información de las principales instituciones dedicadas a las investigaciones y la difusión de información. En colaboración con instituciones gubernamentales, no gubernamentales y académicas se prestará apoyo a estudios y evaluaciones, y se elaborarán indicadores para vigilar la situación de los niños y las mujeres desde el punto de vista de los derechos y la igualdad entre los géneros. Se realizarán encuestas sobre los niños y los jóvenes, y se elaborarán estudios como contribución a la reforma jurídica. Las actividades centrales de este proyecto serán financiadas con los fondos de recursos generales del UNICEF.

Simultáneamente se utilizarán fondos suplementarios que serán obtenidos a través de estrategias de movilización y recaudación de fondos para la expansión gradual de las actividades. Los objetivos del programa Promoción

de los Derechos de Niño son:

- a) establecer alianzas para promover y proteger los derechos del niño;
- b) difundir información sobre la situación de los niños y los adolescentes; y
- c) identificar y estimular la movilización de instituciones y recursos en favor de los derechos del niño. El programa comprenderá dos proyectos. El proyecto Comunicación por los Derechos del Niño, promoverá mecanismos para aumentar la participación de los niños y la expresión de sus intereses; producirá y distribuirá material audiovisual sobre los derechos del niño; establecerá alianzas con los medios de comunicación y fortalecerá la cooperación entre el UNICEF y las organizaciones colaboradoras en la esfera de los derechos del niño. El proyecto buscará la colaboración de líderes de opinión del sector público y privado, Alcaldes, Parlamentarios, organizaciones eclesíásticas y organizaciones cívicas, a fin de promover los derechos del niño. El proyecto Movilización Social y de Recursos, permitirá establecer alianzas con el Gobierno, organizaciones no gubernamentales, empresariales, y medios de comunicación social, lo que llevará a una movilización social y de recursos de amplia base social. La promoción de los derechos del niño y la difusión de los logros del programa, forman parte integral de la estrategia de movilización social y de recursos. Las actividades incluirán: el establecimiento de vínculos entre el sector privado y las instituciones que se ocupan del desarrollo del niño; la sensibilización de los medios de difusión y las agencias de publicidad y comercialización; el aumento de la capacidad de venta de tarjetas de Navidad y felicitación y de los demás productos de UNICEF.

(119) Su texto ha sido refundido, coordinado y sistematizado mediante D.F.L. N° 1 (D.O. 16/01/2003).

al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquiera naturaleza.

Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.

Art. 5°, incisos 1° y 2°. El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto de las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

Normas básicas. En el Libro I, sobre contrato individual, entre otras destacan las normas referidas a la capacidad de trabajar, la regla general se encuentra establecida en el art. 13, según la cual pueden celebrar contrato de trabajo los mayores de edad (más de dieciocho años). Si bien existen excepciones a esta regla (arts. 13 a 15), para el rango etáreo que en este informe importa la única excepción se encuentra considerada en el art. 16:

Art. 16. En casos debidamente calificados, y con la autorización de su representante legal o del juez de menores, podrá permitirse a los menores de quince años que celebren contrato de trabajo con personas o entidades dedicadas al teatro, cine, radio, televisión, circo u otras entidades similares.

La nacionalidad también ha sido considerada como factor en el ámbito de las relaciones laborales. Nuestro Código del Trabajo señala que el 85% de los trabajadores deben tener nacionalidad chilena, salvo que la empresa tenga menos de 25 trabajadores (art. 19).

En cuanto al número máximo de horas que pueden ser establecidas como jornada laboral, la ley establece un máximo de 45 horas semanales (art. 22)⁽¹²⁰⁾, no pudiendo distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días. Además la ley permite, por regla general, un máximo de dos horas extraordinarias por día, las que se deben pagar con un recargo del 50% sobre el sueldo convenido (arts. 30–32).

Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo (art. 41, en relación con el art. 42)⁽¹²¹⁾. El monto mensual de la remuneración no puede ser inferior al ingreso mínimo mensual (art. 44). Las remuneraciones y cotizaciones de seguridad social son inembargables (art. 57), salvo excepciones, entre las cuales cabe destacar las pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, en cuyo caso es embargable hasta el 50% de las remuneraciones (art. 57). En el contrato de trabajo puede fijarse una suma de dinero que el trabajador asigna a la mantención de su familia (art. 59).

En caso de nacimiento y muerte de un hijo/a así como de muerte del cónyuge, el trabajador tiene derecho a un día de permiso pagado, adicional al feriado anual (art. 66). Además, el padre tiene derecho a un permiso pagado de cuatro días en caso de nacimiento de un hijo/a (art. 195 inc. 2°).

Las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen diez o más trabajadores permanentes, están obligadas a confeccionar un reglamento

(120) Véanse las excepciones en los arts. 22 a 29 del Código del Trabajo. También véanse las normas referidas al contrato a tiempo parcial (arts. 40 bis a 40 bis D, incorporados por Ley N° 19.759). Compárese la jornada laboral con las 44 horas que se establecen como máximo para el caso de los profesores (art. 68 de la Ley N° 19.070, sobre Estatuto Docente, texto refundido mediante D.F.L. N° 1).

(121) Art. 41 inc. final: No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento (art. 153). Copias de este reglamento deben ser enviadas al Ministerio de Salud y Dirección del Trabajo.

Las causales de terminación del contrato individual se encuentran contenidas en el art. 159:

- 1) mutuo acuerdo de las partes,
- 2) renuncia del trabajador,
- 3) muerte del trabajador,
- 4) vencimiento del plazo,
- 5) conclusión del trabajo o servicio, y
- 6) fuerza mayor o caso fortuito (art. 159).

Además termina el contrato de trabajo, sin derecho a indemnización, cuando el empleador le pone término invocando las siguientes causales:

- 1) conductas graves, vgr., falta de probidad, acoso sexual, vías de hecho, injurias, conducta inmoral,
 - 2) negociaciones prohibidas en el contrato,
 - 3) ausencia del trabajo,
 - 4) abandono del trabajo,
 - 5) actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos,
 - 6) perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías,
 - 7) incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato (art. 160).
- Además, la legislación laboral permite que el empleador ponga término al contrato de trabajo invocando una causal que ha sido objeto de debate: por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio (art. 161).

El Libro II del Código del Trabajo, sobre la protección a los trabajadores, incluye normas relevantes para este estudio. El principio orientador se encuentra en el art. 184:

Art. 184, incisos 1° y 2°: El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.

Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.

Una norma interesante en nuestra legislación corresponde al art. 192, el cual concede “acción popular” para denunciar las infracciones que se observen a lo establecido en el Título I del Libro II (arts. 184–193), estando especialmente obligados para formular tales denuncias los inspectores del trabajo, el personal de Carabineros de Chile, los conductores de medios de transporte terrestre, los capitanes de naves mercantes, los funcionarios de aduana, y los encargados de las labores de carga y descarga en los puertos.

El Título II del Libro II es especialmente atingente para esta investigación. En él se establecen las normas de protección a la maternidad. El art. 194 señala que estas normas son aplicables a los servicios de la administración pública, servicios semifiscales, servicios de administración autónoma, municipalidades y todos los

servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado. Por su parte, el inciso 4° de dicho artículo destaca lo siguiente:

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

Las trabajadoras tienen derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce después de él (art. 195). En caso de enfermedad durante el embarazo, la ley contempla el derecho a un descanso prenatal suplementario (art. 196). El mismo criterio se ha establecido para el caso de enfermedad causada con ocasión del alumbramiento, en cuyo caso la madre tiene derecho a una prolongación del descanso postnatal, por el tiempo que determine el servicio encargado de la atención médica (art. 196). La mujer que se encuentre haciendo uso de estos descansos ha de recibir un subsidio equivalente a la totalidad de las remuneraciones y asignaciones que perciba⁽¹²²⁾.

(122) Compárese con la situación de las profesoras, art. 38 de la Ley N° 19.070, sobre Estatuto Docente, texto refundido mediante D.F.L. N° 1.

En el evento que la salud de un niño/a menor a un año requiera de atención en el hogar con motivo de enfermedad grave, lo cual ha de acreditarse por medio de certificado médico, la madre trabajadora tiene derecho al permiso y subsidio indicados, por el período de tiempo que el servicio fije (art. 199, inc. 1° primera parte). En estos casos, nuestro Código además reconoce una interesante facultad para la madre: En el caso que ambos padres sean trabajadores, cualquiera de ellos y a elección de la madre, puede gozar del permiso y subsidios referidos (art. 199, inc. 1° segunda parte)⁽¹²³⁾.

(123) Este derecho también corresponde a quien tenga a su cuidado a un menor de un año y se le haya otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección. Véase además el art. 200.

Desde el momento que la mujer informa al empleador su estado de gravidez hasta un año después de expirado el permiso postnatal, goza de fuero laboral, no pudiendo el empleador poner término al contrato, a menos que así lo autorice el juez competente (arts. 174 y 201)⁽¹²⁴⁾.

(124) Existe una regla especial para el caso de los padres adoptivos (véase el art. 201 inc. 2°).

Se reconoce a la mujer embarazada el derecho a ser trasladada dentro de la empresa en caso que el lugar donde desempeña sus funciones sea peligroso para su salud, según lo consigne la autoridad administrativa (art. 202).

El Código obliga a todas las empresas que ocupan veinte o más trabajadoras, de cualquiera edad o estado civil, a tener salas cunas, esto es, espacios anexos e independientes del local de trabajo donde las mujeres pueden dar alimento a sus hijos/as menores de dos años y dejarlos mientras estén en el trabajo (art. 203). Los costos de las salas cunas corresponden al empleador (art. 205)⁽¹²⁵⁾.

(125) Para una correcta comprensión de este derecho, téngase presente lo sostenido en la Dimensión Salud y en los arts. 203 a 208 del Código del Trabajo.

Desde el punto de vista de los derechos de la madre y del recién nacido, el art. 206 señala que las madres trabajadoras tienen el derecho irrenunciable de disponer de dos porciones de tiempo, que en conjunto no excedan de una hora al día, para dar alimento a sus hijos/as. Las horas en que la madre puede estar con el recién nacido se consideran trabajadas.

Si el empleador no respeta los derechos que se reconocen en el Título II del Libro II, también existe “acción popular”, pudiendo cualquier persona denunciar las infracciones que se cometieren ante la JUNJI o la Dirección del Trabajo. En caso de demostrarse la infracción, el art. 208 señala que se aplicará una multa de 14 a 70 UTM, a beneficio de la JUNJI. Esta multa puede llegar a ser de 140 UTM en caso de reincidencia en la infracción.

El Título III del Libro II se refiere al seguro social contra riesgos de accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales. El art. 209 establece que el empleador es responsable de las obligaciones de afiliación y cotización que se originen del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la Ley N° 16.744, sobre la que se tratará más adelante.

Otras normas con rango de ley de utilidad para el análisis son las siguientes:

- D.F.L. N° 245 (D.O. 31/07/1953), sobre Asignación Familiar para los Obreros⁽¹²⁶⁾.
- Ley N° 15.386 (D.O. 11/12/1963), sobre Revalorización de las Pensiones⁽¹²⁷⁾.

(126) **Art. 2°:** El asegurado tendrá derecho a percibir asignación familiar por las siguientes personas:

- a) La mujer legítima;
- b) Los hijos legítimos y naturales de cualesquiera de los cónyuges y los adoptados legalmente, menores de 18 años o inválidos de cualquier edad;
- c) Los hijos mayores de 18 años y menores de 23 años, que acrediten con certificados competentes que siguen cursos regulares, secundarios, universitarios o de especialidad técnica. El pago se efectuará hasta el 31 de diciembre del año en que dichos hijos lleguen a los 23 años de edad.
- d) El padre y madre legítimo o naturales y la madre ilegítima, mayores de 65 años de edad, o inválidos o madre viuda de cualquier edad. Para que pueda imputarse el beneficio por el padre o madre naturales será necesario que hayan reconocido al hijo dentro del año de nacido. Para que pueda imputarse el beneficio por la madre ilegítima, será necesario que su calidad de tal conste de la respectiva partida de nacimiento.

Art. 7°: El Servicio de Seguro Social podrá determinar la entrega del valor de la asignación familiar a quien tenga a su cargo a las personas causantes de ella, cuando así se obtenga un mejor y más justo aprovechamiento de dicha asignación.

En todo caso, cuando la cónyuge del beneficiario compruebe que los hijos comunes viven con ella, el Servicio de Seguro Social dispondrá que se pague a ésta la asignación que corresponda, si así lo solicita.

Art. 13: Los obreros que oculten antecedentes o proporcionen datos falsos para gozar indebidamente de la asignación familiar, serán sancionados por el Servicio de Seguro Social con la suspensión de dicho beneficio, la primera vez hasta por un año y las reincidencias, por períodos de hasta tres años, sin perjuicio de las sanciones penales que procedan.

Los patrones que oculten o proporcionen antecedentes destinados a privar de la asignación familiar que legítimamente corresponde a sus obreros o a hacer que estos puedan disfrutarla indebidamente, serán sancionados con una multa de uno a diez sueldos vitales de Santiago, vigentes a la fecha de la infracción, sin perjuicio de la correspondiente sanción penal.

El patrón que retuviere indebidamente la asignación familiar reconocida por el

Servicio de Seguro Social en favor de sus obreros, con infracción al artículo 6°, será sancionado con una multa de uno a diez sueldos vitales del departamento de Santiago vigentes a la fecha de la infracción, sin perjuicio de ser considerado como depositario alzado para todos los efectos legales.

Las multas se aplicarán por el Servicio de Seguro Social conforme a lo dispuesto en los artículos 56° y 61° de la ley 10.383, e incrementarán el fondo de la asignación familiar.

Art. 17: Deróganse, a contar del 1° de enero de 1954, todas las disposiciones legales contrarias al presente decreto con fuerza de ley.

De la asignación familiar que establece este decreto con fuerza de ley, se descontará un 5%. El producto de este descuento se destinará a la adquisición de leche y de alimentos terapéuticos para darlos gratuitamente a los hijos de los asegurados.

El descuento del 5% se aplicará también a las asignaciones familiares de los regímenes convencionales y de las Cajas de Compensación.

El Servicio de Seguro Social, los patrones afectos a los regímenes convencionales y las Cajas de Compensación, en su caso, enterarán en el Servicio Nacional de Salud, dentro de los diez primeros días de cada mes, las sumas que retengan de la asignación familiar por aplicación del artículo anterior.

El Servicio Nacional de Salud depositará estos ingresos en una cuenta bancaria especial de la cual sólo podrá girarse para el pago de las compras de leche y de alimentos terapéuticos.

El Director General del Servicio Nacional de Salud será personalmente responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, en cuanto al destino o aplicación de los fondos.

La infracción, establecida breve y sumariamente, será sancionada con la medida disciplinaria de destitución.

(127) **Art. 1° inc. 1°:** Créase el Fondo de Revalorización de Pensiones, que tendrá por objeto financiar un régimen de pensiones mínimas, compensar el deterioro sufrido por las pensiones de regímenes provisionales a causa de la desvalorización monetaria y mantener sus montos revalorizados de acuerdo con las disposiciones establecidas en esta ley.

Art. 24: La madre de los hijos naturales del imponente, soltera o viuda, que estuviere viviendo a las expensas de éste, y siempre que aquéllos hubieren sido reconocidos por el causante con tres años de anterioridad a su muerte o en la inscripción del nacimiento, tendrá derecho a una pensión de montepío equivalente al 60% de la que le habría correspondido si hubiera tenido la calidad de cónyuge sobreviviente.

Este derecho se extinguirá por matrimonio o fallecimiento de la beneficiaria y se ejercerá de acuerdo a las normas que rijan las pensiones de viudez en los respectivos regímenes orgánicos.

El perjuicio que concede este artículo se entenderá sin perjuicio de los que correspondan a otros derechos habientes.

Art. 26, incisos 1° a 3°: Las pensiones mínimas de jubilación serán equivalentes a un sueldo vital escala A) del departamento de Santiago.

La pensión mínima de los obreros afectos a las leyes 10.383 y 10.662, por invalidez o vejez, será equivalente al salario mínimo industrial.

Las pensiones mínimas de viudez, incluidas las que corresponden a la madre viuda y al padre inválido, en su caso, y orfandad no podrán ser inferiores a un 50% y a un 15% por cada huérfano, respectivamente, de la pensión mínima que establecen los incisos anteriores, cualquiera que sea el régimen provisional que los rijan. Aprovechará a los hijos, merced de acrecimiento proporcional de estas pensiones, el derecho que se establece en favor de la viuda del causante cuando ella falleciere o hubiere fallecido, incluso si su muerte se produjo antes de la del causante. La pensión mínima para la viuda será, cuando no hubiere hijos con derecho a pensión de orfandad, equivalente a un 60% de las respectivas pensiones mínimas establecidas en los incisos primero y segundo. Las demás pensiones de sobrevivientes no podrán ser inferiores, respecto de cada beneficiario, a un 15% de las pensiones mínimas establecidas en los incisos primero y segundo.

- D.F.L. N° 2, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, de 30 de mayo de 1967.
- Ley N° 16.744 (D.O. 01/02/1968), establece Normas sobre Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales. En esta ley se fija un Seguro Social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, respecto de todos los trabajadores independientes y familiares, ciertos funcionarios públicos, estudiantes, campesinos asignatarios de tierras, suplementeros, profesionales hípicos independientes, conductores propietarios de movilización colectiva y vehículos de alquiler, transporte escolar y de carga, pirquineros, pequeños mineros artesanales, campesinos asignatarios de tierras en dominio individual, comerciantes autorizados para desarrollar su actividad en la vía pública, pescadores artesanales, empresarios individuales, y en general a todos los trabajadores independientes pertenecientes a aquellos grupos que por el hecho de estar afiliados a una AFP y no haber estado afectos al régimen de alguna institución del antiguo sistema previsional han quedado marginados de tal protección. Para los efectos de esta ley, se entiende por accidente del trabajo “toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo⁽¹²⁸⁾, y que le produzca incapacidad o muerte” (art. 5°), exceptuados los que ocurran por causa de fuerza mayor extraña y que no tenga relación alguna con el trabajo y los que sean producidos intencionalmente por la víctima. Por otra parte, se entiende por enfermedad profesional “la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le produzca incapacidad o muerte” (art. 7°). El seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se financia con las cotizaciones básicas generales del 0,9% de las remuneraciones imponibles, las cotizaciones adicionales (que no puede ser superior al 3,4% de las remuneraciones), el producto de las multas que apliquen los organismos administradores —Servicio de Seguro de Salud, Servicio Nacional de Salud, Cajas de Previsión, Mutualidades de Empleadores—, y otros recursos fijados en el art. 15 de la ley⁽¹²⁹⁾.
- D.L. N° 2251, bonifica la contratación de trabajadores ciegos y sordomudos y otorga subsidio a enfermos del Mal de Hanssen, publicado en el D.O. el 1° de julio de 1978.
- D.L. N° 44, sobre normas comunes para los subsidios por incapacidad laboral de los trabajadores dependientes del sector privado, publicado en el D.O. de 17 de agosto de 1978⁽¹³⁰⁾.
- D.L. N° 3.500 (D.O. 13/11/1980), establece Nuevo Sistema de Pensiones⁽¹³¹⁾.
- D.L. N° 3.502 (D.O. 18/11/1980), crea el Instituto de Normalización Provisional.

(128) La Ley N° 19.303 (D.O. 13/04/1997) incorporó como accidentes del trabajo los daños físicos o psíquicos que sufran los trabajadores de las empresas, entidades o establecimientos que sean objeto de robo, asalto u otra forma de violencia delictual, a causa o con ocasión del trabajo. La Ley N° 19.518 (D.O. 14/10/1997) amplió el concepto a los cursos de capacitación que reciban los trabajadores.

(129) De acuerdo al art. 27, para el otorgamiento de las prestaciones pecuniarias, los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se clasifican en las siguientes categorías: 1) incapacidad temporal, 2) invalidez parcial, 3) invalidez total, 4) gran invalidez, y 5) muerte. Cada una de esas categorías está asociada a una serie de prestaciones, las que se deben otorgar gratuitamente hasta la curación completa o mientras subsistan los síntomas de las secuelas causadas por la enfermedad o accidentes (art. 29), tales como, atención médica, hospitalización, medicamentos, gastos de traslado, etc. La incapacidad temporal da derecho al accidentado o enfermo a un subsidio durante toda la duración del tratamiento. Por su parte, se considera inválido parcial a quien haya sufrido una disminución de su capacidad de ganancia, presumiblemente permanente, igual o superior a un 15% e inferior a un 70%. Si se produce la muerte del afiliado, el cónyuge, sus hijos, ascendientes o descendientes que causaban asignación familiar, tienen derecho a pensiones de supervivencia. El monto de la pensión varía en consideración de un conjunto de factores (véanse los arts. 44 a 50). Los montos de las pensiones se aumentan en un 5% por cada uno de los hijos que le causen asignación familiar al pensionado, en exceso sobre dos, sin perjuicio de las asignaciones familiares que correspondan (art. 41).

(130) La identificación de esta norma pudiera dar lugar a equívocos, pues se ha individualizado como decreto con fuerza ley (firmado el 1° de junio de 1978), lo cual sólo es posible en el evento que el Poder Legislativo delegue la facultad de legislar sobre determinada materia en el Poder Ejecutivo, situación que no ocurría en el país. Con todo, este decreto establece normas comunes, respecto de los trabajadores dependientes del sector privado, para los subsidios establecidos en el art. 7° de la ley N° 6.174; en el art. 27 de la ley N° 10.383; en el art. 16 de la ley N° 10.662; en el art. 17 de la ley N° 16.781; en el art. 98° del D.L. N° 2.200; en el art. 32 de la ley N° 10.383 y para los demás subsidios por incapacidad laboral, excepto los regidos por la ley N° 16.744.

(131) Art. 5°: Serán beneficiarios de pensión de sobrevivencia, los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal, el o la cónyuge sobreviviente, los hijos legítimos, naturales o adoptivos, los padres y la madre de los hijos naturales del causante. Cada afiliado deberá acreditar ante la

respectiva Administradora, la existencia de sus eventuales beneficiarios, por los medios legales pertinentes.

Art. 6°: La cónyuge sobreviviente, para ser beneficiaria de pensión de sobrevivencia, debe haber contraído matrimonio con el causante a lo menos con seis meses de anterioridad a la fecha de su fallecimiento o tres años, si el matrimonio se verificó siendo el causante pensionado de vejez o invalidez.

Estas limitaciones no se aplicarán si a la época del fallecimiento la cónyuge se encontrare embarazada o si quedaren hijos comunes.

Art. 7°: El cónyuge sobreviviente para ser beneficiario de pensión de sobrevivencia, debe ser inválido en los términos establecidos en el artículo 4°, y concurrir las exigencias establecidas en el inciso primero del artículo anterior a menos que quedaren hijos comunes.

Art. 8°: Los hijos para ser beneficiarios de pensión de sobrevivencia, deben ser solteros y cumplir uno de los siguientes requisitos: a) Ser menores de 18 años de edad; b) Ser mayores de 18 años de edad y menores de 24, si son estudiantes de cursos regulares de enseñanza básica, media, técnica o superior. La calidad de estudiante deberá tenerla a la fecha del fallecimiento del causante o al cumplir los 18 años de edad; y c) Ser inválido, cualquiera sea su edad, en los términos establecidos en el artículo 4°.

Para estos efectos, la invalidez puede producirse después del fallecimiento del causante, pero antes de que cumpla las edades máximas establecidas en la letra a) o b) de este artículo, según corresponda.

Art. 9°: Las madres de hijos naturales del causante tendrán derecho a pensión de sobrevivencia si reúnen los siguientes requisitos, a la fecha del fallecimiento: a) ser soltera o viuda; y b) vivir a expensas del causante.

Art. 10: A falta de las personas señaladas en los artículos anteriores, los padres tendrán derecho a pensión de sobrevivencia siempre que a la época del fallecimiento del afiliado sean causantes de asignación familiar, reconocidos por el organismo competente.

Art. 12: Las pensiones de invalidez y sobrevivencia que se establecen en este cuerpo legal no comprenden las causadas y reguladas de acuerdo a la Ley N° 16.744, al decreto con fuerza de ley N° 338, de 1960, o a cualesquiera otras disposiciones legales que contemplen la protección contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y serán incompatibles con éstas.

Asimismo, las pensiones de invalidez que establece este cuerpo legal serán incompatibles con los subsidios por incapacidad laboral.

Art. 55: Para los efectos del artículo 53, se entenderá por capital necesario el valor actual esperado de:

a) Todas las pensiones de referencia que genere el afiliado causante para él y su grupo familiar según los artículos 4° y 5°, a contar del momento en que se pro-

duzca la muerte o quede ejecutoriado el segundo dictamen de invalidez y hasta la extinción del derecho pensión del causante y de cada uno de los beneficiarios acreditados, y b) La cuota mortuoria a que se refiere el artículo 88. El capital necesario se determinará de acuerdo a las bases técnicas y las tablas de mortalidad y expectativas de vida que para estos efectos establezcan, conjuntamente, las Superintendencias de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Valores y Seguros, y usando la tasa de interés de actualización que señale la Superintendencia de Valores y Seguros, de acuerdo al inciso siguiente.

Para determinar la tasa de interés de actualización se utilizará como referencia la tasa de interés promedio implícita en las rentas vitalicias de invalidez y sobrevivencia otorgadas según esta ley, en al menos dos de los últimos seis meses anteriores a aquél en que se haya producido el siniestro, de acuerdo con lo que señale el reglamento.

Art. 58: La pensión de referencia de los beneficiarios de pensión de sobrevivencia acreditados de acuerdo al artículo 5° será equivalente a los siguientes porcentajes de la pensión de referencia del causante: a) sesenta por ciento para la cónyuge o para el cónyuge inválido total y cuarenta y tres por ciento para el cónyuge inválido parcial, siempre que el cónyuge inválido estuviere en alguno de los casos contemplados en el artículo 7°; b) cincuenta por ciento para la cónyuge o para el cónyuge inválido total y treinta y seis por ciento para el cónyuge inválido parcial, con hijos comunes que tengan derecho a pensión, siempre que el cónyuge inválido estuviere en alguno de los casos contemplados en el artículo 7°. Este porcentaje se elevará al sesenta y cuarenta y tres por ciento, respectivamente, cuando dichos hijos dejen de tener derecho a pensión; c) treinta y seis por ciento para la madre de hijos naturales reconocidos por el causante; d) treinta por ciento para la madre de hijos naturales reconocidos por el causante, con hijos comunes que tengan derecho a pensión. Este porcentaje se elevará al treinta y seis por ciento cuando estos hijos dejen de tener derecho a pensión; e) cincuenta por ciento para los padres que cumplan los requisitos que señala el artículo 10, y f) quince por ciento para cada hijo que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 8°. Este porcentaje se reducirá al once por ciento para los hijos declarados inválidos parciales al cumplir veinticuatro años de edad.

Si dos o más personas invocaren la calidad de cónyuge o de madre de hijo natural del causante, a la fecha de fallecimiento de éste, el porcentaje que le correspondiere a cada una de ellas se dividirá por el número de cónyuges o de madres de hijos naturales que hubiere, respectivamente, con derecho a acrecer entre ellas.

Si al momento de producirse el fallecimiento de un causante, éste o ésta no tuvieren cónyuge con derecho a pensión, las pensiones de referencia de los hijos se

incrementarán distribuyéndose por partes iguales el porcentaje establecido en la letra b) del inciso primero. De lo anterior se exceptúan los hijos que tuvieren una madre con derecho a pensión establecida en la letra d) precedente.

Art. 72: El saldo que quedare en la cuenta de capitalización individual o en la cuenta de ahorro voluntario de un afiliado fallecido, que incremente la masa de bienes del difunto, estará exento del Impuesto que establece la Ley de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, en la parte que no exceda de cuatro mil Unidades de Fomento.

No se exigirá acreditar la posesión efectiva de la herencia al cónyuge ni a los padres e hijos legítimos o naturales del afiliado, para retirar el saldo a que se refiere el inciso anterior, en aquellos casos en que éste no exceda de cinco Unidades Tributarias anuales.

Art. 79: Las pensiones mínimas de sobrevivencia serán equivalentes a los siguientes porcentajes de la pensión mínima de vejez señalada en el artículo 73: a) sesenta por ciento para la cónyuge o para el cónyuge inválido total y cuarenta y tres por ciento para el cónyuge inválido parcial, siempre que el cónyuge inválido esté en alguno de los casos contemplados en el artículo 7°; b) cincuenta por ciento para la cónyuge o el cónyuge inválido total y treinta y seis por ciento para el cónyuge inválido parcial, con hijos que tengan derecho a pensión, siempre que el cónyuge inválido esté en alguno de los casos contemplados en el artículo 7°. Este porcentaje se elevará al sesenta y cuarenta y tres por ciento, respectivamente, cuando dichos hijos dejen de tener derecho a pensión; c) treinta y seis por ciento para la madre de hijos naturales reconocidos por el causante; d) treinta por ciento para la madre de hijos naturales reconocidos por el causante, con hijos comunes que tengan derecho a pensión. Este porcentaje se elevará a treinta y seis por ciento cuando estos hijos dejen de tener derecho a pensión; e) cincuenta por ciento para el padre o madre que sean beneficiarios de pensión de sobrevivencia de acuerdo con el artículo 10, y f) quince por ciento para cada hijo que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 8°. Este porcentaje se reducirá al once por ciento para los hijos declarados inválidos parciales al cumplir veinticuatro años de edad.

Si dos o más personas invocaren la calidad de cónyuge o de madre de hijos naturales de un causante, a la fecha de fallecimiento de éste, el porcentaje que le correspondiere a cada una de ellas se dividirá por el número de cónyuges o de madres de hijos naturales que hubiere, respectivamente, con derecho a acrecer entre ellas.

Art. 88: Tendrá derecho al beneficio de cuota mortuoria consistente en el retiro del equivalente a Unidades de Fomento de la respectiva cuenta individual, quien, unido o no por vínculo de matrimonio o parentesco con el afiliado fallecido, acredite haberse hecho cargo de los gastos del funeral.

- Ley N° 18.020 (D.O. 17/11/1981), establece Subsidio Familiar para Personas de Escasos Recursos⁽¹³²⁾.
- D.F.L. N° 150 (D.O. 25/03/1982), fija el texto refundido de las Normas sobre Sistema Único de Prestaciones Familiares y Sistema de Subsidios de Cesantía para los Trabajadores del Sector Privado y Público, contenidas en los D.L. N° 307 y 603 (ambos de 1974)⁽¹³³⁾.
- Ley N° 18.611 (D.O. 23/04/1987), sobre Regionalización Presupuestaria de los Subsidios Familiares y Pensiones Asistenciales⁽¹³⁴⁾.
- Ley N° 18.961 (D.O. 07/03/1990), Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile.
- Ley N° 18.987 (D.O. 11/07/1990), Incrementa Asignaciones, Subsidio y Pensiones.
- Ley N° 19.728, sobre Seguro de Desempleo, promulgada el 30 de abril de 2001.
- Ley N° 19.779 (D.O. 14/12/2001), sobre Normas relativas al Virus de Inmuno Deficiencia Humana y Bonificación Fiscal para Enfermedades Catastróficas⁽¹³⁵⁾.
- Ley N° 19.203 (D.O. 26/12/1990), sobre el Servicio Nacional de la Mujer⁽¹³⁶⁾.
- Ley N° 19.882 (D.O. 23/06/2003), sobre Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos⁽¹³⁷⁾.
- Ley N° 19.985 (D.O. 02/12/2004), sobre Reajuste de Remuneraciones a los Trabajadores del Sector Público (concede aguinaldos, reajusta asignaciones familiar y maternal, subsidio familiar y otros beneficios)⁽¹³⁸⁾.
- Ley N° 20.012 (D.O. 22/04/2005), otorga Bono Extraordinario para los Sectores de Menores Ingresos.
- Ley N° 20.079 (D.O. 30/11/2005), otorga Reajuste de Remuneraciones a los Trabajadores del Sector Público (concede aguinaldos, reajusta asignaciones familiar y maternal, subsidio familiar y otros beneficios)⁽¹³⁹⁾.

G.4) Normas de rango inferior

Existen numerosas normas de rango inferior que directa e indirectamente pueden tener relevancia para el análisis crítico de esta dimensión. Por razones prácticas en este apartado sólo se presta atención a aquellas normas que inciden directamente en las condiciones laborales de los padre de menores recién nacidos y de madres trabajadoras embarazadas.

- D.S. N° 3 (1984), aprueba el Reglamento de autorización de licencias médicas por los Servicios de Salud e instituciones de salud provisional.
- D.S. N° 101 (1968), aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, en relación con el D.S. N° 109 (1968), sobre Reglamento para la calificación y evaluación de los Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.
- D.S. N° 313 (1973), incluye a escolares en seguro de accidentes de acuerdo con la Ley N° 16.744.
- D.S. N° 594 (1999), aprueba Reglamento sobre Condiciones Sanitarias y Ambientales Básicas en los Lugares de Trabajo.
- D.S. N° 114, crea el Consejo de Ministros para la Infancia y la Adolescencia, 8 de abril de 2002, publicado en el D.O. el 11 de julio de 2002.

Sin embargo, si quien hubiere hecho los gastos fuere persona distinta del cónyuge, hijos o padre del afiliado fallecido, sólo tendrá derecho a tal retiro hasta la concurrencia del monto efectivo de su gasto, con el límite de 15 Unidades de Fomento, quedando el saldo hasta completar dicha cifra a disposición del o la cónyuge sobreviviente, y a falta de éste, de los hijos o los padres del afiliado.

Este pago también deberá ser efectuado, en las mismas condiciones, por la Compañía de Seguros que, en su caso, estuviere pagando una renta vitalicia.

Cuando el afiliado hubiere seleccionado la modalidad de Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado, la cuota mortuoria deberá ser pagada con recursos de la cuenta de capitalización individual y de la Compañía de Seguros en proporción a la distribución inicial del saldo entre ambas modalidades de pensión.

Art. 91: Las personas que se afilien en conformidad a las normas establecidas en este Título, tendrán derecho al Sistema de Pensiones de esta ley y las prestaciones de salud establecidas en las leyes Nos. 6.174, 10.383 y 16.781. Al efectuar la primera cotización, el afiliado deberá optar entre las prestaciones de salud establecidas en las leyes Nos. 10.383 y 16.781. Si así no lo hiciera, se entenderá que opta por las de la ley N° 10.383.

Si el trabajador optare por las de la ley N° 10.383, la cónyuge y los hijos tendrán los beneficios establecidos en dicha ley cuando cumplan con los requisitos que dicho cuerpo legal señala, sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto ley N° 2.575, de 1979. Si optare por las de la ley N° 16.781, el trabajador tendrá derecho a los beneficios señalados en esa ley para sí y para su cónyuge y sus hijos hasta los 18 años o mayores de esa edad y hasta los 24 años, solteros, que sigan cursos regulares en la enseñanza básica, media, técnica o superior, y que vivan a sus expensas.

Los trabajadores independientes que se incorporen al Sistema que establece esta ley, continuarán afectos a los regímenes de Sistema Único de Prestaciones Familiares y de Subsidio de Cesantía, cuando a la fecha de su incorporación hubieren estado afiliados a un régimen de previsión que contemplara en su favor el beneficio de asignación familiar o el beneficio de subsidio de cesantía, mientras desempeñen la actividad que les otorgó la calidad de imponentes de dicho régimen de previsión.

(132) Art. 2: Serán causantes del subsidio familiar los menores hasta los 18 años de edad y los inválidos de cualquier edad, que vivan a expensas del beneficiario, que participen, cuando proceda, en los programas de salud establecidos por el Ministerio de Salud para la atención infantil y que no disfruten de una renta igual o superior al monto del subsidio, cualquiera que sea su origen o procedencia. Con todo, no se considerará renta, para el efecto indicado en el inciso anterior, la pensión de orfandad.

El requisito de participación en los programas de salud aludidos en el inciso primero,

no será exigible a los causantes de ocho a más años de edad. Respecto de los menores de más de seis años de edad, para tener derecho al subsidio, deberá acreditarse, además que se encuentra cursando estudios regulares, en los niveles de enseñanza básica, media o superior u otros equivalentes, en establecimientos educacionales del Estado o reconocidos por éste, a menos que se acredite que se encuentra en algunas de las situaciones de excepción que contempla el decreto con fuerza de ley N° 5.291, de 1930, del Ministerio de Educación, o que fuere inválido en los términos previstos en el régimen de prestaciones familiares. También podrán ser causantes del subsidio familiar las madres de menores que vivan a sus expensas por los cuales perciban subsidio. En este caso, la misma madre será la beneficiaria.

Art. 3 bis: Tendrá derecho al subsidio establecido en esta ley, la mujer embarazada que lo solicite por escrito en la municipalidad que corresponda a su domicilio siempre que haya percibido un ingreso inferior a cuarenta y ocho unidades tributarias mensuales, incluido el del grupo familiar con el cual vive, durante el año calendario anterior a aquél en que perciba efectivamente el beneficio.

Su pago se hará exigible a partir del quinto mes de embarazo, previa certificación competente de tal hecho por médico o matrona de los servicios de salud o de instituciones autorizadas por tales servicios, extendiéndose con efecto retroactivo por el período completo de la gestación. Producido el nacimiento, el menor será causante del subsidio familiar en la forma indicada en los demás preceptos de esta ley, si procediere, en cuyo caso se devengará el subsidio desde el día del nacimiento.

Art. 7°: El beneficiario del subsidio deberá acreditar ante la municipalidad respectiva, a lo menos una vez al año, que el causante participa en los programas de salud establecidos por el Ministerio de Salud para la atención infantil.

(133) **Art. 2°:** Quedan afectos al Sistema y son sus beneficiarios... f) Las instituciones del Estado o reconocidas por el Supremo Gobierno que tengan a su cargo la crianza y mantención de niños huérfanos o abandonados y de inválidos, y g) Las personas naturales que tengan menores a su cargo en virtud de lo establecido en el N° 4° del artículo 29° de la ley N° 16.618.

Art. 3°: Serán causantes de asignación familiar: ... b) Los hijos y los adoptados hasta los 18 años, y los mayores de esta edad y hasta los 24 años, solteros, que sigan cursos regulares en el enseñanza media, normal, técnica, especializada o superior, e instituciones del Estado o reconocidos por éste, en las condiciones que determine el reglamento;

Art. 4°: Las trabajadoras comprendidas en las letras a), b) y c) del artículo 2° tendrán derecho a una asignación maternal que será de monto igual al de la asignación familiar, la que se les pagará por todo el período del embarazo. Su pago se hará exigible a partir del quin-

to mes de embarazo, previa certificación competente de tal hecho y de su control, extendiéndose con efecto retroactivo por el período completo de la gestación.

Igual derecho tendrán los beneficiarios mencionados en las letras indicadas en el inciso primero, respecto de sus cónyuges embarazadas que sean causantes de asignación familiar.

La asignación maternal se regirá por las normas generales de la asignación familiar y las especiales que determine el reglamento.

Art. 7°: Corresponderá percibir la asignación familiar y la maternal, por regla general, al beneficiario a cuyas expensas viva el causante. Las asignaciones familiares causadas por hijos menores se pagarán directamente a la madre con la cual vivan, si ésta lo solicitare.

Igualmente procederá el pago directo a la cónyuge, a los causantes mayores de edad o a la persona a cuyo cargo se encuentre el causante, siempre que lo soliciten.

Art. 14: El monto de las asignaciones familiares y maternal será uniforme, tanto en relación a los causantes que las produzcan como respecto de los beneficiarios que las perciban. Los causantes por invalidez darán derecho al pago de una asignación aumentada al duplo.

(134) Para efectos prácticos, se ha clasificado este instrumento en la categoría de la OIT, pues como se sabe ésta encuentra sus antecedentes en la Conferencia Internacional del Trabajo. Su incorporación en este estudio obedece a razones más bien referenciales, por cuanto los temas que aborda se encuentran tratados en el Código del Trabajo y en los acuerdos alcanzados en la OIT.

(135) **Art. 1°:** La prevención, diagnóstico y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), como la asistencia y el libre e igualitario ejercicio de sus derechos por parte de las personas portadoras y enfermas, sin discriminaciones de ninguna índole, constituyen un objetivo sanitario, cultural y social de interés nacional.

Corresponde al Estado la elaboración de las políticas que propendan hacia dichos objetivos, procurando impedir y controlar la extensión de esta pandemia, así como disminuir su impacto psicológico, económico y social en la población.

Art. 2°: El Ministerio de Salud tendrá a su cargo la dirección y orientación técnica de las políticas públicas en la materia. Estas políticas deberán elaborarse, ejecutarse y evaluarse en forma intersectorial, con la participación de la comunidad, recogiendo los avances de la investigación científica y considerando la realidad epidemiológica nacional, con el objeto de establecer políticas específicas para los diversos grupos de la población, y en especial para aquellos de mayor vulnerabilidad, como las mujeres y los menores. En todo caso, será aplicable, en lo pertinente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Art. 7° inc. 1°: No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en

el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen.

Art. 7° inc. 3°: De igual manera, no podrá condicionarse el ingreso a un establecimiento educacional, ni la permanencia o promoción de sus alumnos, a la circunstancia de encontrarse afectados por el virus de inmunodeficiencia humana. Tampoco podrá exigirse la realización o presentación del referido examen para tales efectos.

Art. 7° inc. final: Asimismo, ningún establecimiento de salud, público o privado, cuando sea requerida su intervención de acuerdo con la ley, podrá negar el ingreso o atención a personas portadoras o enfermas con el virus de inmunodeficiencia humana o condicionar lo anterior a la realización o presentación de resultados del referido examen.

Art. 9°: La infracción a lo dispuesto en el artículo 7° será sancionada con multa a beneficio fiscal de 10 a 50 unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños causados.

Art. 10: En caso de reincidencia en las infracciones señaladas, los montos mínimos y máximos de las multas establecidas en los artículos precedentes se duplicarán.

Art. 12: Será competente para conocer de las infracciones sancionadas en este Capítulo el juzgado de policía local correspondiente al domicilio del afectado, sin perjuicio de la competencia que corresponda a los juzgados del trabajo y al tribunal aduanero o criminal respectivo, en su caso.

(136) **Art. 2° inc. 1°:** El Servicio Nacional de la Mujer es el organismo encargado de colaborar con el Ejecutivo en el estudio y proposición de planes generales y medidas conducentes a que la mujer goce de igualdad de derechos y oportunidades respecto del hombre, en el proceso de desarrollo político, social, económico y cultural del país, respetando la naturaleza y especificidad de la mujer que emana de la diversidad natural de los sexos, incluida su adecuada proyección a las relaciones de la familia.

(137) **Art. 1° inc. 1°:** Créase el Fondo Nacional de Subsidio Familiar con cargo al cual se pagarán los subsidios familiares otorgados y los que se otorguen conforme a la ley N° 18.020. Dicho fondo será financiado con el aporte fiscal que anualmente se establezca en la Ley de Presupuestos.

Art. 2° inc. 1°, primera parte: Corresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social la tuición y fiscalización de la observancia de las disposiciones sobre subsidio familiar a que se refiere el artículo anterior, la administración financiera del Fondo y el control de su desarrollo presupuestario...

Art. 3° inc. 1°: No obstante lo dispuesto en el art. 4° de la Ley N° 18.020, los alcaldes sólo podrán conceder beneficios hasta por el número que se hubiere asignado en conformidad al art. 1° de esta ley, debiendo dar prioridad a las personas de más escasos recursos, de acuerdo con

- D.S. N° 3, aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por los Servicios de Salud e Instituciones de Salud Previsional, publicado en el D.O. el 28 de mayo de 1984.
- D.S. N° 62, establece el Reglamento del Sistema de Postulación, Asignación y Venta de Viviendas destinadas a atender Situaciones de Marginalidad Habitacional, publicado en el D.O. el 20 de junio de 1984.
- D.S. N° 40, fija el Nuevo Reglamento del Sistema de Subsidio Habitacional, publicado en el D.O. el 19 de marzo de 2004.
- D.S. N° 117, reglamenta el Sistema de Subsidio Habitacional Rural, publicado en el D.O. el 11 de julio de 2002.

las instrucciones que imparta la Superintendencia de Seguridad Social.

Art. 4°: El subsidio familiar que se conceda a partir de la vigencia de esta ley, durará tres años, contados desde el mes en que comenzó a devengarse. En todo caso, cesará desde el momento en que falte alguno de los requisitos que se consideraron para su otorgamiento, previo aviso por escrito al beneficiario con, a lo menos, un mes de anticipación.

El subsidio familiar podrá ser renovado de acuerdo con las disposiciones que establezca el reglamento, en cuyo caso se considerará como nuevo beneficio para todos los efectos legales.

(138) Art. 21: Reemplázase, a contar del 1 de julio del año 2005, el inciso primero del artículo 1° de la ley N° 18.987, por el siguiente:

“Artículo 1°. A contar del 1 de julio del año 2005, las asignaciones familiar y maternal del Sistema Único de Prestaciones Familiares, reguladas por el decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, tendrán los siguientes valores, según el ingreso mensual del beneficiario:

De \$ 3.930 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual no exceda de \$ 122.329;

De \$ 3.823 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los \$ 122.329 y no exceda los \$ 239.605;

De \$ 1.245 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los \$ 239.605 y no exceda los \$ 373.702, y

Las personas que tengan acreditadas o que acrediten cargas familiares y cuyo ingreso mensual sea superior a \$ 373.702 no tendrán derecho a las asignaciones aludidas en este artículo. Sin perjuicio de lo anterior, mantendrán su plena vigencia los contratos, convenios u otros instrumentos que establezcan beneficios para estos trabajadores; dichos afiliados y sus respectivos causantes mantendrán su calidad de tales para los demás efectos que en derecho correspondan.

Art. 22: Fijase en \$ 3.930 a contar del 1 de julio de 2005, el valor del subsidio familiar establecido en el artículo 1° de la ley N° 18.020.

(139) Art. 21: Fijase en \$ 4.126 a contar del 1 de julio de 2006, el valor del subsidio familiar establecido en el artículo 1° de la ley N° 18.020.

*Análisis crítico de la
normativa vigente*

3

A) Salud

A.1) Estructura

El análisis crítico de la normativa vigente referida a la dimensión salud se ha estructurado en consideración de las siguientes secciones: en primer lugar se fija el ámbito de análisis crítico en el apartado aclaraciones conceptuales (infra 3.1.b); en segundo término se hace un breve mención sobre la coherencia de la legislación revisada, esto es, se revisa la articulación de la normativa en torno al propósito de estimular la salud y el desarrollo integral del producto de la concepción y niñas y niños menores de tres meses (infra 3.1.c); luego se formulan los alcances de fondo sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente, lo cual entrega juicios sobre los aspectos cubiertos o no considerados por la normativa, así como de la forma en que esta normativa se traduce en políticas públicas, siempre tomando en cuenta el contexto actual del país —llama la atención la carencia de orientación para actuar en los niveles de prevención más eficaces y eficientes, y la falta de adecuación a la realidad epidemiológica y demográfica del país— (infra 3.1.d); a continuación se da cuenta de las omisiones normativas que han sido detectadas, a propósito de la revisión de los temas más relevantes de la dimensión comentada (infra 3.1.e); por último, se dejan para el final las conclusiones principales (infra 3.1.f).

Las recomendaciones y propuestas específicas para fortalecer la dimensión salud de las mujeres embarazadas, del nasciturus y del recién nacido se encuentran contenidas en el capítulo que sigue (infra 4.1.).

A.2) Aclaraciones conceptuales

Una comprensión adecuada del análisis de la dimensión salud requiere fijar el contexto y la ideología del mismo. Por ello, ha parecido prudente incluir ciertas consideraciones básicas con que se ha realizado este análisis.

A saber, **Salud**, por definición, es un estado de origen y condicionantes multi-sectoriales. De esta forma, prácticamente todas las actividades humanas tienen alguna relación con ella. Esto hace que un análisis de esta dimensión tenga fronteras muy amplias y límites difusos, dado que todas las dimensiones restantes se conectan con ella.

Si consideramos como objetivo nacional asegurar que todos los niños y niñas cuenten con las herramientas necesarias para manejar y enfrentar los riesgos específicos de cada etapa de su crecimiento, y, de este modo, potenciar un desarrollo más igualitario para la infancia y el mejoramiento de las perspectivas de vida para todos los niños y niñas del país, hay pocas intervenciones que se alejen de dicho objetivo.

Entendemos por **salud y desarrollo integrales** el que la salud se extienda a las áreas biológica, psicológica y social de cada niña o niño, permitiendo la expresión máxima de su potencial genético. Naturalmente, esta separación en áreas es un artificio intelectual, útil para análisis esquemáticos. Sin embargo, en la práctica, esta separación es superada por la unidad existente en cada persona y, por ejemplo, las alteraciones de la salud mental, y aún las características de personalidad, pueden intervenir en el estado de salud biológica. Esta interacción es muy clara en el caso de las enfermedades psicosomáticas.

La salud y la enfermedad son expresiones de un equilibrio dinámico entre los susceptibles de enfermar y los agentes de enfermedad que interactúan en el seno de un medio ambiente determinado. Estos tres elementos conforman la llamada “tríada ecológica” de la salud y enfermedad.

La salud de las personas es un continuo y sus condicionantes existen desde antes del inicio de la vida individual. Así, tanto la salud biológica como la salud mental de un sujeto son influidas por la de sus progenitores desde el momento mismo de la concepción y su impacto se refuerza después del nacimiento. Ejemplos concretos que respaldan esta afirmación son los aportados por la transmisión vertical (embarazada a feto y, eventualmente, a recién nacido) de afecciones como el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

Por ello, un análisis del tratamiento normativo que recibe la salud infantil al inicio de la vida debe incluir consideraciones sobre el proceso reproductivo y la salud de la embarazada.

Los resultados de las investigaciones actuales han hecho muy evidente esta característica de continuidad y, por ejemplo, se sabe que el estado nutricional in útero influye en la salud de etapas posteriores de la vida y que la salud de las fases iniciales ejerce un impacto durante toda la existencia.

En el caso de Chile —y en la situación particular de este proyecto— esta consideración tiene importancia especial dado que la dinámica demográfica muestra un incremento sostenido de la población mayor de 65 años. La esperanza de vida alcanzada por la población permite suponer que el incremento se mantendrá y, así, la salud de los niños/as de hoy influye en la de los adultos y ancianos de mañana. A su vez, la salud de estos niños está siendo influida por disposiciones vigentes que, en ocasiones, se fundamentaron en situaciones ya obsoletas.

El proceso salud/enfermedad ocurre en grados evolutivos (o niveles de prevención). Se reconocen cinco niveles secuenciales, organizados en una escala de deterioro progresivo de la salud:

- (1) promoción de la salud,
- (2) prevención de la enfermedad,
- (3) diagnóstico precoz,
- (4) tratamiento oportuno y
- (5) rehabilitación (obviamente, en caso que no ocurre la muerte).

Se puede afirmar con seguridad que es factible intervenir con medidas apropiadas en todos estos niveles. En los dos primeros (promoción y prevención) las medidas se ejecutan antes de que aparezca la enfermedad. Se entiende por promoción de la salud al conjunto de medidas generales, inespecíficas, que protegen simultáneamente contra varios grupos de afecciones; por ejemplo, mantener un buen estado nutricional o practicar regularmente ejercicio. Prevención, por su parte, es el conjunto de medidas específicas para evitar una enfermedad determinada y precisa; por ejemplo, una inmunización en particular. Se reconoce y acepta, en forma universal, que las intervenciones en el proceso salud/enfermedad son más baratas, eficaces y eficientes cuando se actúa en estos dos primeros niveles, antes del comienzo de la enfermedad. El costo sube y el rendimiento de la intervención baja cuando se actúa en los dos más niveles tardíos, vale decir, tratamiento y rehabilitación.

Para conseguir el desarrollo y la salud integral, las intervenciones deben efectuarse desde el momento de la concepción, ser continuas y cumplir con ciertos requisitos: coherencia, eficacia, y, en lo posible, eficiencia. Se entiende por coherencia, el que hecho que tales intervenciones apunten en direcciones simultáneas, sin oponerse en sus fases intermedias y efectos. Eficacia es la capacidad de poder lograr un determinado objetivo, mientras que la eficiencia, conseguirlo al menor costo posible.

El buen cuidado y la buena atención de salud exigen que ésta cumpla condiciones determinadas. El número y tipo de requisitos considerados fundamentales dependen de la ideología prevalente en cada país o en cada momento histórico social.

Sin embargo, se estima que —en lo idea— debe ofrecerse, al menos, que el cuidado de la salud sea:

- Universal: disponible para toda la población.
- Continuo: desde que la concepción hasta la muerte.
- Integral: en consideración de los aspectos biológicos, psicológicos y sociales.
- Adecuado a las necesidades de cada grupo de la población, lo cual se encuentra íntimamente asociado con el anhelo de equidad social, es decir, con la apuesta por brindar un cuidado mejor al individuo que tiene más necesidades, falencias o factores de riesgo.
- Realizado con participación de la comunidad.
- Realizado en consideración de la influencia que el ambiente ejerce sobre la salud.
- Realizado en consideración de la bioética. Este último punto se ha hecho cada vez más evidente con ocasión del desarrollo de la tecnología.

Existen, al menos, otros dos requisitos que pueden ser objetados o considerados fundamentales, dependiendo del contexto social en que se entrega el cuidado de la salud:

- Personalizada: adecuado a las características especiales de quien lo recibe.
- Igualitaria: que se ofrezcan las mismas prestaciones a toda la población.

Chile ha experimentado, simultáneamente, transiciones epidemiológica y demográfica extraordinariamente rápidas, lo que ha configurado un escenario muy dinámico y cambiante de cara a la legislación vigente, la que evidentemente debe estar siempre atenta a adaptarse a las nuevas exigencias. Como es sabido, los *cambios sociales* no siempre están a la par con los *cambios jurídicos*.

La transición epidemiológica significó un ajuste en el panorama de enfermedades y causas de muerte y enfermedad. Problemas antaño prevalentes, como la desnutrición y ciertas enfermedades infecciosas, se tornaron infrecuentes o fueron erradicados, mientras que la patología crónica, el cáncer, las afecciones degenerativas, los traumatismos y muchas condiciones con un fuerte componente psicosocial, fueron contemplados como sus reemplazantes.

La transición demográfica se caracterizó —en su primera fase— por descensos de la mortalidad y la natalidad, con grandes reducciones en los decesos infantiles y el número de nacidos vivos (cuya cifra cayó en 56% entre 1960 y 2000). La menor natalidad redujo la presión asistencial sobre los sectores encargados de la educación y la salud; disminuyó los nacimientos de orden elevado (cuarto y más) y prolongó el espaciamiento entre los niños/as (intervalo intergenésico). En cuanto a la mortalidad infantil (muertes durante el primer año de vida), el descenso no se ha detenido y en 2002 la tasa respectiva llegó a 7,8 por mil nacidos vivos, el valor más bajo registrado en toda la historia del país. Esta mejoría aparece más ligada a factores socio-demográficos que a económicos. No obstante, se espera que el descenso se vaya haciendo cada vez más difícil, dados los bajos niveles ya alcanzados.

Dentro de la mortalidad infantil se distinguen dos componentes: mortalidad neonatal (muertes ocurridas en los primeros 28 días de vida) e infantil tardía o post-neonatal (aquellas ocurridas desde el día 29 hasta cumplir el año de vida). Gradualmente, al comparar estos componentes, se ha hecho manifiesto un predominio de la mortalidad neonatal y, a la vez, una preponderancia de las causas de muerte de control más difícil. Ambos hechos hacen pensar que el progreso —es decir, la disminución de la mortalidad— sólo podrá continuar si se reducen, por lo menos,

cinco condiciones: los embarazos de alto riesgo; los recién nacidos de bajo peso (bajo 2.500 grs.) y de muy bajo peso al nacer (bajo 1.500 grs.), las malformaciones congénitas y los traumatismos. Cuatro de estas cinco condiciones tienen gran influencia en la mortalidad y la enfermedad del producto de la concepción y el menor de tres meses.

Un rasgo marcado y actual de una segunda fase de la transición demográfica son los cambios marcados en la familia, de gran importancia para la salud del producto de la concepción y los menores de tres meses.

Los analistas sociales y demográficos sostienen que en América Latina se experimentaron y están experimentando —en proporción variable— al menos cuatro tipos de cambios que afectarían:

1. Conformación de las familias. Se observan cambios tales como la postergación del matrimonio; el aumento en el número de personas que viven solas; el mayor número de uniones consensuales —con incremento de la procreación en estas uniones—; y la prolongación de la residencia en la casa paterna (emancipación tardía). Simultáneamente, se han incrementado los nacimientos fuera del matrimonio.

2. Patrones de disolución. Se aprecia un aumento en la separación en las uniones formales y en las consensuales. Y dados los cambios normativos en el ámbito del derecho matrimonial, seguramente veremos altas tasas de divorcio en los primeros años de aplicación de la nueva ley de matrimonio civil, para luego tener a una mayor estabilización de las cifras, tal como ha ocurrido en otras latitudes cuando se ha permitido la disolución del vínculo matrimonial (divorcio).

3. Patrones de reconstitución. Ellos comprenden un crecimiento en la proporción de familias reconstituidas, pero dentro de patrones que apuntan a la cohabitación antes que a un segundo matrimonio y a una mayor proporción de niños que no conviven con ambos padres biológicos.

4. Tipo de sistema familiar predominante: disminución del predominio de la familia con proveedor único y aumento de aquella en que ambos integrantes de la pareja trabajan en forma remunerada.

Gradualmente aparecen —con frecuencia variable— otros tipos de familia, algunas de ellos muy diferentes a las tradicionales del siglo XX; por ejemplo, aquellas en que ambos padres trabajan fuera del hogar, las sustentadas por uno o dos abuelos, las reconstituidas y las de padres de igual sexo.

Parte importante de estas variaciones se originaría en el cambio social y en una diferente actitud de la mujer que, en la realidad actual, tiene alternativas ante el costo del antiguo sistema familiar con un solo proveedor: el varón. Las alternativas serían producto de la mejor educación femenina y de la menor dependencia (en general, se admite que la mujer paga un costo si se mantiene circunscrita a las tareas domésticas). Un coadyuvante ha sido el desarrollo de la infraestructura de servicios básicos y tecnología doméstica, que ha aumentado el tiempo disponible para otras actividades.

Estos cambios han originado una familia más inestable, reducida en tamaño y sometida a tensiones. En la actualidad, niñas y niños interactúan con menos hermanos; pero el ingreso precoz a cuidados extra familiares y el mayor número de adultos mayores han aumentado el número y diversidad de las personas con quienes se relacionan. En consecuencia, están expuestos a las diferentes escalas de valores y criterios de esas personas e instituciones.

El estilo de vida actual hace que la familia comparta, en forma importante y creciente, sus roles clásicos y, muy en especial, la función educativa.

También son destacables las reducciones en el número de matrimonios y la proporción de familias extendidas; así como la alta frecuencia de cambio de pareja reproductiva; mientras en algunos sectores hay evidencias que hacen sospechar que 3 a 4% de los nacidos no son deseados, al nacer o en los primeros meses de vida.

La potestad de los padres se ha desdibujado y adicionado de moduladores y controles, para evitar abusos, pero aún se utiliza el castigo físico como elemento educativo. También se ha debilitado el control ejercido por instituciones tradicionales y por la red familiar.

Las nuevas características de la familia someten a tensión los lazos entre padres e hijos/as y obligan a niñas y niños a tener mayor plasticidad para enfrentar cambios en las relaciones y los valores de quienes conviven con ellos.

La familia se ha hecho más sedentaria; el medio ambiente de la mayoría de las embarazadas y niñas y niños menores de tres meses es de tipo urbano, por lo cual se debería prestar mayor atención a las condicionantes ambientales.

Desde un punto de vista metodológico, y en consideración de las aclaraciones conceptuales recién explicitadas, ha parecido razonable juzgar la información disponible separando sus efectos en tres temas o acciones de efecto primordial sobre la salud y el desarrollo: biológico, psicológico y social.

Por ejemplo, una intervención en el área de la nutrición o de las inmunizaciones actúa, primordialmente, en el área biológica; mientras que las intervenciones sobre la familia lo hacen más bien en las áreas psicológica y social.

En general, las intervenciones preponderantemente o exclusivamente biológicas (vgr., inmunizaciones) suelen ser más fáciles de implementar y su impacto puede ser más fácilmente visible. En contraste, las intervenciones sobre la salud psicológica y social —por exigir en mayor medida una acción multisectorial— parecen más difíciles y de impacto menos evidente.

Un aspecto muy relevante en este tipo de análisis es que el cuidado de la salud y la recuperación de la enfermedad significan inversiones y desembolsos importantes en todos los países y son preocupaciones importantes para el sentir de la población.

En el análisis crítico se ha intentado apoyar afirmaciones y juicios con la literatura biomédica disponible y, en lo posible, susceptible de ser respaldada con evidencias. La mayoría de dicha literatura proviene del medio nacional (ver infra Anexos).

A.3) Alcances sobre la (in)coherencia de la legislación

La información revisada aparece, en lo general y específico, como coherente, sin encontrarse contradicciones gruesas en los cuatro niveles de información revisados: disposiciones constitucionales, convenios internacionales, legislación y disposiciones de nivel inferior.

Pese a ello, existen al menos tres puntos en que existe incoherencia entre la normativa y la realidad o el manejo de situaciones:

a) La orientación de parte de la normativa no recoge los cambios que ha experimentado el nivel de salud de la población en las últimas décadas. Es decir, no parece corresponder de la manera que se desearía a los cambios derivados de la transición epidemiológica, la transición demográfica y la atención de salud. La importancia de este aspecto se detalla en el apartado que sigue.

b) La normativa no acoge en su globalidad la necesidad de incrementar la participación de la población en los esfuerzos destinados a proteger la salud y el desarrollo del producto de la concepción y el menor de tres meses.

c) En cuanto a los derechos de los niños y del producto de la concepción, es posible reforzar la coherencia de la legislación chilena si se acogen en el ordenamiento jurídico nacional las recomendaciones por humanizar el cuidado de salud —en especial en los niños hospitalizados y aquellos con enfermedades crónicas—, y los aspectos relacionados con la entrega de atención equitativa y de calidad.

A.4) Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente

A la luz de la lectura de las normas jurídicas vigentes en nuestro país, es plausible sostener que:

(1) no existe una regulación apropiada que tienda a promover la salud y a prevenir las enfermedades; y

(2) la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de transición epidemiológica y de perfeccionamiento de la atención de salud.

1°. La normativa está, en general, orientada a resolver o regular un conjunto de problemas referidos a la dimensión salud, mas no se detecta una tendencia predominante hacia la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, vale decir, antes de que surja el problema.

Por lo tanto, no es evidente que la orientación de las disposiciones se enfoque en acciones en los primeros niveles de acción, pese a que el artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud y asigna al Estado el deber de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación. Asimismo, le asigna al Estado la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Existen disposiciones de carácter preventivo, pero la mayoría se orienta al tratamiento de situaciones relacionadas con la salud una vez que ellas ya han creado un problema. Se actúa más bien en las fases de tratamiento, rehabilitación o detección precoz.

Ejemplo de esta orientación normativa es la Ley de Garantías Explícitas en Salud —una de las últimas y más importantes normativas en salud—, enfocada en el diagnóstico y tratamiento oportunos, pero sin énfasis en aspectos de promoción y prevención.

En las disposiciones constitucionales y los convenios internacionales se hace más evidente el interés por la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad; mientras que ello no es así en los niveles de regulación a través de normas con rango de ley o en las manifestaciones de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona y establece que la ley protege la vida del que está por nacer; sin embargo, no existe una Ley de Promoción de la Salud.

En la sociedad chilena, y conectados con el sistema público de salud, hay grupos que pudiesen aportar información concreta para avanzar en este sentido, como son el Consejo Nacional Vida Chile —vinculado al Ministerio de Salud—, diversas sociedades científicas (véase infra Anexos) y los equipos de Salud Pública de las Facultades de Medicina. En lo referente a la salud desde la concepción hasta los tres meses de vida aparecen como eventuales colaboradoras numerosas Sociedades científicas del área biomédica; entre ellas, las de Pediatría, Obstetricia y Ginecología y la de Ginecología Infantil y del Adolescente (SOGIA). Existen, además, muchas otras que pudiesen aportar conocimiento técnico para mejorar la normativa actual.

Aspectos importantes de la promoción y prevención aparecen tratados en forma insuficiente en la legislación. Este sería, por ejemplo, el caso del fomento del apego y del desarrollo psicosocial, de la salud mental y la salud familiar; así como de la prevención de las patologías relacionadas con el daño ambiental y de las relacionadas con los estilos de vida de toda la población y, en particular, de la embarazada. En este grupo se debe incluir a las enfermedades crónicas del adulto, que originan el grupo mayor de muertes en Chile y muchos países. Varias de estas últimas se inician o deben empezar a prevenir desde la infancia temprana y, por ello, son susceptibles de mención en este análisis.

Dos aspectos básicos —íntimamente relacionados entre sí y con estrecha conexión a la salud del menor de tres meses— que requieren mayor respaldo legal, o revisión del que ya tienen, son:

a) Fomento del apego. El apego es ampliamente reconocido como una herramienta útil y poderosa en la salud infantil. Sus beneficios van desde el área biológica a la psicoafectiva, se prolongan en la vida y se extienden a la familia.

b) Fomento de la lactancia natural. La lactancia materna tiene impacto en la salud del recién nacido/a, el niño/a y el adulto dado que, prolongada más allá de los 4 meses de vida, se asocia con menores riesgos de diabetes, hipertensión y obesidad en los adultos. Hay evidencia de intervenciones exitosas. Una de las cuales, en la década de 1990, fue el reconocimiento, por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y por el Ministerio de Salud, de Hospitales Amigos de la Madre y el Niño, uno de cuyos ejes es el fomento y protección de la lactancia materna.

Tanto el apego del período neonatal como la lactancia son reforzados por la existencia de la licencia maternal postnatal (84 días) y por el permiso postnatal del padre (5 días). No obstante, a la luz de la Sociedad Chilena de Pediatría y otras voces autorizadas del país, *la duración del permiso postnatal no está acorde con una protección real de la lactancia y se considera insuficiente*. La Sociedad Chilena de Pediatría, con financiamiento de UNICEF, realizó un estudio del impacto económico y social que tendría la prolongación de esa licencia, cuyos resultados han sido expuestos en la Comisión de Salud del Senado de la República.

Adicionalmente, es posible que la prolongación del permiso postnatal de la madre, y eventualmente del padre, pudiese contribuir a la estabilidad familiar con impactos positivos en la salud biológica y mental de la población.

En lo referente al desarrollo psicosocial, conviene tener presente que el desarrollo cerebral durante la etapa prenatal y el primer año de vida es más rápido y extenso de lo que se sospechaba, siendo también más vulnerable. La influencia del entorno en el desarrollo del cerebro se considera duradera y afecta el número de neuronas y el de conexiones entre ellas, así como la forma en que éstas se conectan.

Un aspecto fundamental en el diseño de intervenciones respaldadas por normativas es el conocimiento de los periodos críticos del desarrollo infantil, en los cuales es necesario estimular y proteger, simultáneamente, al individuo.

Se acepta que varios de los períodos críticos ocurren dentro de los tres primeros meses de vida. Además del período de apego perinatal se estima que existen otros. A saber,

- Control emocional, de 0 a 2 años
- Visión, de 0 a 2 años
- Apego social, de 0 a 2 años

- Vocabulario, de 0 a 3 años
- Segundo idioma, de 0 a 10 años y
- Desarrollo de las habilidades de la comunicación y el lenguaje, de 0 a 7 años.

Para el desarrollo psicosocial se considera que no basta el estímulo adecuado en el momento oportuno, si los mecanismos físico-biológicos son inadecuados. La adecuación de dichos mecanismos puede ser explorada al nacer o durante los primeros meses de la vida. Si los estímulos son insuficientes, la privación causará déficit del desarrollo de origen sociocultural, dado que la expresión máxima del potencial genético se obtendrá según las condiciones que ofrezca el ambiente.

En lo relacionado con nutrición, hay evidencia de que la malnutrición temprana —desde el período fetal—, puede tener efectos a los 50 años o más de edad, en términos de resistencia a la insulina y prevalencia de diabetes.

A corto plazo, las alteraciones tempranas de la nutrición afectan el desarrollo cerebral, el crecimiento corporal general, la masa muscular y la composición corporal; así como la programación metabólica de glucosa, lípidos, proteínas, hormonas, receptores y genes. Todo esto, además de alterar algunas funciones desde las primeras etapas de la vida, puede potencialmente dejar secuelas irreversibles. A largo plazo destacan efectos relacionados con la capacidad cognitiva, el rendimiento escolar, la capacidad inmunológica y de trabajo físico, y la prevención de enfermedades crónicas no transmisibles: diabetes, obesidad, enfermedad coronaria, hipertensión arterial, cáncer, accidentes vasculares y envejecimiento.

En cuanto a los mecanismos de acción de las alteraciones tempranas en el desarrollo posterior de enfermedades se pueden postular modificaciones genéticas o en la expresión de genes y alteraciones persistentes en el metabolismo de nutrientes claves en edades críticas (programación metabólica).

Dentro de los estilos de vida las áreas de interés son, al menos, seis:

- 1) dieta,
- 2) sedentarismo,
- 3) comportamiento sexual,
- 4) manejo de las emociones,
- 5) consumo de tóxicos,
- 6) integración a grupos. La presencia de estilos de riesgo en al menos dos de estas áreas (comportamiento sexual y consumo de tóxicos) ejerce efectos nocivos importantes en el feto y niñas y niños menores de tres meses.

Estrategias para reforzar la promoción de salud. Las actividades de fomento de los estilos saludables pueden iniciarse en los niños/as en cuidado institucional de todos los tipos.

La promoción va aparejada a la formación o modificación de conductas, requisito que se cumple mejor si los esfuerzos se inician precozmente. Parece lógico y recomendable iniciar la formación de dichas conductas aprovechando la permanencia en salas cuna y jardines infantiles. Contenidos educativos importantes —vgr., apego, lactancia materna, forma de resolver conflictos y educación para la paz, habilidades para la vida, estilos de vida saludable, formulación del proyecto de vida, conductas seguras y otros— pueden empezar a entregarse en forma precoz. Después, esos contenidos pueden ser reforzados —e introducir nuevos contenidos— durante la permanencia en algún tipo de cuidado y educación formales. La educación precoz en estos temas daría frutos a largo plazo.

Otro aspecto relevante en la promoción de la salud y prevención de la enfermedad

de los niños/as, desde su concepción hasta los tres meses, es la preocupación por los ambientes saludables. La anatomía y fisiología del feto y el niño/a los hacen muy susceptibles a los tóxicos ambientales, aún en dosis mínimas. Entre muchas ventajas, los ambientes saludables dan la posibilidad de reducir el efecto del deterioro del medio ambiente y la morbilidad y mortalidad —vale decir, enfermedades y muertes— por afecciones respiratorias, traumatismos, lesiones del tránsito, intoxicaciones y violencias.

Recuérdese que el artículo 19 N° 8 de la Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, siendo deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (D.O. 09/03/1994), no hace mención detallada y específica sobre el impacto y relaciones de la calidad del ambiente sobre la salud de la gestante, el producto de la concepción y el niño/a menor de tres meses. Adicionalmente, sus lineamientos están focalizados en el medio ambiente físico y no en el psicológico, tan importante para la salud. El concepto de medio ambiente en que se basa la ley es el siguiente “sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”. La Ley considera como Medio Ambiente Libre de Contaminación “aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”. No obstante, la revisión de proyectos en desarrollo por la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y el articulado de la ley misma se concentran sólo en aspectos físicos y biológicos.

2°. La orientación de algunas disposiciones no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de transición epidemiológica y de perfeccionamiento de la atención de salud.

Tal vez este defecto de orientación se puede atribuir a la latencia lógica que existe entre diagnosticar una situación e intervenir para resolverla favorablemente. Sin embargo, conviene tener presente que en Salud las demoras en la intervención adecuada tienen costos muy altos en términos de sufrimiento humano y presupuestarios.

Por ejemplo, se detectan en las políticas públicas preocupación e intervención para prevenir la desnutrición, pero no se percibe un accionar vigoroso en la prevención del sobrepeso y la obesidad, siendo que éstos son los problemas más importantes del área de la nutrición en la actualidad y que se originan precozmente en la vida. Tampoco hay un conjunto armónico de disposiciones para el tratamiento de las enfermedades crónicas en la infancia y en la adultez; siendo que ambos grupos de afecciones están interconectados entre sí y han llegado a ser endémicas y epidémicas en nuestra población.

Un aspecto que revela falta de adaptación al patrón epidemiológico actual son las normativas de nutrición. Parte de la normativa no se ha adaptado a la alta prevalencia de sobrepeso y obesidad en la población infantil, en que parece urgente intervenir de manera más vigorosa. En las últimas dos décadas, la prevalencia de sobrepeso infantil ha aumentado rápidamente a nivel mundial y hoy es común que esté remplazando a preocupaciones tradicionales, como desnutrición y enfermedades infecciosas como factor/contribuyente principal a la mala sa-

lud (Organización Mundial de la Salud, 1997). El sobrepeso infantil —que tiene graves consecuencias para la salud— es generalmente causado por el consumo de alimentos procesados y calóricos y la falta de actividad física. Aparte de los factores relacionados con el estilo de vida, existen también otros —pre y post-natales— que estimulan el desarrollo de obesidad. La nutrición excesiva prenatal podría aumentar el riesgo de obesidad de por vida, aunque una mala nutrición en ciertas etapas del desarrollo fetal también podría causar cambios fisiológicos permanentes resultando en obesidad. Esto, en combinación con los cambios en estilo de vida en Chile en las últimas décadas, aumenta el riesgo de obesidad infantil.

Naturalmente, el cambio en el perfil de las patologías más frecuentes también se hace sentir en las nuevas afecciones relevantes en los niños y niñas menores de tres meses: malformaciones congénitas y afecciones del recién nacido, con sus secuelas respectivas. El control de ambos grupos de enfermedades es reconocidamente difícil.

Una manera de contribuir a solucionar el retraso de la normativa con respecto a los cambios en los niveles de salud y a las variaciones en sus condicionantes es la existencia y refuerzos de los *sistemas de vigilancia epidemiológica*.

Un sistema de vigilancia epidemiológica es el encargado de detectar, recolectar, pulir, analizar y entregar información referente a la dinámica de un problema de salud, o conjunto de ellos o situación relacionada con la salud. La información sirve para proponer medidas eficaces, oportunas y eficientes de control. Nacidos en los sistemas de atención de salud, para asegurar un mejor control de las enfermedades infecciosas, con el tiempo se han extendido a todas las condiciones y resultantes de la salud humana. Aparte de su uso en el sector salud, prioritario y original, se considera que aportan información importante para la seguridad de los países.

En Chile, estos sistemas existen y hay experiencia sobre su montaje y funcionamiento. Reforzar los sistemas actuales podría nutrir al sistema normativo con información valiosa para un actuar más rápido y preciso. Naturalmente, se requeriría una buena comunicación entre ellos y el sistema normativo.

En forma paralela a la transición epidemiológica, la atención de salud se ha hecho más compleja y recurre en forma creciente a nuevas tecnologías diagnósticas y de tratamiento. Ello ha hecho surgir la posibilidad de hacer cosas que antes no se suponían posibles o viables y ha originado conflictos éticos importantes. Adicionalmente, la toma de conciencia de sus derechos en este aspecto ha llevado a reconocer, como conflictivas, situaciones que en el pasado se consideraban aceptables.

Esta problemática ha sido enfrentada en Chile con la creación de Comités de Ética Médica en los servicios de salud y en servicios clínicos que, después de algunas décadas de funcionamiento, han adquirido experiencia en el manejo de muchas situaciones.

A.5) Omisiones normativas o tratamiento incompleto

La revisión de la normativa detecta un número significativo de omisiones de temas importantes para un buen tratamiento legal de condiciones de salud o determinantes de ésta. Estas omisiones se detallan a continuación.

1º. Tratamiento y consideración extensa de las características del proceso reproductivo y los cambios demográficos ocurridos en el país. La legislación ha reaccionado ante los cambios del proceso reproductivo; sin embargo, no se visualiza un actuar coherente que considere el proceso en forma integral, así como los cambios significativos que ha experimentado.

El proceso reproductivo de la población chilena de las últimas décadas se ha caracterizado por variaciones importantes en:

- **Natalidad.** El número absoluto y la tasa de natalidad han descendido. Esto ha llevado a una reducción en el volumen de población cuya salud se debe cuidar y que es preciso educar. En términos sencillos, la familia chilena es ahora más pequeña. Se estima que en el curso de la próxima década probablemente se mantendrá, en proporción variable, el descenso de la natalidad, y se mantendrá o aumentará la sobrevivencia de los adultos.

Esta reducción, junto al descenso de la mortalidad general e infantil, ha cambiado la forma de la pirámide demográfica del país, incrementando las proporciones de población en edad económicamente activa y en tercera edad. Como consecuencia, se ha reducido la proporción de población menor de 15 años.

- **Proporción de nacidos vivos fuera del matrimonio.** Desde hace más de una década la proporción de niñas y niños nacidos fuera del matrimonio se ha incrementado en forma significativa. A pesar de ello, no todos los nacidos sin un vínculo legal de sus padres viven en condiciones de inestabilidad familiar dado que hay una cifra desconocida, pero que se presume muy importante, de convivencias estables. La continuidad de los vínculos, sin embargo, se ve amenazada y reducida por la inestabilidad de las relaciones de pareja, pues todo indica que tales relaciones serían menos estables que en el pasado.

- **Proporción de nacidos de embarazos no deseados que, eventualmente, siguen siendo no deseados después de nacer.** Aunque no hay cifras exactas, nacionales y confiables sobre la magnitud y características de estos problemas —ni en la actualidad ni en el pasado— es evidente que se trata de situaciones conflictivas para la salud de las niñas, niños y la familia. La literatura biomédica nacional muestra una toma de conciencia gradual acerca de los riesgos bio-psico-sociales de la reproducción no deseada; en especial la que ocurre durante la adolescencia. Así, grupos médicos nacionales se han preocupado de esta situación y han reunido información sobre el particular.

- **Mayor inestabilidad de las relaciones de pareja.** No hay una información nacional sobre este aspecto y sólo se cuenta con estudios reducidos que han detectado cifras muy altas de niñas y niños con hermanos de padre diferente que se incrementan en aquellos de mayor número de orden de nacimiento.

Un análisis teórico permite plantear que la inestabilidad de las relaciones daña los procesos de apego, genera sufrimiento en quienes la sufren y amenaza su salud mental, además de someter a los niños a distintos patrones de crianza, de acuerdo al progenitor que esté cercano (biológico o sustituto).

- Un problema muy relacionado con la salud biológica y familiar del producto de la concepción y del menor de tres meses que —dentro de la panorámica global— ha ido concentrando la atención de la comunidad es el **embarazo de adolescentes**. Éstos, en su mayoría no deseados y en mujeres solteras, se asocian con abandono del sistema educacional y con riesgos de salud para la madre y el niño.

Junto a estos cambios del proceso reproductivo hay otros dos cambios demográficos de interés para la protección integral de la salud de la población menor de tres meses:

- **Descenso de la mortalidad infantil y mayor sobrevivencia de recién nacidos con patología antaño letal.** Estos cambios han sido los condicionantes de la acumulación de enfermos crónicos pediátricos, hecho nuevo en la evolución de la salud infantil de Chile.

- **Aumento de la inmigración.** Al parecer el país atrae cifras significativas de personas de otros países que provienen de lugares con niveles de salud y sistemas de atención diferentes. Se puede suponer que, en la mayoría de los casos, estos grupos inmigrantes llegan o nacen en condiciones de desmedro y con factores de riesgo algo diferentes a los de los niños chilenos.

2°. Protección de la familia. Muy ligada al punto anterior está la necesidad de legislar en forma más intensa para proteger la familia; en especial aquellas en situaciones de riesgo o desmedro. Este tema reviste importancia máxima por sus conexiones estrechas con la salud biológica y mental de niñas y niños. Un tema central es la prevención y manejo de la disfunción familiar. En este problema, dadas las raíces sociológicas, el control trasciende a otras áreas.

Como ya se ha expuesto, la familia, reconocida en la Constitución Política como el núcleo fundamental de la sociedad, está experimentando cambios y tensiones importantes que la legislación debe considerar oportunamente.

3°. Diagnóstico incompleto de los niveles de salud de embarazadas, recién nacidos y niños menores de tres meses. La formulación de un diagnóstico precoz de las enfermedades o condiciones relacionadas con salud de fetos, recién nacidos y niños menores de tres meses permitiría actuar en forma rápida con medidas de tratamiento eficaz o de prevención de complicaciones y secuelas. Para esto se requiere reforzar los sistemas de vigilancia epidemiológica existentes.

Asimismo, parece importante implementar o perfeccionar el sistema de vigilancia y diagnóstico precoz de:

- **Prematurez** (duración bajo lo normal de la gestación): se trata de una condición de muy alto riesgo que se asocia a daños severos en la salud del menor de tres meses y, eventualmente, a la instalación de secuelas graves. Por ejemplo, la condición de oxígeno dependencia.

Una parte importante de la prematurez en la actualidad no es prevenible; no obstante, contar con información más detallada sobre ella puede ayudar a planear intervenciones para mejorar la atención. Paralela a esta condición es preciso considerar otro factor de riesgo de los recién nacidos: “bajo peso al nacer” (menos de 2.500 grs.) y, en especial, “muy bajo peso al nacer” (menos de 1.500 grs.).

- **Malformaciones congénitas**, en toda su gama de presentaciones. Estas afecciones, pese a la puesta en marcha de intervenciones exitosas (vgr., enriquecimiento del pan con ácido fólico), se han transformado en causa muy importante de la mortalidad neonatal e infantil. Su prevención es difícil pero posible en varias áreas.

- **Enfermedades crónicas en los niños**, por la magnitud y tendencia del problema. Este punto se detalla más adelante.

- **Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA).** En especial, es necesario aumentar el diagnóstico precoz durante el embarazo, por la gran reducción que se obtiene en transmisión vertical con el protocolo de tratamiento que se aplica en la actualidad. La diferencia en la frecuencia de enfermedad del niño entre los grupos tratados y no tratados es extraordinariamente grande.

El riesgo que una infectada con VIH transmita el virus al producto de la gestación varía entre un 15 a 45%, con las cifras mayores en países africanos. En Chile, hasta antes de incorporar el protocolo actual se observaba entre 25 a 35%, cifra que actualmente ha bajado a cerca del 2%.

Junto al SIDA sería recomendable reforzar la vigilancia de otras enfermedades venéreas, tales como sífilis materna y gonorrea.

- **Hipoacusia** (audición deficiente): es muy importante el diagnóstico precoz, pues su falta de detección deteriora el desarrollo psicomotor y la calidad de vida.
- **Trastornos visuales.** Su falta de detección deteriora el desarrollo psicomotor y la calidad de vida.
- **Fibrosis quística.**

Naturalmente, cuidar la salud de otras edades de la infancia, sobre los tres meses de edad, requiere que los sistemas de vigilancia incluyan otras situaciones y problemas que no se mencionarán en este informe.

4°. Enfermedades crónicas de la infancia. Como ya se señaló, en las últimas décadas se ha producido un aumento en el número de pacientes crónicos infantiles desde el período neonatal. Este aumento no está cuantificado pues no existe una definición de “cronicidad” homogénea y aplicable a todas las condiciones. El criterio para definir “cronicidad” varía en las diferentes patologías; no obstante, de forma gruesa, se estima que un 10% de los niños y niñas del país las padecen en algún momento de su vida. Dada la repercusión de ellas en la vida familiar, la proporción de personas que se ven afectadas pudiese llegar a cifras muy importantes dentro de la población nacional.

Muy ligadas a la salud del menor de tres meses aparecen afecciones como la dependencia de oxígeno, fibrosis quística, malformaciones congénitas, secuelas de la prematuridad, parálisis cerebral, epilepsia, defectos de la inmunidad, trastornos metabólicos, cáncer con sus secuelas, y muchas otras. Todas estas afecciones producen daño en quienes las padecen y, adicionalmente, en sus familias.

La Constitución asegura la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, el acceso a la atención de salud de diversos grupos de pacientes crónicos —algunos de los cuales eran inexistentes en el pasado— se ve dificultado.

Un problema que afecta la protección de los pacientes crónicos es que algunos de estos grupos son pequeños en número de afectados, lo que les resta visibilidad y poder de diálogo frente a los niveles de decisión del país. Por ello requieren de mayor apoyo para dar a conocer sus demandas frente a las autoridades. En su conjunto, se trata de enfermos afectados por la inequidad en el acceso a las prestaciones. A modo de ejemplo, en el caso particular de algunos de estos grupos de pacientes puede ocurrir que un grupo poco numeroso requiera de un determinado medicamento que se produce fuera de Chile; lo bajo de la demanda produce una falta de interés comercial para la importación del mismo y su escasez o ausencia de disponibilidad creándose una situación de riesgo para el cuidado de esos enfermos. La inequidad se extiende también a limitaciones educacionales y laborales de estos enfermos en otras etapas de su vida.

5°. Inequidad en el acceso a las prestaciones de salud. Dentro de la evolución —en general satisfactoria— que ha experimentado la salud del país, se han mantenido niveles importantes de inequidad en numerosas áreas. Lo anterior es evidente en el acceso a la atención de salud según nivel socioeconómico, ubicación geográfica y género. También se hace notar en la mortalidad infantil de los servicios estatales de salud; vgr., el año 2002, el Servicio con el valor más alto tuvo una tasa dos veces mayor que la de aquel con el valor más bajo; en la mortalidad neonatal, por su parte, la desigualdad fue 2,9 veces, y en la postneonatal, 3,3 veces⁽¹⁴⁰⁾. Estas inequidades no son situaciones puntuales sino que se mantienen en el tiempo, con Servicios de Salud que tienden a ser los mismos.

Las condiciones en que se entrega el cuidado institucional de la salud revelan, además, inequidades en la facilidad de acceso a las prestaciones en diversos grupos

(140) Fuente: Ministerio de Salud [en línea], disponible en World Wide Web <www.minsal.cl> [última visita: 3 de abril de 2006].

de población. La mayor parte de esta inequidad está dada por el nivel de ingreso pero, adicionalmente, existen disposiciones específicas para grupos determinados de trabajadores estatales que, por contar por ejemplo con servicios institucionales, aparecen favorecidos⁽¹⁴¹⁾. Esta facilidad genera desigualdades.

Existen además —entre los menores de tres meses del país— niñas y niños cuya condición de salud requiere cuidados especiales; por ejemplo, garantizar la administración de vacunas fuera del esquema habitual de inmunizaciones y tener acceso expedito a la atención de salud. Algunas de estas necesidades están cubiertas por reglamentación de menor jerarquía, lo que no garantiza un cuidado con equidad.

(141) Nos referimos, por ejemplo, a los beneficios que se observan para los funcionarios y familiares de las ramas de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

A.6) Conclusión

La normativa vigente no presenta incoherencias de importancia en lo relativo a la dimensión salud. Adolece, en cambio, de una relativa falta de adecuación a la realidad epidemiológica y demográfica de la salud nacional y de no concentrarse, sino de manera secundaria, en acciones de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad. Otro defecto importante es la omisión de temas relevantes para la salud del producto de la concepción y del menor de tres meses de edad.

B) Identidad

En la dimensión identidad del recién nacido es plausible distinguir dos niveles de análisis:

- 1) derechos básicos;
- 2) aspectos normativos problemáticos o interesantes de ser discutidos.

B.1) Derechos básicos

En cuanto a los derechos básicos, existe consenso internacional en reconocer a todos los recién nacidos su “derecho a la nacionalidad”. La nacionalidad se encuentra regulada por todos los países, pues a cada Estado le interesa conocer y registrar a sus nacionales. Así, nuestra Constitución define en su artículo 10 a quienes se reconoce la categoría de chilenos.

Un segundo derecho importante es el “derecho al nombre”. Todo recién nacido tiene derecho a tener un nombre. Nuestra Constitución no reconoce expresamente este derecho, aunque sí lo hace el art. 7° de la Convención de Derechos del Niño, ratificada por Chile.

En tercer término, los recién nacidos tienen “derecho al registro del nacimiento”, esto es, inmediatamente después de su nacimiento, niñas y niños deben ser inscritos en los registros públicos en los cuales se debe dejar constancia de su vida. Así lo consagra el art. 7° de la Convención de Derechos del Niño. En nuestro ordenamiento jurídico se otorga un plazo de sesenta días para efectuar la inscripción en la oficina del Registro Civil, concediéndose prioridad al padre y madre durante los primeros treinta días.

Art. 29 de la Ley de Registro Civil: Están obligados a requerir la inscripción las siguientes personas:

- 1) El padre, si es conocido y puede declararlo;
- 2) El pariente más próximo mayor de dieciocho años, que viviere en la casa en que hubiere ocurrido el nacimiento;
- 3) El médico o partera que haya asistido al parto, o en su defecto, cualquiera persona mayor de dieciocho años.
- 4) El jefe del establecimiento público o el dueño de la casa en que el nacimiento haya ocurrido, si éste ocurriere en sitio distinto de la habitación de los padres;

- 5) La madre, en cuanto se halle en estado de hacer dicha declaración;
- 6) La persona que haya recogido al recién nacido abandonado.
- 7) El dueño de la casa o jefe del establecimiento dentro de cuyo recinto se haya efectuado la exposición de algún expósito.

Como corolario de los últimos dos derechos mencionados, toda persona tiene “derecho a usar el nombre y apellidos inscritos” en el Registro Civil.

Por último, un quinto derecho que ha sido mencionado por algunos autores es el “derecho a la identidad” del recién nacido —y de toda persona en general—, según el cual todo sujeto tiene derecho a definirse a sí mismo, en conformidad a los patrones culturales a los cuales adscribe, y a conducir sus actividades en consideración de sus preferencias lingüísticas, religiosas, sociales, etc.⁽¹⁴²⁾ En nuestro país se trata de un debate pendiente, y que es de especial interés para los pueblos indígenas y grupos minoritarios de la sociedad, quienes buscan la aprobación de instrumentos normativos que les permitan proteger y promover sus identidades colectivas o comunitarias⁽¹⁴³⁾.

B.2) Aspectos normativos problemáticos y que ameritan debate

1. En cuanto a la **determinación del nombre del recién nacido**. En la actualidad se aprecian varios problemas relacionados con la identidad que se otorga al recién nacido al momento de inscribirlo en el Registro Civil.

El primer asunto tiene que ver con el derecho de la madre a participar en la decisión del nombre que adquiere el recién nacido. Lo habitual es que dicha inscripción sea requerida por el padre (sea pareja de la madre o su cónyuge), o por un pariente cercano, dado que durante las primeras semanas de vida la madre se encuentra en su residencia con el recién nacido. Si bien puede haber un acuerdo entre los padres del recién nacido sobre los nombres, puede suceder —y de hecho así ha acontecido en innumerables ocasiones— que la persona que inscribe a la niña o niño en definitiva informa en el Registro Civil un nombre diferente al esperado por la madre.

Un segundo problema ocurre respecto de mujeres solteras que viven con sus familiares, pues la ley sólo obliga a sus parientes a inscribir al recién nacido en el único caso en que el nacimiento haya ocurrido en el hogar.

Un tercer problema se produce cuando el Oficial del Registro Civil se opone al nombre que el solicitante pretende otorgar al recién nacido al momento de su inscripción. Prácticamente la inmensa mayoría de la población no sabe que tiene derecho a insistir ante el Oficial, quien debe acceder ante la insistencia, a menos que se incurra en una de las causas prohibidas expresamente —nombre extravagante, ridículo, impropio de persona, equívoco respecto del sexo, o contrario al buen lenguaje—. Por ejemplo, hay antecedentes de funcionarios que en el pasado se han opuesto a la inscripción de nombres indígenas o en otros idiomas, sin considerar la voluntad del solicitante.

Relacionado con lo anterior, podría discutirse la facultad que se otorga a un funcionario público de oponerse a la inscripción, en consideración de las causas mencionadas.

También es polémica la norma que faculta al Oficial del Registro Civil a recorrer la comuna en la cual se desempeña con la finalidad de procurar la celebración de matrimonios y la inscripción de hijas o hijos en caso de omisión del trámite dentro del plazo legal, debiendo denunciar a los padres ante la justicia ordinaria⁽¹⁴⁴⁾.

En cuanto a la identificación de los apellidos, en el derecho comparado se han establecido distintos criterios de inscripción de recién nacidos. Así, en algunos

(142) En caso de interés, véase Capotorti, Francesco: Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Centro de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 1991; Eide, Asbjorn: “Minority situations: in search of peaceful and constructive solutions”, en *Notre Dame Law Review*, 1991; Rojas, Hugo: *El Principio de la Multiculturalidad. Una propuesta jurídica para promover y proteger nuestra diversidad cultural*, Santiago, 2002.

(143) Aún más polémico se ha tornado este debate cuando se analiza si el derecho a la identidad es individual o colectivo. Sobre el particular véase MCDONALD, Leighton: “Can collective and individual rights coexist?”, en *Melbourne University Law Review*, agosto 1998; ATWOOD, Barbara: “Identity and Assimilation: Changing definitions of tribal power over children”, en *Minnesota Law Review*, abril 1999; FRANCK, Thomas: “Clan and superclan, identity and community in law and practice”, en *American Journal of International Law*, University of Southern California, primavera 1998.

(144) Antes de la aprobación del D.F.L. N° 1, de 2000, había claridad sobre la sanción a aplicar en caso de omisión o incumplimiento del trámite de inscripción de un recién nacido dentro del plazo legal. En la actualidad no aparece tan clara la sanción a aplicar, pues dicho D.F.L. ha venido a reemplazar a los textos anteriormente vigentes.

países sólo se utiliza el apellido del padre, en el apellido de la familia de la madre precede en ubicación al apellido de la familia del padre. En algunas latitudes existe la posibilidad de optar entre ubicar en primer lugar el apellido del padre o de la madre, dejando este asunto a entera voluntad del solicitante, etc.

El 16 de marzo de 2005 fue presentada una moción parlamentaria en la Cámara de Diputados con la finalidad de aprobar un proyecto de ley que permitiera alterar el orden en los apellidos del recién nacido. La propuesta sugiere el siguiente criterio⁽¹⁴⁵⁾:

Podrán los padres expresar, de común acuerdo, al momento de inscribir el nacimiento y siempre que ambos reconozcan al hijo como suyo, su voluntad de que el apellido de la madre anteceda al apellido del padre del hijo o hija, caso en el cual el Oficial del Registro Civil deberá dejar testimonio de este hecho y proceder en conformidad a lo solicitado por los padres.

Recuérdese que existe una norma en tal dirección, y que ha sido aprobada específicamente para el pueblo rapa nui. Así lo informa el art. 71 de la Ley N° 19.253:

Autorízase a las personas rapa nui o pascuense para rectificar su partida de nacimiento requiriendo al efecto al tribunal competente que anteponga el apellido de la madre al del padre cuando ello tenga por objeto preservar un patronímico de la etnia rapa nui o pascuense. Del mismo modo, podrán solicitar la rectificación de sus apellidos cuando, por cualquier circunstancia, hubieren sido privados de sus apellidos originales rapa nui o pascuense y sólo para recuperarlos. Estas solicitudes se tramitarán de conformidad con la ley N° 17.344, de 1970, directamente por el interesado o por su representante legal.

Con todo, para el mismo objeto, tratándose de una inscripción de nacimiento, bastará que así lo manifiesten al Oficial del Registro Civil personalmente el padre y la madre del infante, para que aquél proceda a inscribirlo anteponiendo el apellido materno al paterno.

Por último, tampoco debe descuidarse el hecho que hay miles de compatriotas que nunca han sido inscritos y que se mantienen fuera del sistema social. En ese sentido, el trabajo de apoyo que efectúan organismos como el Hogar de Cristo son un aporte, pero en realidad corresponde al Estado asumir un rol más activo en el control del registro de los nacimientos que ocurren en el país.

2. La legislación actual no obliga a los nacionales a obtener su **cédula de identidad** en el Registro Civil. Lo que acontece en la práctica es que para realizar trámites en diversos organismos —públicos y privados— muchas veces se solicita la presentación de la cédula de identidad del menor.

Una primera tentación pudiera ser sugerir la obligatoriedad de contar con cédula de identidad a partir de cierta edad. No obstante, esta medida ha sido resistida en el derecho comparado, en particular por sectores que consideran que el Estado no invadir la intimidad del sujeto obligándolo a proporcionarle antecedentes como su huella digital, su fotografía, etc.

Mirado este problema desde un enfoque de desarrollo integral de los menores, pareciera ser conveniente para los organismos públicos que el sistema registral lograra un máximo de cobertura, y contar con la mayor cantidad de información posible, para así poder direccional la ayuda social o la formulación de políticas públicas.

3. No se encuentra bien resuelta en nuestra legislación la situación en la que quedan las **hijas e hijos de transeúntes extranjeros** que ingresan al país, legal o ilegalmente. Nuestra Constitución indica que hijas e hijos de extranjeros transeúntes no son chilenos, a menos que aquéllas o aquéllos opten por serlo (art. 10).

Experiencias comparadas informan sobre dificultades que han ocurrido, en especial cuando se trata de personas que ingresan ilegalmente al país. Así, por

(145) Boletín 3810-18. El proyecto se encuentra en Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, actualmente radicado en la Comisión de Familia.

ejemplo, en los últimos meses ha aumentado el número de personas de Haití que traspasan la frontera en búsqueda de mejores oportunidades en República Dominicana. Durante el 2005 hubo un intenso debate en República Dominicana en orden a modificar la Constitución, derogando el **ius solis** como criterio principal para obtener la nacionalidad dominicana, propiciando el **ius sanguinis**. Este debate se ha tornado más complejo de lo esperado pues se debe entender asociado a estereotipos y conductas xenófobas contrarias a otorgar la nacionalidad dominicana a hijas e hijos de haitianos que han ingresado legal o ilegalmente a República Dominicana.

No se está proponiendo en este informe revisar el capítulo sobre nacionalidad y ciudadanía de la Constitución de 1980, sino más bien se constata que el tránsito legal e ilegal de personas de otras nacionalidades en nuestro país debe contemplar la posibilidad que nazcan hijas o hijos en nuestro territorio, frente a lo cual no sólo debería haber una política pública apropiada sino claridad jurídica sobre la identidad y nacionalidad de tales recién nacidos.

Una situación compleja que ocurre en nuestro país corresponde a los trabajadores extranjeros que con visa de turista ingresan al país y que cada 90 días “hacen frontera”, esto es, salen transitoriamente del país para luego reingresar y así sortear las exigencias del D.L. N° 1.094. Expertos en la materia sugieren que se revise toda la normativa referida a extranjeros en nuestro país, a objeto de resolver casos de personas que han ingresado a Chile de manera ilegal, o que se han mantenido en el país en calidad de turistas por períodos prolongados de tiempo.

C) Aprendizaje

C.1) Estructura

El análisis crítico de la normativa vigente referida a la dimensión aprendizaje se ha estructurado en torno a las siguientes secciones: en primer lugar se fija el ámbito de análisis crítico en el apartado aclaraciones conceptuales (*infra* 3.3.b); en segundo término se hace un análisis sobre la coherencia de la legislación revisada, esto es, se analiza la articulación de la normativa en relación con lo dispuesto en los distintos niveles en que se expresa (*infra* 3.3.c).

A continuación se formulan los alcances de fondo sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente, lo cual entrega juicios sobre los aspectos cubiertos o no considerados, así como de la forma en que esta normativa se traduce en políticas públicas, (*infra* 3.3.d). Posteriormente se da cuenta de las omisiones que han sido detectadas, a propósito de la revisión de los temas más relevantes de la dimensión en cuestión (*infra* 3.3.e); y por último, se expresan las conclusiones principales a la luz de los análisis realizados (*infra* 3.3.f).

Las recomendaciones y propuestas específicas para fortalecer la dimensión aprendizaje se encuentran contenidas en el capítulo que sigue (*infra* 4.1.).

C.2) Aclaraciones conceptuales

Una comprensión adecuada del análisis de la dimensión aprendizaje requiere fijar el contexto y factores relevantes (sociales, políticos, económicos y culturales) que puedan estar incidiendo en su desarrollo y que no estén adecuadamente recogidos por la normativa vigente. Por ello, ha parecido prudente incluir cuatro consideraciones básicas de relevancia para el grupo étareo bajo análisis, a saber, quienes están por nacer y los recién nacidos/as hasta los tres meses de edad.

Dichas consideraciones, a partir de las cuales se ha realizado este análisis, se han agrupado en torno a cuatro temas que se enuncian como sigue:

- 1) Concepción integral de la infancia,
- 2) Educación y cuidado para la infancia temprana,
- 3) Importancia de la noción de cuidado,
- 4) Características y desafíos de la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile.

1. Concepción integral de la infancia

En primer lugar, a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 (en adelante, la Convención), se genera un proceso, con alcance mundial, de progresiva instalación de una perspectiva de derechos para la infancia. De esta forma, la Convención constituye un enorme avance en materia de derechos humanos, pues instala a los/as niños/as en el debate público y, más lentamente en la práctica, como un nuevo actor social relevante. Los/as niños/as comienzan a ser comprendidos como sujetos de derechos, como personas en proceso de maduración, crecimiento y desarrollo, desplazando así la visión tradicional que los concebía meramente como objeto de intervención.

Sin embargo, a más de una década de la aprobación de la Convención, su implementación a nivel mundial ha sido lenta y dificultosa. Así lo advierte el estudio sobre *Desarrollo Infantil Temprano y Derechos del Niño* realizado por UNICEF en el año 2004. En él se consigna que de todos los ámbitos de atención a la infancia los más priorizados han sido aquellos de fácil medición, mientras que otros menos cuantificables han quedado rezagados.

Los aspectos más enfatizados en el proceso de implementación de la Convención dicen relación con la satisfacción de necesidades básicas que permiten una vida saludable. En este sentido se toman en cuenta los indicadores de nutrición, mortalidad infantil y se realizan los diagnósticos sobre infancia en función de la evolución de esos indicadores.

Sin desmerecer la importancia de las dimensiones mencionadas, se ha constatado que el desarrollo de los aspectos mentales, sociales, afectivos y espirituales no ha sido explorado con la misma profundidad en la medida en que la cuantificación y medición de su evolución han resultado más complicadas. Debido a estas dificultades, existe poca información acerca de la situación de la infancia a nivel mundial, especialmente del segmento entre 0 y 3 años, o bien, se presenta de manera muy limitada.

Sin embargo, algunas dimensiones del desarrollo de los/as niños/as han sido evaluadas para determinar la importancia de la estimulación durante los primeros años de vida⁽¹⁴⁶⁾. Según el mismo estudio de la UNICEF el período entre los 0 y 3 años es determinante para el futuro del niño/a. Allí se establecen las bases de su desarrollo intelectual, emocional, físico/inmunológico, afectivo y social. Por lo demás, en esta etapa ocurren procesos neurológicos y fisiológicos que configuran las conexiones y funciones cerebrales que permitirán el desarrollo adecuado de estos procesos. Es por ello que las estimulaciones que reciban los niños/as durante esta etapa son fundamentales para alcanzar mejores niveles de desarrollo en la adultez.

(146) Durante la década de los sesenta en Estados Unidos se realizaron estudios longitudinales que han contribuido enormemente a la justificación de la importancia de la atención a la infancia temprana, incentivando la educación preescolar o inicial.

El reconocimiento de la importancia de los primeros años de vida en el desarrollo futuro de las personas y la inclusión de la perspectiva de derechos en el tratamiento de la infancia exige revisar la adecuación de la normativa así como las estrategias y políticas de atención a los niños/as durante esta etapa. Así se podrá evaluar si los servicios ofrecidos para este grupo social se encuentran en sintonía con los principios de la Convención.

Como resultado, los especialistas de distintos ámbitos han convenido en apuntar hacia una *visión integral de la infancia*, en donde el cuidado no solo contemple la

protección y seguridad de los niños/as, sino también la entrega de un ambiente apropiado para el desarrollo en todas sus dimensiones: salud (mediante la provisión de nutrientes y alimentación adecuados), educación (mediante adecuada estimulación, generación de hábitos y juegos), comunicación (mediante la socialización) y afectos (proporcionando apoyo y dedicación).

En este sentido se plantea que la atención de los niños/as pequeños debe pensarse como un conjunto en el que se contemple tanto la *educación como el cuidado*. La finalidad es precisamente lograr esa visión integral de la infancia. Para ello, se señala que hay que penetrar los factores culturales que limitan el uso del sistema formal de educación y cuidado infantil, así como ampliar las fronteras en la capacitación de los profesionales del sector para que se sensibilicen mejor con los temas de la comunidad de donde provienen los niños/as y la realidad de las familias, en especial de las madres.

Pese a esta conciencia, las necesidades de la infancia no siempre son prioritarias. El diseño e implementación de la normativa queda sujeto, en muchas ocasiones, a una serie de factores ajenos al “interés superior del niño”. En términos concretos, este principio central de la Convención ha adquirido connotaciones distintas según el contexto de que se trate. Para algunos, se traduce en la participación activa de la familia y la comunidad en la crianza y educación de los niños/as. Para otros, en cambio, son las instancias de educación formal quienes deben reemplazar a la familia en el desempeño de estas funciones.

Tomando en cuenta los antecedentes antes planteados, surge la pregunta sobre cómo incorporar adecuadamente las relaciones niño–familia en la normativa, otorgándole a cada actor el papel que le corresponde. Para ello no hay que olvidar que las posibilidades de que los niños/as puedan constituirse en sujetos de derechos, y en consecuencia, de ejercer ciudadanía social, excede con mucho las posibilidades existentes al interior de las familias, cada vez más tensionadas por conciliar el mundo laboral y familiar. El desafío radica en compatibilizar e integrar las necesidades de supervivencia y trabajo de las familias (en especial de la mujer madre) con el derecho de los niños/as a recibir cuidado y educación adecuados durante su infancia.

2. Educación y cuidado para la infancia temprana (ECEC)

Frente a la necesidad de mejorar las provisiones de cuidado de la infancia temprana y de promover la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el mercado laboral para facilitar la reconciliación entre la vida familiar y laboral, el informe “*Starting Strong*” de la Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), aborda el tema de manera más amplia y con un carácter holístico⁽¹⁴⁷⁾. Para ello toman en consideración cómo las políticas, los servicios, las familias y las comunidades apoyan el desarrollo temprano de la infancia y su aprendizaje.

Como resultado, han comenzado a utilizar el término de educación y cuidado para la infancia temprana (*Early Childhood Education and Care*), conocido a través de sus siglas en inglés como ECEC. Esta noción considera todos los tipos de provisión de cuidado y educación para los niños/as que no tienen edad para asistir en forma obligatoria a establecimientos educacionales, independientemente del lugar, del tipo o modos de financiamiento, de los horarios y contenidos de programas en que se ofrezca el servicio. Siguiendo esta definición, la infancia temprana es considerada desde el nacimiento hasta los 8 años de edad (OECD, 2001).

De modo muy especial este marco de análisis refleja el creciente consenso de los países de la OECD acerca de que “cuidado” y “educación” son conceptos inseparables, en tanto que la calidad de los servicios que se ofrecen para los niños/as necesariamente involucran ambas dimensiones⁽¹⁴⁸⁾. Complementariamente, el

(147) OECD, 2001.

(148) En algunos países, sin embargo, aparece la distinción entre “child care” y “early education”. La primera se refiere a los cuidados que se proporcionan a los/as niños/as mientras los padres trabajan, y la segunda dice relación con la ampliación del desarrollo infantil y la preparación para la entrada al sistema educacional formal. Sin embargo, en la práctica esta división no es muy clara, en tanto existen oportunidades de aprender en establecimientos denominados de “cuidado”, al tiempo que establecimientos “educacionales” también se ocupan del cuidado de los/as niños/as.

uso del término ECEC permite una aproximación coherente e integrada de las políticas y provisiones que involucran a todos los niños/as y a todos los padres, independientemente de su condición de empleo o nivel socioeconómico. Esta aproximación reconoce también que todo tipo de modalidades o arreglos puede contemplar un amplio rango de objetivos, dentro de los que se incluyen los referidos al cuidado, el aprendizaje y el bienestar social.

Tomando la ECEC como marco de análisis, los países de la OECD han iniciado un proceso de revisión de sus políticas de educación y cuidado para la infancia temprana, focalizándose en el tipo de provisión más organizada, a saber, aquella ofrecida en centros de cuidado (incluyendo las escuelas) y en los hogares de cuidado diario. Esta revisión se ha concentrado menos en las modalidades de tipo informal, proporcionadas por amigos y parientes, debido a las dificultades para disponer de información al respecto.

Los análisis comparativos internacionales entre los países de la OECD permiten constatar algunas tendencias presentes, en mayor o menor grado, en la formulación e implementación de las políticas de educación y cuidado para la infancia temprana⁽¹⁴⁹⁾:

- a) la expansión de la provisión hacia el logro del acceso universal.
- b) el aumento de la calidad de la provisión.
- c) la promoción de coherencia y coordinación de las políticas y los servicios.
- d) la exploración de estrategias que aseguren una adecuada inversión en el sistema.
- e) el mejoramiento de la capacitación de los cuerpos técnicos y las condiciones de trabajo en que ellos se desenvuelven.
- f) el desarrollo de marcos pedagógicos adecuados para el trabajo con los/as niños/as.
- g) la participación y compromiso de los padres, familias y comunidades.

(149) Son miembros originales de la OECD países como Austria, Canadá, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos. Se han sumado además como miembros Japón, Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, México, República Checa, Hungría, Polonia, Corea y Eslovaquia.

Estas tendencias representan justamente la necesidad de promover y ofrecer la atención integral de la infancia temprana mencionada con anterioridad. Para efectos del presente estudio es especialmente importante destacar que la génesis de la normativa y en consecuencia de las políticas sociales dirigidas al sector se desarrollan en estrecha relación con el contexto social de cada país. El vínculo de las políticas con la realidad social se produce principalmente en dos sentidos: a través de la realidad que está llamada a transformar y a través de su dependencia de las condiciones políticas imperantes, la que puede producir una transformación en la manera de enfocar un mismo problema.

3. Importancia de la noción de cuidado

Se entiende por cuidado “la acción de ayudar a un niño o una persona dependiente en el desarrollo y el bienestar de su vida cotidiana. Engloba, por tanto, hacerse cargo del cuidado material que implica un *trabajo*, del cuidado económico que implica un *costo*, y del cuidado psicológico que implica un *vínculo afectivo, emotivo sentimental*” (Batthyány, 2004:50).

El cuidado puede ser realizado de manera honoraria o benéfica por parientes en el marco de la familia, o de manera remunerada al interior o fuera del ámbito familiar. La naturaleza de la actividad dependerá del espacio en que sea realizado (la familia o fuera de ella) y de si se percibe remuneración por el servicio. En cualquier caso, no obstante, la actividad de cuidado ha estado marcada por un prejuicio de género sustentado por la creencia de que las mujeres contarían con una dotación natural para realizar este tipo de tareas.

Adicionalmente es importante destacar la existencia de *tres dilemas básicos* en relación con el tema de los cuidados, según los aportes de las investigadoras europeas Knijn y Kremer, citadas por Batthyány (2004).

a) El carácter público o privado de la responsabilidad del cuidado: la calidad del cuidado que se proporciona guarda estrecha relación con las condiciones en que es ofrecido. Al respecto, interesa conocer si los *receptores* de cuidado reciben la atención que merecen, en el entorno que eligen y con el tiempo que requieren. Al mismo tiempo, implica saber si los *proveedores* de cuidado cuentan con tiempo suficiente para realizar tal actividad y si se encuentran adecuadamente equipados para ello. Para asegurar tales condiciones a unos y otros sujetos involucrados cabe preguntarse por las responsabilidades estatales en la protección de los ciudadanos más débiles.

b) Las características remuneradas o no remuneradas de la actividad de cuidar: dado que la manera de alcanzar autonomía y, en consecuencia, de convertirse en ciudadano pleno, está íntimamente vinculada a la capacidad de generar ingreso propio, a las mujeres se les presentan serios problemas para lograr tal condición en igualdad de condiciones que los hombres. Ello se explica por el carácter no remunerado o mal remunerado de los trabajos vinculados al cuidado y las responsabilidades familiares. Estas actividades definen el rol que se espera que las mujeres desempeñen en la sociedad y, al mismo tiempo, por medio de ellas se construye la identidad genérica de las mujeres.

c) Las características de dependencia–independencia del cuidado: en el marco de las definiciones de ciudadanía el cuidado es asociado con una forma de dependencia. En función de ello se revela cómo tanto proveedores como receptores de cuidado confrontan serios problemas para alcanzar estándares de autonomía personal, en la medida en que el accionar de unos y otros está sujeto a lo que cuidadores y proveedores económicos determinen. Sin embargo, la condición de dependencia es una situación por la que ha de atravesar todo ser humano en más de una etapa de su vida, independientemente de su sexo o condición socioeconómica. En consecuencia, la relación entre autonomía–dependencia–ciudadanía es mucho más compleja de lo que a simple vista parece.

En función de estos aportes se plantea la necesidad de incorporar una nueva perspectiva en el análisis de las necesidades de cuidado y responsabilidades domésticas y su valoración social. Comenzar a *tratarlo como un problema social implicaría, primero que todo, el reconocimiento de la importancia de los cuidados y las responsabilidades domésticas para la sociedad*. Se trata entonces de “desprivatizarlo”, dejar de considerarlo un problema individual, de competencia estrictamente privada para convertirlo en objeto de discusión en el plano de la esfera pública. De este modo podrán ponerse en cuestión la repartición de las responsabilidades de cuidado entre las diversas instituciones sociales, a saber: el Estado, la familia, el mercado de trabajo y el tercer sector.

Finalmente, cabe destacar que las diferentes estrategias de cuidado pueden resultar en impactos sociales y económicos diferenciados. Un ejemplo obvio, examinado suficientemente por una gran cantidad de estudios, es el caso del impacto de los servicios de cuidado sobre el empleo y las oportunidades en general de las mujeres. Este punto se tratará más extensamente cuando analicemos la dimensión trabajo.

En el caso de Chile —y en la situación particular de este proyecto— esta consideración tiene importancia particular dado que en relación con la situación socioeconómica de la población infantil se observa una disminución significativamente mayor de los niveles de pobreza e indigencia en relación con la población adulta para el periodo 1990–2000. Una tendencia similar se constató al interior

de la población infantil para todos los grupos de edad, registrándose una baja levemente más pronunciada en el grupo de 2–5 años⁽¹⁵⁰⁾. A pesar de esta disminución, persiste la tendencia de mayores niveles de pobreza en los niños preescolares que en los adolescentes. Particularmente, en el grupo entre 0–1 año se registra la mayor incidencia de pobreza en relación con el resto de los tramos de edades en que se clasifica la población infantil⁽¹⁵¹⁾.

4. Características y desafíos de la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile

Las características de la oferta y la demanda actual de los servicios de cuidado infantil en Chile obedecen a un tipo de modelo de *predominio de máxima responsabilidad privada*. Conforme dicho modelo las políticas de apoyo al cuidado y la educación infantil se plantean como soluciones fundamentalmente a nivel privado y familiar. La familia es la que decide el cuidado de los niños/as y escoge la organización encargada de la provisión de este servicio a través de los mecanismos de mercado. El acceso a este esquema está determinado, fundamentalmente, por el ingreso del hogar y los valores culturales de los padres⁽¹⁵²⁾.

No es de extrañar entonces la existencia de un *fuerte predominio del cuidado informal* que atraviesa todos los sectores de la sociedad chilena. La amplitud de su uso se explica por los problemas de cobertura de la oferta y/o sus altos costos, por las tensiones entre el rol materno y el rol laboral, así como factores culturales. Dentro del cuidado informal el tipo de cuidado infantil más utilizado, sin distinciones significativas entre edades y niveles de ingreso, es el proporcionado directamente por la madre. Después de la madre, las redes informales basadas en la reciprocidad constituyen los proveedores de cuidado más importantes. Son los familiares o vecinos, sin mediación de pago, los que aparecen como el segundo tipo de cuidado más utilizado en los hogares chilenos, pero en una proporción bastante inferior a la obtenida por la madre.

En relación con la oferta es posible afirmar que se caracteriza por ser *insuficiente en términos de cobertura, poco flexible y desajustada de la realidad de participación creciente de la mujer en el mercado laboral*. La poca disponibilidad de lugares de cuidado y educación cercanos al domicilio, problemas de movilización, económicos y de salud son algunos de las limitaciones o dificultades que presenta la oferta. Sin embargo, las razones de mayor peso para no asistir a un establecimiento educacional se relacionan más con la demanda que con la oferta.

En Chile, *prácticamente la totalidad de los niño/as entre 0 y 3 años no asiste a ningún tipo de establecimiento escolar*, sin que se reporten diferencias significativas entre quintiles de ingreso. Esta situación pudiera estar anticipando que la no asistencia a establecimientos educacionales en estas edades no es atribuible, exclusiva y fundamentalmente, a un problema en la oferta y cobertura de los servicios de educación y cuidado infantil.

(150) MIDEPLAN, Situación de la infancia en Chile, Doc. No. 10, abril 2002, p. 18.

(151) Los tramos de edades en que se divide la población infantil son los siguientes: 0–1, 2–5, 6–12 y 13–18. MIDEPLAN, Situación de la infancia en Chile, Doc. No. 10, abril 2002, p. 9.

(152) Para más detalle consultar Acosta, E. y Peticara, M. Informe final Estudio “Participación laboral femenina y cuidado infantil”, BID–DIPRES.

CUADRO 9: NO ASISTENCIA A ESTABLECIMIENTO ESCOLAR DE LOS NIÑOS/AS MENORES DE 6 AÑOS SEGÚN QUINTIL DE INGRESO (2003)

Quintil de ingreso familiar	NIÑOS/AS (%)					
	0–1	1–2	2–3	3–4	4–5	5–6
1	99	98	91	76	56	30
2	100	98	90	75	54	21
3	98	94	88	73	47	23
4	99	91	91	73	45	18
5	95	90	74	58	25	11
Total	99	96	88	73	48	22

Fuente: CASEN 2000

Es a partir de los tres años cuando se produce un ligero aumento de la asistencia de niño/as a establecimientos escolares. En estas edades comienzan a verificarse diferencias en la asistencia dependiendo del quintil de ingreso. En los quintiles más altos se registran los porcentajes mayores de asistencia a establecimientos escolares.

En resumen, las razones de no asistencia a un establecimiento educacional aparecen más relacionadas con la demanda que con la oferta y este comportamiento ha sido muy similar desde el año 1990. Sin embargo, se registra un aumento de las razones relacionados con la oferta, lo que podría estar indicando una mayor necesidad y uso de los servicios de educación y cuidado infantil, lo que es coherente con el aumento de la participación laboral femenina en el mismo periodo. Al mismo tiempo podría estar anticipando un cambio cultural en la valoración positiva de la educación preescolar.

Por otra parte, existen pocos puntos de consenso en relación con la evaluación de la calidad de la educación y el cuidado infantil, encontrándose *escasa evidencia sobre la calidad de la oferta*. Los expertos no han logrado acuerdo sobre las bases teóricas a partir de las cuales diseñar y generar las mediciones, particularmente de las modalidades no convencionales. No obstante, se consideran como mínimos indispensables para medir la calidad de los servicios de educación y el cuidado infantil los siguientes indicadores:

- a) el rol del agente educativo;
- b) el ambiente educativo orientado a una función social de protección, participación y educación y,
- c) la educación flexible con currículos pertinentes.

Finalmente es importante señalar que *la oferta pública de cuidado y educación inicial para la infancia temprana responde a las prioridades de las políticas públicas focalizadas en la atención de los niños/as de escasos recursos entre 4 y 6 años*. En función del logro de estos objetivos, los proveedores han tenido que flexibilizar su oferta, a través de la inclusión de modalidades no convencionales, compensando la escasez de cobertura y la creciente demanda.

En resumen, las lecciones que se extraen de la experiencia internacional y del análisis de la situación en Chile permiten contar con un diagnóstico más claro respecto de aquellos aspectos que no son recogidos en forma adecuada por la normativa vigente. El próximo apartado realizará un análisis crítico de tales aspectos.

C.3) Alcances sobre la (in)coherencia de la legislación

En la información revisada se pueden detectar algunas zonas o áreas en las que existe incoherencia entre la normativa y la realidad social que pretende legislar. A continuación se describen cada una de ellas:

- a) La orientación de la normativa no se hace cargo en forma adecuada de algunas problemáticas presentes en la sociedad chilena que influyen sobre la dimensión aprendizaje. En particular, la incorporación masiva de la mujer al trabajo, los cambios en las relaciones y dinámicas familiares, las tensiones entre la vida laboral y familiar, la rigidez en las estructurales laborales, entre otros factores.
- b) Pese a la complejidad de la realidad social chilena y las importantes transformaciones de las últimas décadas, lo dispuesto en la Constitución se refiere a la responsabilidad, casi exclusiva, del sistema educacional en el aseguramiento del pleno desarrollo del niño/a en las distintas etapas de su vida. En particular para el tramo étareo bajo estudio pareciera insuficiente que dicha responsabilidad recayera en el sistema educacional. De esa forma, el resto de la legislación y/o disposiciones de nivel inferior parten de una definición restringida acerca de las responsabilidades en torno a la educación.

c) La normativa no incorpora adecuadamente a todos los actores que debieran responsabilizarse de esta dimensión. Básicamente aparecen consignados los padres y el sistema educacional, además de la comunidad en términos muy vagos. ¿Qué sucede con el resto de los actores y agentes que en la actualidad ya participan de alguna forma en el desarrollo del aprendizaje de los niños/as?

d) En la normativa se detectan algunas incoherencias o vacíos en torno a la dimensión de discriminación en relación con el aprendizaje. En primer lugar, a pesar de que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la educación (art. 19 N°. 10) no le permite en la misma medida, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de las garantías constitucionales, interponer un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva al no estar incorporada esa posibilidad dentro de las causales fijadas en el art. 20. Esta falencia afecta especialmente a las jóvenes que cambian de estado civil o que se encuentran embarazadas, en especial cuando establecimientos educacionales cometen actos discriminatorios en su contra. Por su parte, en las normativas de rango inferior solo aparecen explícitamente protegidos los actos discriminatorios contra lactantes no videntes (Decreto No. 89 del Ministerio de Educación, D.O. 06/04/1990), recién nacidos portadores de VIH y/o enfermos de SIDA (Circular No. 875 del Ministerio de Educación, 17/05/1994) y estudiantes embarazadas (Circular No 247, 27/02/1991). ¿Qué sucede con los lactantes que presenten otro tipo de necesidades especiales que los puedan hacer víctimas de discriminación, a saber, por ejemplo, los bebés con hipoacusia o enfermedades crónicas, los descendientes de inmigrantes indocumentados, entre otros casos?

C.4) Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente

A la luz de la lectura de las normas jurídicas vigentes en Chile respecto de la dimensión aprendizaje, es plausible sostener que:

- (1) no existe una regulación apropiada que tienda a promover la educación y el cuidado de una manera integral;
- (2) la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral, los nuevos hallazgos en relación a la importancia del tema del apego y la estimulación temprana en el desarrollo del aprendizaje y,
- (3) la normativa no promueve ni garantiza la participación de otros actores que no sean el sistema educacional y los padres.

Sobre estos tres nudos críticos vale la pena hacer algunos comentarios.

En primer lugar, se puede afirmar que tanto en la normas de rango constitucional como aquellas con rango de ley o inferiores vigentes en Chile se denota una *ausencia de la noción de cuidado en combinación con la de educación*. No queda suficientemente claro que la primera esté contenida en la segunda. Para el desarrollo de la dimensión de aprendizaje del grupo de edad bajo estudio solo se contempla en la normativa el concepto de “educación parvularia”, entendiendo por tal el nivel educativo que atiende integralmente a los niños y niñas desde su nacimiento hasta su ingreso a la enseñanza básica (Art. 6° bis de la LOCE). Sin embargo, con los antecedentes que hemos expuesto con anterioridad pareciera que este concepto es insuficiente para abordar las distintas problemáticas que enfrentan los niños/as y sus familias durante los primeros meses de edad.

Al respecto es importante tener en cuenta que la actual normativa también es reflejo de la existencia de una *aproximación conceptual insuficiente y confusa respecto*

de la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile. No existe un lenguaje común dentro de la literatura especializada para definir el carácter *formal* o *informal* de los servicios de cuidado y educación inicial para la infancia temprana, ni tampoco de las modalidades en que se ofrecen. Las tipologías en uso no dan cuenta de la complejidad y variedad de los servicios de educación y cuidado infantil existentes en el país. Por tal razón, una parte importante de los tipos de cuidado infantil se encuentran fuera de las mediciones que permiten evaluar su calidad.

La inexistencia de este lenguaje común ha traído algunas dificultades, en particular, instalando una intensa polémica en torno a la legitimidad de las experiencias llamadas “alternativas” o “no convencionales”⁽¹⁵³⁾. En resumen, la falta de criterios claros a partir de los cuales definir el carácter y modalidad de la oferta *dificulta o complejiza las posibilidades de normar en forma oportuna y adecuada y en consecuencia de poder fiscalizar y apoyar las distintas alternativas y estrategias existentes de educación y cuidado para este grupo*. Al final de este apartado podrán encontrar una sugerencia de clasificación más completa de la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile.

En este punto vale tener presente además que la investigación sobre regímenes de cuidado infantil en Europa considera definiciones más amplias al estudiar el cuidado, incluyendo las manifestaciones formales e informales, remuneradas y no remuneradas, así como el cuidado de todas aquellas personas “dependientes”, esto es, niños, ancianos, enfermos y discapacitados. En ese sentido, la normativa de aquellos países así como sus políticas públicas, en particular, las maternas aseguran y promueven en forma armónica el desarrollo de distintas estrategias y alternativas para el cuidado y la educación de los niños/as.

Lo antes dicho nos lleva a señalar la necesidad de *contar en la normativa con una conceptualización que combine cuidado y educación, permitiendo su incorporación armónica en el diseño de las políticas públicas*. Como ya hemos mencionado, en los países de la OECD existe consenso en utilizar la noción de educación y cuidado para la infancia temprana (*Early Childhood Education and Care, ECEC*).

Esta definición, más amplia que la de educación, permite una aproximación coherente e integrada de las políticas y provisiones que involucran a todos los/as niños/as y a todos los padres, independientemente de su condición de empleo o nivel socioeconómico, *disminuyendo su dependencia del sistema educativo*. Esta aproximación reconoce también que todo tipo de modalidades o arreglos puede contemplar un amplio rango de objetivos, dentro de los que se incluyen los referidos al cuidado, el aprendizaje y el bienestar social. Este tipo de formulación estratégica es claramente una carencia en la actual formulación de la normativa vigente en Chile en relación con el tema del aprendizaje.

Por último, no siempre y de una manera sistemática la normativa resguarda adecuadamente el principio de que el ambiente educativo esté orientado a una función social de protección, participación y educación. Según este criterio, cualquiera sea la modalidad en que se imparta el servicio de atención a la primera infancia, se debe propender a generar un ambiente en que las dimensiones de cuidado y educación se desarrollen de manera conjunta. Al mismo tiempo, los agentes educativos deben generar espacios adecuados de participación de los padres en el proceso de desarrollo de sus hijos/as, de forma tal que puedan contribuir con su experiencia. El tema de la participación está recogido en la normativa a través del Decreto No. 565 del Ministerio de Educación (D.O. 08/11/1990) que otorga el derecho a constituir un centro de padres y apoderados a todos los padres que tengan hijos o hijas en establecimientos de educación parvularia.

(153) Para ampliar sobre el tema se recomienda consultar Romero, Sabine. Modalidades de cuidado infantil temprano: dilemas, preocupaciones y hallazgos, ponencia presentada en el Seminario “Educación inicial: un derecho universal de la infancia temprana”, Santiago, 21 y 22 de abril de 2005.

Sin embargo, cabe preguntarse cómo asegurar este derecho en el caso de aquellos padres y apoderados que tengan hijos o hijas asistiendo a otro tipo de programas o modalidades de atención a la primera infancia no contempladas en la normativa. En este punto hay que tener en cuenta que durante los primeros meses de vida (0–3 meses) los bebés permanecen fundamentalmente en sus respectivos hogares y el vínculo de los padres y apoderados se establece fundamentalmente a través de los servicios de salud y/o algunos espacios informales de cuidado.

Por su parte, no hay que olvidar que la participación de los progenitores es un área estratégica a la hora de evaluar la calidad de los servicios de educación y cuidado infantil. En consecuencia, su inclusión dentro de la normativa debe procurar ser lo más amplia posible, a través de sus distintas modalidades y no solo en su dimensión formal, o sea, por medio de la constitución de centros de padres. Esto último es condición básica pero no suficiente para abordar el tema de la participación en un contexto tan complejo como lo es del aprendizaje.

C.5) Omisiones normativas o tratamiento incompleto

Un análisis exhaustivo sobre las omisiones de temas relevantes para desarrollar y garantizar adecuadamente la dimensión de aprendizaje en los niños/as chilenos dice relación con los siguientes puntos:

1. Insuficiente consideración y abordaje de opciones de cuidado y educación infantil que pueden promover la reconciliación entre trabajo remunerado y tareas de cuidado.

Estas opciones son relativamente escasas en Chile, costosas o percibidas como de un cuidado de menor calidad. En tal sentido, la legislación refuerza y promueve, en forma prioritaria, modalidades convencionales de cuidado y educación infantil. Sin embargo, en la práctica sigue imperando un predominio del **cuidado informal el que a pesar de su amplia extensión no se encuentra normado**, entre otras razones porque usualmente no es considerado dentro de las clasificaciones referidas al cuidado y educación infantil, a no ser como un dato anexo otorgado por las encuestas a nivel nacional o los censos. Como resultado, estamos en presencia de un servicio poco controlado o supervisado a pesar de su amplia utilización con todos los riesgos que ello conlleva atendiendo el grupo de edad al que va dirigido.

2. Inequidad en el acceso y calidad de los servicios de educación y cuidado infantil.

A pesar de que la cobertura de la educación parvularia se ha convertido en la actualidad en una preocupación creciente en la agenda pública en Chile, aún persisten fuertes desigualdades. Chile posee una baja cobertura a nivel preescolar en relación con otros países, aún cuando este indicador ha experimentado un crecimiento sostenido en los últimos años. Adicionalmente persisten brechas entre el sector urbano y rural y entre los quintiles de ingreso. Al mismo tiempo, se observan diferencias significativas entre los tramos de edades, produciéndose el déficit mayor en los/as niños/as entre 0–2 años.

Aunque la LOCE ha ido ampliando el radio de acción de la garantía constitucional del derecho a la educación, enfatizando el desarrollo de la educación parvularia (incisos 3°, 4° y 5° del art. 2°, Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, LOCE, D.O. 07/03/1990), aún conserva una aproximación restringida al concepto de educación y cuidado para la infancia temprana, a la par que deposita en el Ministerio de Educación la responsabilidad pública del fomento y desarrollo de la educación en todos sus niveles. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica encontramos una multiplicidad de proveedores de estos servicios, los que no siempre están debidamente articulados.

3. Inexistencia de un reconocimiento dentro de la normativa a lo que en la literatura especializada se ha venido distinguiendo como el carácter formal o informal de los servicios de cuidado y educación inicial para la infancia temprana, ni tampoco de las modalidades en que se ofrecen.

La falta de criterios claros a partir de los cuales definir el carácter y modalidad de la oferta dificulta o complejiza las posibilidades de inclusión en la normativa, al tiempo que entorpece o entorpece la promoción de nuevas iniciativas más ajustadas a las necesidades de cuidado y educación de las familias chilenas así como a las obligaciones o exigencias del actual mercado laboral.

Esta situación se debe en buena medida a la carencia en Chile de estudios sistemáticos o comparativos acerca de la calidad del servicio de educación y cuidado ofrecido por las modalidades no convencionales. Sin embargo, se le reconocen un conjunto de ventajas, dentro de las cuales se encuentran su mejor capacidad de llegada a sectores de extrema pobreza o dispersos geográficamente, así como mayor flexibilidad para adecuarse y responder a las necesidades y realidades de los usuarios.

Sin embargo, la normativa solo reconoce un conjunto variado de esfuerzos que ha estado realizando la JUNJI en incorporar programas educativos tendientes a ampliar la cobertura de la educación (Cfr. Considerandos 1º, 2º y 4º de la Resolución Exenta No. 015/1362 de la JUNJI, 09/08/2005). Pero la JUNJI no es el único ente proveedor de estos servicios. Distintas fundaciones, ONG's, instituciones vinculadas con la iglesia, iniciativas comunitarias, entre otras, han promovido y desarrollan en la actualidad un conjunto diverso de iniciativas de cuidado y educación para la infancia temprana que no están contempladas y en consecuencia protegidas por la normativa vigente.

4. La normativa actualmente vigente no se hace cargo de promover y velar por una articulación adecuada de la institucionalidad relacionada con las políticas de apoyo a la educación y cuidado para la infancia temprana.

Con la Ley No. 17.301 y su reglamento orgánico que se encuentra contenido en el Decreto Supremo No. 1.574, se permite la creación de la Junta Nacional de Jardines Infantiles (JUNJI), cuya misión consiste en entregar educación parvularia a niños y niñas hasta su ingreso a la educación general básica y que pertenecen a sectores de pobreza y vulnerabilidad social. Sin embargo, en la atención a la infancia, especialmente en sus primeras etapas de desarrollo, concurren un conjunto de instituciones que van desde el Ministerio de Salud, la Dirección del Trabajo, el Ministerio de Planificación y el Ministerio de Educación, entre otras, cada uno de los cuales tiene una mirada parcializada y con objetivos estratégicos diferenciados respecto del abordaje de la infancia temprana.

Frente a los déficits de la normativa, en la práctica lo que se puede constatar es una institucionalidad dispersa al interior del sector público y escasamente articulada. Los componentes y actores del sistema funcionan fragmentadamente, generando ineficiencias y dificultando la articulación de políticas integrales de atención de la infancia y sus familias. Predominan entonces las intervenciones parceladas y rígidas, preocupadas fundamentalmente de los indicadores de cobertura y entrega de servicios, sumado a un bajo aprovechamiento de las capacidades físicas y humanas instaladas en la comunidad y los territorios.

En función del análisis realizado con ocasión de la dimensión aprendizaje, se puede concluir que la normativa vigente no recoge con el énfasis que la instalación de una perspectiva de derechos para la infancia requiere la especial atención que merece el período entre los 0 y 3 meses. En particular, se detectan algunas zonas

o áreas en las que existe incoherencia entre la normativa y la realidad social que pretende legislar. En tal sentido, la orientación de la normativa no se hace cargo en forma adecuada de algunas problemáticas presentes en la sociedad chilena que influyen sobre la dimensión aprendizaje en los niños entre 0 y 3 meses, tales como: la incorporación masiva de la mujer al trabajo, los cambios en las relaciones y dinámicas familiares, las tensiones entre la vida laboral y familiar, la rigidez en las estructurales laborales, entre otros factores.

Junto con ello, la normativa no incorpora adecuadamente a todos los actores involucrados en el cuidado y educación de los/as niños/as, confiriéndole una responsabilidad, casi exclusiva, al sistema educacional en el aseguramiento del pleno desarrollo del niño/a en las distintas etapas de su vida. Por último, presenta incoherencias en el tratamiento del tema discriminatorio al revisar los distintos niveles de la normativa.

Respecto de las *orientaciones estratégicas*, en la normativa aparecen los siguientes nudos críticos:

- (1) no existe una regulación apropiada que tienda a promover la educación y el cuidado de una manera integral;
- (2) la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral, los nuevos hallazgos en relación a la importancia del tema del apego y la estimulación temprana en el desarrollo del aprendizaje y,
- (3) la normativa no promueve ni garantiza la participación de otros actores que no sean el sistema educacional y los padres.

Por último, en la normativa vigente también se *omiten o se tratan en forma incompleta algunos temas de relevancia* para el aseguramiento de la dimensión de aprendizaje del grupo bajo estudio. Dentro de ellos se destacan:

- a) la insuficiente consideración y abordaje de opciones de cuidado y educación infantil que pueden promover la reconciliación entre trabajo remunerado y tareas de cuidado, siendo notorio la ausencia de norma respecto del cuidado informal tan ampliamente extendido en la sociedad chilena,
- b) inequidad en el acceso y calidad de los servicios de educación y cuidado infantil,
- c) ausencia de un reconocimiento de la distinción de carácter formal o informal de los servicios de cuidado y educación inicial para la infancia temprana, así como de las modalidades en que se ofrecen y
- d) la normativa actualmente vigente no se hace cargo de promover y velar por una articulación adecuada de la institucionalidad relacionada con las políticas de apoyo a la educación y cuidado para la infancia temprana.

D) Entorno familiar

D.1) Aclaraciones conceptuales

Parece necesaria, para una comprensión adecuada del análisis de esta dimensión, fijar el contexto y factores relevantes (sociales, políticos, económicos y culturales) que puedan estar incidiendo en su desarrollo y que no estén adecuadamente recogidos por la normativa vigente. Por ello, ha parecido prudente incluir cuatro consideraciones básicas de relevancia para el grupo etario bajo análisis, a saber, quienes están por nacer y los recién nacidos hasta los tres meses de edad.

Dichas consideraciones, a partir de las cuales se ha realizado este análisis, se han agrupado en torno a cuatro temas:

- 1) Concepto de familia y su estructura,
- 2) Derechos y obligaciones entre padres e hijos: efectos de la filiación,
- 3) Adopción, y
- 4) Violencia intrafamiliar.

1) Concepto de familia y su estructura

Para analizar el entorno familiar, nos parece indispensable aclarar qué es lo que entendemos por “familia”, ya que es un tema que se discute a nivel universal, las referencias que tenemos son variadas, ambiguas y posibles de aplicar a realidades muy diferentes entre sí, por esto parece recomendable aproximarse al concepto, analizando estas diversas connotaciones.

La referencia más inmediata nos hace pensar en el grupo de personas unidas por un ascendiente común, entre las cuales se establecen relaciones recíprocas. Cabe sí hacer presente, que esta idea puede llevarnos a ciertos equívocos por cuanto puede existir una relación familiar sin necesidad de que haya un vínculo de consanguinidad (por ejemplo entre los cónyuges y también cada cónyuge y los consanguíneos del otro), como también es posible la situación inversa, o sea que exista consanguinidad pero no una relación familiar (por ejemplo entre un hijo/a cuya filiación no está determinada legalmente y su progenitor).

La segunda connotación alude a la idea de una “comunidad doméstica”, es decir, un grupo de personas que viven juntas y tienen un destino por lo menos parcialmente común. Aquí se comprenden como miembros de una familia, no sólo a los parientes, sino que también a quienes trabajan en el hogar familiar. Históricamente esta idea de “comunidad doméstica” se vincula a la idea de que las personas se encuentran sometidas a una autoridad o potestad.

Sólo considerando estas dos visiones podemos percatarnos que en verdad no existe un concepto intemporal de familia, por lo tanto más que referirnos a la “familia”, como prototipo único deberíamos señalar que existen “modelos de familias”, conforme a los cuales los grupos humanos ya sean reducidos o celulares, respondiendo a determinadas normas de comportamiento, se han ido organizando históricamente. Es así que parece preferible atender a la época, costumbres, cambios socio-económicos de que se trate para definir lo que entenderemos por familia.

Este avance continúa, por cuanto en las sociedades más modernas aparecen relaciones familiares todavía más reducidas o segmentadas, es decir, uno solo de los padres con el hijo/a, como ocurre con la madre soltera o con el padre divorciado.

En conclusión, actualmente cabe pensar que existen dos concepciones históricas predominantes:

Familia en sentido amplio o *familia linaje*, que comprende a las personas ligadas entre sí por razones de parentesco, del cual la ley extrae alguna consecuencia jurídica.

Familia en sentido restrictivo o nuclear, en la que se incluye la pareja y los hijos/as, considerando las relaciones interindividuales que se pueden presentar entre ellos.

En nuestro país se han manifestado todas las variables que hemos reseñado anteriormente, por eso es que pensamos que lo más acertado es reconocer la existencia de varios tipos de familia, nos fundamos en los resultados que arrojó el Informe de la Comisión Nacional de la Familia⁽¹⁵⁴⁾, según este documento “... los diversos estudios sobre la familia adoptan variadas tipologías para definirla. Dada esta diversidad, se considerarán dos criterios de clasificación: el tipo de hogar y la composición de la familia en términos de relaciones de parentesco. Una mejor comprensión de la realidad familiar requiere considerarlos en conjunto.”

Es así que, desde la perspectiva del hogar (hábitat, persona o personas que alojan y se alimentan juntas), existen tres tipos de hogares:

(154) Institución creada por Decreto Supremo N° 162 de 1992.

a) Hogar Unipersonal: hábitat donde vive una sola persona, generalmente un adulto mayor.

b) Hogar Familiar: hábitat compartido por uno o más núcleos familiares. La jefatura del hogar es un fenómeno a considerar cuando se analice este tipo de organizaciones.

c) Hogar No familiar: hábitat compartido por dos personas o más, sin vínculos de parentesco entre sí.

A su vez, la clasificación de la familia desde el punto de vista de su composición, pone énfasis en elementos tales como el parentesco, la conyugalidad y la consanguinidad. Por tanto reconocemos dos tipos:

a) Familia Nuclear: integrada por una pareja adulta, con o sin hijos o por uno de los miembros de la pareja y sus hijos. Dentro de ella, podemos subclasificar:

i) Familia nuclear simple: una pareja sin hijos.

ii) Familia nuclear biparental: padre y la madre, con uno o más hijos.

iii) Familia nuclear monoparental: uno de los padres y uno o más hijos.

b) Familia Extensa: integrada por una pareja o uno de sus miembros, con o sin hijos, y por los otros miembros que pueden ser o no parientes. Es posible encontrar subdistinguir:

i) Familia extensa biparental: padre y madre, con uno o más hijos, y otros parientes.

ii) Familia externa monoparental: uno de los miembros de la pareja, con uno o más hijos y otros parientes.

iii) Familia externa amplia (o familia compuesta): una pareja o uno de los miembros de ésta, con uno o más hijos y otros miembros parientes o no.

Sabemos que en nuestra legislación se protege a la familia a nivel constitucional ya desde su artículo 1°. Llama sí la atención que don Andrés Bello, tan proclive a definir, en este caso no lo hizo, sólo tenemos el artículo 815 del Código Civil, el que refiriéndose a la extensión de los derechos reales de uso y habitación, señala que estos derechos cubren las necesidades personales del usuario o del habitador y las de su familia, posteriormente enumera a quienes considera que forman parte de su familia:

1. El cónyuge.
2. Los hijos.
3. Número de sirvientes necesarios para la familia.
4. Personas que viven con el usuario o el habitador a sus expensas.
5. Aquellas personas a quienes el usuario o el habitador les deba alimentos.

Observamos entonces que el concepto es muy extenso, acorde a la mentalidad de la época (1855–1857), pero ¿éste es el concepto de familia que debemos aplicar hoy?

Creemos que esta noción no se adecua a la realidad actual de nuestro país, por lo tanto, estimamos que deberíamos adoptar lo señalado por la Comisión Nacional de la Familia que la ha definido como una unidad integrada por personas con identidades propias, unidas entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación (biológica o adoptiva) y de alianza, que se mantiene y se desarrolla en una situación de amor, de respeto y de protección, incluyendo las uniones de hecho, cuando ellas son estables.

2) Derechos y obligaciones entre padres e hijos: Efectos de la filiación

Existe una idea rectora de toda nuestra actual legislación, y es el “interés superior del niño”. Sin perjuicio que algunos de estos derechos y obligaciones son aplicables no sólo a los niños y niñas, sin duda que es en este ámbito en el que se concentran los más gravitantes. Se regulan principalmente en el artículo 3 N° 1

de la Convención sobre los Derechos del Niño y en los artículos 242 inciso 2º, 225 inciso 3º, 229 inciso 2º, 234 inciso 3º, 240 inciso 2º, 244 inciso 3º, 245 inciso 2º, 268 inciso 2º y 272 del Código Civil.

Obviamente que la determinación de aquello que sea más beneficioso para el niño/a, dependerá de cada caso.

En materia de derechos y obligaciones, es posible distinguir dos ámbitos o aspectos, el estrictamente personal y el aspecto patrimonial, lo que lleva a diferenciar entre:

a) La denominada “Autoridad Paterna”, es decir, “conjunto de derechos y obligaciones entre padres e hijos de carácter personal”. En realidad, por la forma en que están tratados en nuestra legislación, sería más apropiado decir que se trata de “deberes regulados por el legislador”.

b) El segundo aspecto corresponde a la institución de la “Patria Potestad”, esto es, “conjunto de derechos y obligaciones entre padres e hijos de carácter patrimonial”.

En derecho comparado sólo se habla de “Patria Potestad” para referirse a ambos aspectos, y esta idea se encontraba también presente en el Proyecto de la llamada “Ley de Filiación”⁽¹⁵⁵⁾, sin embargo, se optó por conservar la distinción, pues se consideró que era apropiado mantener claramente diferenciadas las normas y principios que regían estos dos ámbitos, y por otro lado, el sistema había funcionado de esa forma eficientemente y entonces, no había razón para cambiarlo.

(155) Ley N° 19.585, publicada en el Diario Oficial de 26 de octubre de 1999.

Abordaremos, entonces, separadamente cada faceta.

Como señalamos la “autoridad paterna” se refiere “a los efectos de la filiación de orden moral” (René Ramos Pazos), es decir, a las prerrogativas y deberes que existen entre padres e hijos, de contenido extramatrimonial”.

En cuanto a los deberes de los hijos/as para con sus padres, existen dos obligaciones tradicionales, cuales son:

a) Deber de respeto y obediencia: que fue objeto de modificación en 1998 (Ley de Filiación), pues anteriormente el artículo 222 del Código Civil, señalaba que se estaba especialmente sometido al padre, asunto discriminatorio, por eso la modificación busca terminar con esa odiosa diferencia y en la actualidad se debe a ambos padres.

b) Deber de cuidado o de socorro: en caso de demencia, ancianidad y en todas las circunstancias en que requieran auxilio.

En lo relativo a los derechos y deberes de los padres para con sus hijos/as:

a) Derecho–deber de cuidado en la crianza y educación de los hijos/as, el que comprende: cuidado del hijo/a, su crianza, educación, alimentación y supervisión. Si esta situación se produce fuera del matrimonio, suele hablarse de “tuición”.

Nos parece interesante constatar que aunque nuestra legislación ya no distingue entre tipos de hijos/as (legítimos e ilegítimos, en términos muy genéricos), no es posible desconocer que en los hechos, se pueden producir distintas hipótesis, las que tendrán un tratamiento legal diverso, así:

1. Si el hijo/a es de filiación no determinada, el Juez deberá determinar a quien corresponda su cuidado, artículo 224 inciso segundo del Código Civil (C.C.).

2. Si el hijo/a es de filiación determinada, respecto de uno solo de sus padres, corresponde al padre o madre que lo ha reconocido, por lo que se refiere necesariamente al caso de filiación no matrimonial.

Sin embargo, “se está privado de la tuición si se ha verificado el reconocimiento

judicialmente con oposición del padre o de la madre” (artículo 203). Sin perjuicio de la “rehabilitación” que puede llevar a cabo el hijo/a, a la cual nos referiremos con posterioridad.

3. Si el hijo es de filiación determinada de ambos padres, pero ha fallecido alguno de ellos, toca el cuidado al sobreviviente (artículo 224 inciso primero).

4. Si el hijo es de filiación determinada y ambos padres viven juntos, toca el cuidado de consuno (artículo 224).

5. Si el hijo es de filiación determinada de ambos padres que viven separados, aquí pueden también darse diversas situaciones:

i) Acuerdo de los padres (artículo 225), acto solemne, escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil y subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento.

El artículo 225, en el inciso segundo al referirse a esta situación señala “ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre...”, lo que podría traer como consecuencia la separación de los hijos/as. Aquí es donde debemos recordar que el principio rector es el del “Interés Superior del Niño”, por eso creemos que el Juez podría declarar la conveniencia que los hermanos/as vivan juntos, con lo que se podría dejar sin efecto el acuerdo de los padres.

ii) Si no hay acuerdo, se aplica norma del artículo 225 inciso primero, correspondiendo a la madre el cuidado personal de los hijos/as.

iii) En todo caso, ya sea existiendo acuerdo o el mandato legal en orden a que corresponde el cuidado a la madre, el Juez puede determinar cuando “el interés del hijo lo haga necesario”, por maltrato u otra causa calificada, entregar el cuidado al otro de los padres (inciso tercero del artículo 225)⁽¹⁵⁶⁾.

Sin embargo, el juez tiene como limitación que “no podrá entregar el cuidado al padre o madre que no haya contribuido a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo”.

6. En caso de inhabilidad física o moral de los padres, se podrá confiar el cuidado a otra persona(s) competente(s), prefiriendo a los consanguíneos más próximos y principalmente a los ascendientes (artículo 226).

Finalmente, mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros, es decir, mientras no se haga esa nueva inscripción al margen, se entiende que se mantiene la situación anterior, la nueva situación no afecta a los terceros (inciso final del artículo 225).

El artículo 228 establece que la persona casada a quien corresponda el cuidado personal de un hijo/a que no ha nacido de ese matrimonio, sólo podrá *tenerlo* en el hogar común, con el consentimiento de su cónyuge. Pero en verdad que significa “*podrá tenerlo*”. Se considera que la referencia es a una estadía permanente y no a las visitas. Esta norma ha sido muy discutida supone una discriminación, y eventualmente una separación del hijo/a de su padre o madre, por lo demás es una declaración del otro cónyuge arbitraria y unilateral. Se opone a lo preceptuado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en orden a evitar la separación del niño de sus padres, excepto cuando ello sea necesario en interés superior del niño/a.

En cuanto a la tramitación de este tipo de juicios, se contempla como trámite esencial el oír al hijo (manifestación de otro derecho trascendental en estas materias, cual es el del Niño o Niña a ser oído), y también a los parientes.

(156) Esta “causa calificada” no necesariamente debe decir relación con una sanción a la madre, sino que puede ser de cualquier índole, y deberá ser determinada en cada caso, teniendo presente “el Interés Superior del Niño”.

En cuanto a los gastos de crianza y educación, también se distingue, según cuál sea la situación fáctica en que se encuentran los padres en relación a sus hijos/as:

1. Filiación matrimonial, estos gastos son de cargo de la sociedad conyugal⁽¹⁵⁷⁾. Si se encontraran casados bajo otro régimen distinto (separación total de bienes o régimen de participación en los gananciales), se contribuirá en proporción a las respectivas facultades económicas (artículo 230).
2. Filiación no matrimonial (siendo la filiación determinada de ambos padres), cada uno deberá aportar de acuerdo a sus facultades económicas.
3. Si la filiación está determinada respecto de ambos padres, y fallece uno de ellos, corresponden los gastos al sobreviviente (artículo 230 inciso segundo).
4. Si sólo está determinada respecto de un padre, él debe efectuar los gastos.
5. Estas reglas se alteran, si el hijo/a tiene bienes propios, pues los gastos de su establecimiento, y si fuere necesario, los de su crianza y educación, podrán sacarse de dichos bienes, conservando íntegros los capitales si fuere posible (artículo 231).
6. En defecto de lo anterior, el artículo 232 establece que esta obligación de “alimentar al hijo que carece de bienes pasa, por falta o insuficiencia de ambos padres, a sus abuelos, por una y otra línea, conjuntamente. Cabe precisar que la Ley 19.741⁽¹⁵⁸⁾, precisa que en caso de insuficiencia de uno de los padres esta obligación pasa primeramente a los abuelos de la línea del padre o madre que no provee y, en subsidio, a los abuelos de la otra línea.

Esta misma ley garantiza una pensión alimenticia mínima, de la que el alimentante sólo se puede eximir si prueba que no tiene los medios para otorgarla. Además se obliga al Juez de Familia a fijar con prontitud los alimentos provisorios a favor de los hijos e hijas menores de edad.

Finalmente cabe destacar lo dispuesto por los artículos 236 y 237 del Código Civil, en orden a que los padres tendrán el derecho y el deber de educar a sus hijos/as orientándolos a su pleno desarrollo en las distintas etapas de su vida, según la primera disposición señalada. Por su parte, el artículo 237 señala que el derecho establecido en el artículo anterior, cesa respecto de los padres cuando el hijo/a haya sido confiado en su cuidado a otra persona, quien lo ejercerá con anuencia del tutor o curador si dicha persona no ejerciere a su vez ese cargo.

b) Derecho—deber de mantener una relación directa y regular con el hijo/a.

Corresponde al progenitor que no tiene el cuidado del hijo/a, artículo 229⁽¹⁵⁹⁾. Este derecho—deber se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el Juez estimare conveniente para el hijo/a.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo/a, lo que declarará el tribunal fundadamente.

c) Derecho—deber de corrección del hijo.

En lo que respecta a la facultad de corregir, se entiende claramente que se excluye la antigua facultad de “castigar moderadamente”, para proteger mejor a los niños y niñas se establece una acción popular, es decir, cualquier persona puede reclamar ante su incumplimiento.

La corrección debe ser de tal forma que no cause menoscabo a los hijos/as, el artículo 234 señala que los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos/as, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Si se produjere tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de

(157) Es importante indicar que un 67% de los matrimonios en Chile se encuentran acogidos al régimen de Sociedad Conyugal, mientras que un 30% al sistema de separación total de bienes y sólo el 3% restante al régimen de participación en los gananciales. Parece ser que este último, que fue concebido como una “solución” ante las desigualdades que plantea la sociedad conyugal, ha resultado difícil de comprender y de aplicar, por eso su escasa incidencia.

(158) Publicada en el Diario Oficial de 24 de julio del año 2001.

(159) Corresponde al antiguamente denominado “derecho de visitas”.

cualquier persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del hijo/a, sin perjuicio de las sanciones que pudiera aplicar por el menoscabo. Y además sería posible solicitar la emancipación judicial, artículo 271 N °1. O, en caso de matrimonios, el otro cónyuge podrá pedir divorcio.

Finalmente, cuando sea necesario para el bienestar del niño/a, se podrá solicitar por los padres que el tribunal decida sobre la vida futura del menor por el tiempo que estime conveniente, sin exceder del tiempo que falte para cumplir los 18 años.

Cabe señalar, que la ley en los artículos 238 y 239, priva a los padres de los derechos y deberes anteriores, si abandonaron al hijo/a, o si por su inhabilidad moral dieron motivo para separarlos judicialmente de su lado.

Es necesario además tener en cuenta el artículo 242, en especial el inciso segundo establece que el Juez para adoptar sus resoluciones atenderá como consideración primordial el interés superior del hijo/a.

El segundo aspecto, que es el de la “Patria Potestad”⁽¹⁶⁰⁾, que se define como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos/as no emancipados.

(160) La Patria Potestad está tratada en el Título X del libro I del Código Civil, párrafo primero, artículos 243 a 249.

Se extiende también la patria potestad a los derechos eventuales de todo hijo/a que está por nacer.

Con respecto a los titulares de la patria potestad, cabe advertir que podemos hacer el siguiente distingo:

- a.** Atribución convencional de la patria potestad, el artículo 244 señala en su inciso primero que, la patria potestad será ejercida por el padre o madre o ambos conjuntamente, según “convengan” en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial de Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento.
- b.** Atribución legal de la patria potestad, el artículo 244 en su inciso segundo señala que, a falta de acuerdo, al padre toca el ejercicio de la patria potestad.
- c.** Atribución judicial de la patria potestad, el artículo 244 en su inciso tercero señala que cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el Juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieran conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro de 30 días al margen de la inscripción de nacimiento.
- d.** Atribución supletoria de patria potestad, el artículo 245 señala que si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse al otro padre la patria potestad.

Por lo tanto, pueden presentarse las siguientes situaciones:

- a)** Si no existe acuerdo, la ejerce el padre.
- b)** En el caso de patria potestad ejercida por la madre o por ambos conjuntamente, requiere de acuerdo solemne (escritura pública o acta extendida ante oficial de Registro Civil).
- c)** Resolución judicial, otorgándosela al padre o madre que carecía de ella, o radicándola en uno solo si ambos la ejercían conjuntamente.

Hay ciertos casos en que es imposible atribuir la patria potestad al padre o a la madre, caso en el cual deberá nombrarse un guardador, así ocurre:

1. Cuando se ha determinado judicialmente la paternidad o maternidad con la oposición de ese padre o madre.
2. También cuando ambos padres carecen del derecho de ejercer la patria potestad (por ejemplo por haber abandonado al menor).
3. Cuando la filiación no esté determinada legalmente ni respecto del padre ni respecto de la madre.

Por consiguiente, en atención a la multiplicidad de hipótesis que pueden presentarse es que para efectos de contratar con un hijo no emancipado, es recomendable tener a la vista su certificado de nacimiento.

La Patria Potestad otorga los siguientes atributos:

I. Derecho legal de goce, es decir, la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos. En razón de la vinculación afectiva es que el padre o madre no son obligados a rendir garantías de conservación o restitución, ni tampoco a hacer inventario solemne. Si la Patria Potestad se ejerce conjuntamente por ambos padres y no se ha acordado otra distribución, el derecho legal de goce se dividirá entre ellos por partes iguales.

II. Administración de los bienes del hijo. Si fuese privado uno de los padres de la administración, la tendrá el otro, y si ninguno de ellos la tuviese, la propiedad plena pasará al hijo y se le dará un curador para la administración, según lo dispuesto en el artículo 258. Al término de la patria potestad, los padres pondrán a sus hijos en conocimiento de la administración que hayan ejercido sobre sus bienes, según lo indica el artículo 259, se estimó que no era pertinente que se incorporara una verdadera “rendición de cuentas”, ya que podría generar conflictos al interior de la familia.

III. Representación legal del hijo, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

El legislador considera varios casos en que la Patria Potestad puede suspenderse, tales son: demencia del padre o madre que la ejerce, la menor edad (en cuyo caso se suspende de pleno derecho), por estar en entredicho de administrar sus propios bienes, por la larga ausencia, u otro impedimento físico de los cuales se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre o madre ausente o impedido no provee.

En estos casos la patria potestad la ejercerá el otro padre, respecto de quien se suspenderá por las mismas causales. Si se suspende respecto de ambos el hijo quedará sujeto a guarda. El Juez, “en el interés del hijo”, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión.

La Patria Potestad termina por la “emancipación” de hijo, ella se produce por causas legales o judiciales. El Juez puede decretar la emancipación ante casos tan graves como maltrato habitual del padre o la madre, o ante su abandono, o en caso de inhabilidad física o moral. Con respecto a los efectos de la emancipación, si el hijo es menor, quedará sujeto a guarda, ello debido a que la patria potestad a que estaba sometido termina.

3) Adopción

Esta institución surge como una alternativa para aquellos niños y niñas que carecen de un hogar, es una solución de carácter subsidiario, ya que como analizábamos antes, la propia Convención de los Derechos del Niño prescribe como un

derecho fundamental de los niños y niñas, el de vivir con sus padres, en su familia. Después de una constante y a veces dificultosa evolución podemos observar que en la actualidad la adopción se piensa desde la perspectiva del niño o niña adoptada, es decir, de lo que se trata, es de buscar la familia más adecuada para el niño/a y no a la inversa. Así ha quedado claramente señalado en la Ley 19.620⁽¹⁶¹⁾.

Esta Ley presenta la misma falencia que las anteriores sobre esta misma materia, en el sentido, que no contempla ninguna definición de Adopción, sí se señalan los objetivos en su artículo 1° *“Tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”*. Esto se ajusta a lo prescrito por el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esta idea también se expresa en otras disposiciones de la ley, por ejemplo artículos 3, 12 N° 3 inciso 2°, 25 inciso final, 30 inciso 2°, etc.

Por tanto sí podemos definir doctrinariamente a la adopción, de las siguientes formas:

“Recepción como hijo de una persona que no lo es, cumpliendo los requisitos legales” (Rodrigo Quijada, *“Diccionario Jurídico”*, Editorial Jurídica Conosur).

“Es una institución jurídica por la que, con las solemnidades y requisitos legales, se crea entre dos personas que pueden ser extrañas entre sí, relaciones de parentesco y filiación” (Muriel Sabioncello Soto, *“La Adopción. Simple y Plena”*, Ediciones La Ley, Santiago, 1993).

Los principios rectores en materia de adopción en Chile, actualmente son los siguientes: el Interés Superior del Niño, el Respeto a la Opinión del Niño, la Importancia de la Familia de Origen, la Probidad, la Subsidiariedad y la Confidencialidad.

Las principales características de esta ley son que según ella la adopción se concibe como una *institución jurídica* y no como un contrato, se constituye en virtud de una sentencia judicial dictada en un procedimiento contencioso que requiere de una preparación previa, la sentencia debe ser inscrita en el Registro Civil e Identificación. Lo más relevante es que confiere el adoptado el estado civil de hijo/a respecto del o los adoptantes, por lo tanto, el menor pierde su filiación de origen, salvo para ciertos efectos (artículo 1 inciso 2°, artículo 37). La Ley distingue entre adoptantes residentes en Chile y adoptantes no residentes en Chile, se puede otorgar también a personas solteras o viudas. Se mantienen los límites de edad para adoptar⁽¹⁶²⁾.

Existen varios procedimientos previos a la adopción, que se incorporaron precisamente con el objeto, por una parte, dar una mayor estabilidad material y psicológica a los niños y niñas que estaban en proceso de ser adoptados, y de otra, tiende a asegurar a los futuros adoptantes que la persona que pretenden adoptar no tiene ningún vínculo familiar que limite sus derechos. También se pretende evitar el constante tráfico de niños/as hacia el extranjero para su adopción, ya que aunque la anterior legislación contemplaba la *“declaración de abandono”* previa, ésta se hacía efectiva durante la tramitación de la solicitud de adopción, distinto de lo que ocurre con la legislación actual, que considera como requisito anterior el someterse a la declaración previa de que el niño/a es susceptible de ser adoptado.

Además la ley aclara quiénes son las personas que pueden ser adoptadas, ellos son:

1. El niño/a cuyos padres no estén capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él/ella y expresen su voluntad de entregarlo en adopción ante el Juez competente.

(161) Dictada el 26 de julio de 1999, publicada en el Diario Oficial de 5 de agosto del mismo año y entró en vigencia el 27 de octubre de 1999, junto con la Ley N° 19.585, esta última conocida como la *“ley de filiación”*.

(162) Artículo 20 de la ley N° 19.620.

2. El niño/a que sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes.
3. El niño/a que haya sido declarado susceptible de ser adoptado por resolución judicial.

Para cada caso la Ley ha contemplado un procedimiento previo, el que deberá cumplirse o por lo menos acreditar que se ha cumplido por los futuros adoptante, estos procedimientos.

En el desarrollo de los Programas de Adopción, SENAME, es una institución fundamental, por cuanto este conjunto de actividades tendientes a procurar al niño/a una familia responsable, deberán realizarse por el Servicio Nacional de Menores y por los organismos acreditados ante éste. En razón de este mandato es que SENAME desarrolla varios programas que persiguen cumplir con los principios anteriormente enunciados. Los programas son de apoyo y orientación a la familia de origen, de recepción y cuidado del niño o niña, de evaluación técnica y preparación de la familia adoptiva y el de “búsqueda de raíces”⁽¹⁶³⁾.

4) Violencia intrafamiliar

Este fenómeno está regulado por la Ley N° 20.066⁽¹⁶⁴⁾, que en su artículo 5 la define señalando “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”. También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida recaiga en una persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

La violencia intrafamiliar o violencia doméstica, en términos generales, consiste básicamente en la situación de agresión física, sexual, psicológica o económica que sufre un miembro de un grupo familiar por otro miembro de ese mismo grupo⁽¹⁶⁵⁾.

Los elementos característicos de esta violencia (que se presentan en todas o casi todas las definiciones) son, esquemáticamente los siguientes:

- a) Uso intencional de la fuerza.
- b) Esta fuerza se usa de hecho o en forma de amenazas.
- c) El empleo de la fuerza causa o probablemente causará daño⁽¹⁶⁶⁾.
- d) La violencia ejercida es el resultado de una relación de poder.

Dentro del concepto de violencia intrafamiliar existen varias categorías, a saber:

- a) Maltrato infantil.
- b) Violencia en la pareja.
- c) Violencia en contra del adulto mayor.

En nuestro país la violencia experimentada por la mujer ha ido adquiriendo mayor connotación, aunque todavía no la suficiente. La que afecta a los niños y niñas, a nuestro entender aún no está completamente tratada.

En Chile este tema comienza a estudiarse con mayor detenimiento recién a fines de la década del 80, es así como un estudio realizado en 1993, que tenía por objeto medir la frecuencia de esta clase de agresiones, dio como resultado que el 80% de las mujeres consultadas respondió haberla experimentado durante el año 1987, mientras que durante el año 1988 el 62% dijo estarla viviendo en ese momento (la encuesta se realizó a mujeres cuyo promedio de edad era 34 años y abarcó siete ciudades del país)⁽¹⁶⁷⁾.

Otro estudio complementario efectuado en 1990⁽¹⁶⁸⁾ dio como resultado que del

(163) Con esto se reconoce la importancia creciente que tiene para los adoptados la búsqueda y reconocimiento de su verdadero origen biológico y socio-cultural. Ya existen más de 100 jóvenes que han desarrollado exitosamente este programa.

(164) Ley N° 20.066, promulgada el 22 de septiembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial de 7 de octubre de 2005, que deroga a la anterior Ley N° 19.325.

(165) En DOMOS (Corporación Centro de Desarrollo de la Mujer), entienden por violencia intrafamiliar “toda forma de abuso, discriminación, desigualdad y agresión—física, verbal, psicológica y sexual que tiene lugar al interior del núcleo familiar.” Del texto “Violencia Doméstica y Ámbito Local: la propuesta de intervención DOMOS”, María Eugenia Díaz Mujica, Ivonne Fernández Jiménez y Lorena Valdebenito Herrera. Corporación Centro de Desarrollo de la Mujer DOMOS. Primera Edición, enero de 2002. Página 27.

(166) En relación al elemento daño, debemos hacer presente que aunque es tentador resulta difícil, y veces altamente inconveniente, el “medir” la violencia en relación al daño causado, ya que puede que no sean absolutamente equivalentes, lo que puede acarrear graves confusiones que perjudiquen al sujeto agredido.

(167) Para conocer más antecedentes ver Larraín, Soledad. “Perspectiva Psicosocial y Jurídica de la Ley de Violencia Intrafamiliar”. Primera Parte. Universidad de Chile, Departamento de Psicología. SERNAM. Santiago, septiembre 1995. Página 61.

(168) El estudio fue efectuado por Guillermo Camus y aparece citado por Soledad Larraín en “Perspectiva Psicosocial y Jurídica de la Ley de Violencia Intrafamiliar”. Primera Parte. Universidad de Chile, Departamento de Psicología. SERNAM. Santiago, septiembre 1995. Página 73.

total de denuncias de violencia presentadas por mujeres ante los Juzgados de Policía Local, un 91% de ellas eran causadas por un agresor que tenía vínculo con la denunciante. Un 83,3 % fueron calificadas por los Jueces como “lesiones leves”, a pesar de que el 52% de las mujeres había sufrido más de tres lesiones. “Conforme a la investigación realizada por la abogada Nelly González (Análisis crítico sobre sentencia y expedientes del 1987 y 1988) se obtiene: que el delito de lesiones es el tercer delito de mayor frecuencia según estadísticas efectuadas en los años 81, 82, 83 y 84 por el INE, y que de las causas que por este delito se seguían, el 70% fueron sobreesidas temporalmente por falta de pruebas.”⁽¹⁶⁹⁾

El mismo estudio, dio como resultado que en las causas relativas a violencia intrafamiliar no hubo sanción para el autor de la agresión.

Existiendo estos antecedentes, y considerando los tratados internacionales suscritos por Chile, el 3 de enero de 1991 se creó el Servicio Nacional de la Mujer⁽¹⁷⁰⁾ (SERNAM), así se da cumplimiento al compromiso adquirido por Chile al ratificar la Convención de las Naciones Unidas sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Este organismo de carácter técnico, estatal y descentralizado debía asumir las siguientes tareas:

- Lograr para la mujer una real igualdad de derechos y oportunidades en el proceso social, económico, político y cultural de Chile.
- Valorar y dignificar su aporte a la sociedad, tanto en lo público como en lo privado.
- Proteger y fortalecer a la familia.

El balance de nuestra gestión política en torno a la violencia intrafamiliar, de cara al ámbito internacional, puede resumirse como sigue:

I. Informe de seguimiento de la aplicación de la Plataforma de acción de Beijing presentado por el Gobierno de Chile ante la división para el adelanto de la mujer (DAW) de Naciones Unidas. (Abril de 2004).

En el capítulo relativo a la Violencia contra la Mujer, podemos destacar lo que sigue:

- Según un estudio de prevalencia, realizado a solicitud de SERNAM, el 50,3% de las mujeres (actual o anteriormente casadas o en convivencia) residentes en la Región Metropolitana habían experimentado alguna forma de violencia de parte de su pareja (16,3% correspondía sólo a violencia psicológica y el 34% restante había experimentado violencia física y/o sexual).
- El SERNAM, en representación del estado chileno, ha asumido el cumplimiento de su responsabilidad y compromiso con la erradicación de este mal. Por eso es que ha desarrollado el Programa Nacional de Prevención de la Violencia Intrafamiliar, que en su labor de diez años ha logrado incorporar el tema de la violencia intrafamiliar a la “agenda pública”.
- La actividad de SERNAM básicamente se ha referido a la prevención de la violencia y al impulso de avances legislativos.
- En los últimos tres años (a la fecha de la emisión de este informe) se implementaron los “Centros de Atención Integral y Prevención de la Violencia Intrafamiliar”⁽¹⁷¹⁾.
- Se da cuenta de la existencia de un Proyecto que modifica la Ley N° 19.325⁽¹⁷²⁾.
- Menciona también que se encuentra en tramitación parlamentaria el Proyecto de ley para la creación de los Tribunales de Familia⁽¹⁷³⁾.
- Además destacan algunos planes, programas e intervenciones llevadas a cabo

(169) *Ibidem*. Página 60.

(170) Ley N° 19.023.

(171) Se llegaron a crear 23 Centros de este tipo a lo largo de Chile, están conformados por abogados/as, psicólogos/as, asistentes sociales, monitoras/es; quienes tienen por objeto dar atención especializada e interdisciplinaria a mujeres, niñas y niños afectados por violencia intrafamiliar. A la fecha del presente informe la intervención que se realizaba en dichos establecimientos se encontraba en proceso de revisión y evaluación, con el propósito de darles una nueva orientación.

(172) Corresponde al proyecto que actualmente se encuentra en tramitación, es decir, el que surgió por la indicación sustitutiva del Ejecutivo.

(173) Es nuestra actual Ley N° 19.968, publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004, que analizaremos en detalle más adelante.

(174) Ellas se realizaron durante el año 2003 en tres regiones del país, a partir del apoyo del PNUD, UNICEF, UNESCO y OPS unido al trabajo realizado entre el Ministerio de Salud y SERNAM. En estas reuniones intervinieron organizaciones de mujeres de la Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual e instituciones, profesionales y equipos vinculados al tema. Esta instancia tuvo por objeto promover acciones, tanto en el ámbito de la salud como en el de la educación, para lograr en el futuro una convivencia más democrática, inspirada en los principios de igualdad, respeto a la diversidad y resolución no adversarial de los conflictos.

(175) Esta actividad se realizó durante el año 2001 y estaba inserta en un plan de capacitación que buscaba alcanzar a un importante número de funcionarios públicos que se desempeñan en áreas relativas a la violencia intrafamiliar (jueces/zas, funcionarios/as judiciales, funcionarios/as públicos en general, de sectores de Educación, Salud, municipalidades, policías, etc.). Desde 1991 hasta 1999 se logró una cobertura de 24.000 funcionarios/as capacitados/as.

(176) Tales como: “Mujer con derechos, Mujer Ciudadana” (del año 2000), que tenía por objeto entregar a las mujeres información acerca de la Ley 19.325 y de los lugares dónde podrían solicitar apoyo. “No dejes que la violencia golpee a tu pareja” (2001), principalmente enfocada en la prevención de la violencia intrafamiliar en parejas jóvenes.

(177) Data de 1999 y, entre otras cosas, tipifica expresamente la violación marital. A partir de esa fecha y mediante Resolución Exenta N° 710 del Servicio Médico Legal, los profesionales de la salud de éste y otros servicios de esta naturaleza (hospitales, clínicas o establecimientos semejantes), públicos y privados están habilitados para practicar reconocimiento, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes acreditar el hecho y a la identificación de los perpetradores.

con diversos sectores gubernamentales, tales como: las “Mesas Interagenciales de Prevención en Violencia Intrafamiliar”⁽¹⁷⁴⁾, la publicación del “Manual de Aplicación de la Ley de Violencia Intrafamiliar”⁽¹⁷⁵⁾, diversas campañas en medios de comunicación⁽¹⁷⁶⁾, la reforma del Código Penal en materia de delitos sexuales⁽¹⁷⁷⁾, el reforzamiento de una red institucional de servicios que brindan apoyo especializado a las víctimas de violación y/o abuso sexual a mujeres, niñas y niños⁽¹⁷⁸⁾, se hacen oficiales las “Orientaciones Técnicas para la Atención del Maltrato Infantil y Violencia Intrafamiliar”, se inician actividades de prevención y atención en los Centros de Salud Mental Familiar (COSAM) y de prevención y detección en los Programas de Salud de la Mujer y Programa de Salud del Niño/a⁽¹⁷⁹⁾, implementación del proyecto “Crecer y desarrollarse en la Senda de la Afectividad Cotidiana”⁽¹⁸⁰⁾, se han desarrollado “Mesas de Prevención de Violencia Intrafamiliar”⁽¹⁸¹⁾.

- Expresa mención merece la implementación de la Reforma Procesal Penal, “la cual debe traducirse, entre otras cosas, en protección y buen trato a las víctimas y en procedimientos rápidos, eficaces y transparentes, todo lo cual va a beneficiar a las mujeres víctimas de agresiones graves y violencia sexual”⁽¹⁸²⁾⁽¹⁸³⁾.

- Se hace una referencia expresa a la violencia hacia las mujeres en sectores rurales⁽¹⁸⁴⁾. Los resultados arrojan que en el área urbana un 45,4% declaró haber experimentado situaciones de violencia, mientras que en el área rural la cifra se eleva a un 50,4%. De ellas, un 19,7% en el área urbana y un 17,1% de la rural han sufrido exclusivamente violencia psicológica. Mientras un 25,7% de las que viven en el área urbana y un 33% de las mujeres del área rural han experimentado situaciones de violencia física o sexual o ambos tipos de violencia. Para abordar este problema en los sectores rurales se han creado redes locales de apoyo y prevención que constituyen el primer elemento de acogida en donde se les proporciona información judicial y social.

- Respecto de las sanciones penales, en términos generales, se reconoce que en nuestra legislación la violencia ejercida en contra de la mujer no tiene asignada sanción específica y explícita, por cuanto sólo si la violencia causa lesiones menos graves o graves, se aplican penas privativas de libertad. A su vez la Ley de Violencia Intrafamiliar, no obstante su carácter civil, establece como sanciones la prisión hasta 60 días, multas, asistencia a terapia o programas educativos y realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

- Se hace presente que en Chile, debido a limitaciones de recursos, no existen casas de acogida gubernamentales para víctimas de violencia intrafamiliar, por eso es que SERNAM se ha coordinado a través de los Centros de Atención Integral y Prevención en Violencia Intrafamiliar, con las casas de acogida o refugios para mujeres existentes en el país. Ellas son escasas en relación a la potencial demanda, y son principalmente dependientes de organismos privados y/o religiosos⁽¹⁸⁵⁾.

- El caso específico de la violencia sexual es difícil de investigar, ya que las cifras que se conocen sólo corresponden a aquellos casos que se hacen públicos (sea a través de una denuncia o consulta médica en un centro de salud estatal). Sí podemos aproximarnos a las cifras reales⁽¹⁸⁶⁾.

- Según el Estudio Nacional de Comportamiento Sexual realizado por el Ministerio de Salud el año 2000 “más de 7 de cada 100 mujeres entrevistadas declara haber sufrido una violación. En casi la mitad de los casos, la violación ha constituido su iniciación sexual”⁽¹⁸⁷⁾. Este estudio confirmó el ya sabido hecho de que los agresores normalmente son familiares o personas conocidas de la víctima. Otros datos apuntan hacia el mismo sentido⁽¹⁸⁸⁾, la unidad de Sexología Forense del Servicio Médico Legal⁽¹⁸⁹⁾ realizó 1.889 peritajes de agresiones sexuales en la Región Me-

(178) Esta red está compuesta por organismos tales como CAVAS— Brigada de Delitos Sexuales y Menores dependiente de Policía de Investigaciones, Servicio Nacional de Menores, Servicio Médico Legal, dependientes del Ministerio de Justicia.

(179) Estos centros existen desde el año 1998, en cinco regiones del país, se conforman con profesionales de diversas áreas que pueden brindar atención interdisciplinaria. De un total de 28.597 personas atendidas durante el año 2001, 7.503 corresponden a mujeres víctimas de violencia, 3.044 a niños y 1.269 a agresores. Además se efectuaron 4.904 de actividades de prevención.

(180) Este programa se ha desarrollado en conjunto por SERNAM y la Junta de Jardines Infantiles desde 1999, su finalidad consiste en fortalecer el trabajo promocional con párvulos (pre-escolares) y sus familias para favorecer la construcción de relaciones sanas. Entre 1999 y 2001 se capacitó a 850 educadores/as, en 101 jardines infantiles de las 13 regiones del país, con una cobertura de 5.335 familias beneficiarias.

(181) Se han desarrollado durante el año 2002 y 2003, son integradas por SERNAM, Agencias de Naciones Unidas y representantes de la sociedad civil.

(182) Ver página 12 del comentado informe.

(183) Más adelante, en base a resultados que arrojan evaluaciones al nuevo sistema procesal penal veremos si es que esos anhelos han llegado a concretarse, o al menos están bien encaminados.

(184) “Detección y Análisis de la Prevalencia de la Violencia Intrafamiliar en la Región de la Araucanía”, Santiago, 2001.

(185) Durante estos años se logran crear 23 nuevos centros a nivel nacional, están vinculados a la Iglesia Metodista, Iglesia Católica, Hogar de Cristo, etc. Uno de los aportes que ha hecho este modelo es la creación de Grupos de Autoayuda.

(186) En 1992, por encargo de SERNAM, la Dirección de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile realizó una investigación que estimó que en Chile se cometen alrededor de 20.000 delitos sexuales, de los cuales sólo se denuncian entre el 15% y el 20% de los casos. De un total de 10 casos, 9 corresponderían a mujeres, la mayoría entre 5 y 14 años. Más del 70% de las agresiones son obra de personas conocidas o familiares de la víctima.

(187) Bravo, L. “Estudio Nacional de Comportamiento Sexual. Primeros análisis Chile 2000”, Ministerio de Salud, Comisión Nacional del SIDA, Agence Nationale de Recherches Sur la SIDA, Chile 2000”. Las personas encuestadas fueron 5.407 mujeres entre los 18 y los 69 años. La cifra mencionada se mantiene constante, no obstante las variaciones de edad y ubicación geográfica de las personas. Sí se observan diferencias al atender al nivel de escolaridad y nivel socioeconómico, así, según el primer factor la incidencia es de 11% en el nivel básico, 6,8% en el medio y 3,5% en el superior. Mientras que atendido el segundo

tropolitana y 4.395 en el resto del país. Del total de víctimas aproximadamente el 75% fueron menores de 18 años y el 80% fueron mujeres. Por su parte el Centro de Atención a Víctimas de Violencia Sexual (CAVAS)⁽¹⁹⁰⁾ atendió en el lapso de 10 años en todo el país a 5.439 víctimas, de las que el 80% eran menores de 18 años y el 78% eran mujeres. Otro estudio nos da cuenta de la situación de violencia sexual en las relaciones conyugales⁽¹⁹¹⁾, según el cual el 22,7% de las mujeres encuestadas declararon sufrir violencia sexual, de ellas el 21,4% corresponde a violencia sexual proveniente de relaciones sexuales forzadas por el cónyuge⁽¹⁹²⁾. El perfil de las mujeres afectadas por violencia sexual no habla de una mujer promedio de 41 años, de las que el 80% son casadas, 52% son “dueñas de casa”, 48% tienen una ocupación remunerada y el 47% enseñanza básica completa. En Chile se ha detectado que un 63% de las mujeres que han vivido situaciones de violencia física y/o sexual en la pareja presentan siete o más trastornos de salud mental⁽¹⁹³⁾.

II. Informe de Chile–2004. 32^a Asamblea de Delegadas de la Comisión Interamericana de Mujeres.

A propósito del tema que nos ocupa, sostiene:

- En relación a la violencia sexual, a la que se aludía en el informe anterior, éste complementa la información indicando que durante el año 2004 se contempló la “anticoncepción de emergencia”, cuya reglamentación instruye a los establecimientos de salud de la red pública respecto de la atención que debe proporcionarse a las víctimas de violencia sexual. Esta norma establece que las mujeres en edad reproductiva, que hayan sido víctimas de violencia sexual⁽¹⁹⁴⁾, deben ser informadas y ponerse a su disposición, en caso que así lo requieran, estos sistemas de anticoncepción, lo que les permite acceder de manera más expedita y menos onerosa a este método.
- Existe un apartado especial titulado “Eliminación de la violencia. Medidas de aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, en la que se enumeran y describen las políticas públicas y legislativas de la última década en relación a este tema⁽¹⁹⁵⁾.
- Dentro del capítulo “Principales Medidas Legislativas y Políticas Públicas del período 2003–2004” se mencionan: el proyecto de modificación de la Ley 19.325⁽¹⁹⁶⁾, la reciente promulgación de la Ley 19.968 que crea los nuevos Tribunales de Familia⁽¹⁹⁷⁾, la paulatina implementación de la Reforma Procesal Penal, la conmemoración del Día Internacional de la No Violencia contra las Mujeres⁽¹⁹⁸⁾, el Ministerio del Interior incluyó dentro de su política de Seguridad Ciudadana no sólo la violencia delincuencia sino también a la violencia intrafamiliar⁽¹⁹⁹⁾⁽²⁰⁰⁾.

Podemos analizar algunas relaciones entre Violencia Intrafamiliar y algunas leyes particulares, tales como, la ley de Matrimonio Civil.

El 17 de mayo del año 2004, se promulgó la ley 19.947, conocida como Ley de Matrimonio Civil, la que comenzó a regir el día 18 de noviembre de 2004, ella reemplaza a nuestra antigua ley de 10 de enero de 1884. Lo que queremos analizar es si el fenómeno de la violencia intrafamiliar tiene alguna incidencia en el matrimonio regulado por la ley actual.

Debemos tener presente que el principio inspirador de esta ley es la protección a la familia, de él derivan tres subprincipios: protección al matrimonio, protección al cónyuge más débil y protección a los hijos/as. Dentro de este marco ¿qué influencia tiene la violencia intrafamiliar?

En lo que se refiere a la protección de la familia, destacamos que el artículo 1º prescribe claramente que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

alcanza al 5,1% en el nivel medio–alto y el 10,2% en el más desfavorecido.

(188) Estadísticas del Servicio Médico Legal, años 2000 y 2001.

(189) El Servicio Médico Legal y más específicamente su Unidad de Sexología Forense, tiene la función de realizar las pericias relativas a agresiones sexuales certificando la existencia de dichas agresiones y así apoyar la labor de los tribunales de Justicia. Desde agosto de 1995 atiende las 24 horas del día, incluyendo fines de semana y festivos, cuenta con un equipo profesional altamente especializado y con instrumental de última generación para detectar mínimas lesiones, enfermedades de transmisión sexual y tomar muestras biológicas para exámenes de ADN.

(190) Este organismo, dependiente de la Policía de Investigaciones de Chile, fue creado en 1987 y tiene por misión informar, orientar y sensibilizar a la comunidad respecto de las agresiones sexuales, busca dar una visión realista acerca del delito, creando conciencia acerca de lo que este abuso implica educando, de esta forma, a la comunidad. Este centro trabaja con un equipo interdisciplinario formado por psicólogos/as, psiquiatras, asistentes sociales, entre otros, cuya principal función es la recuperación de las víctimas a las que se les brinda gratuitamente atención policial, psicológica, jurídica y social, con independencia de la denuncia judicial.

(191) Calvin, P. y Toro, C. “Violencia Sexual y Conyugal y Oferta Pública de Servicios para su Atención”, 1º Informe Investigación “Violencia Conyugal en San Ramón”, Educación Popular en Salud–EPES, mayo 2001.

(192) Recordamos que en el año 1999 se reformó el Código Penal en materia de delitos sexuales y se tipificó expresamente la “violación marital”. Se le asigna pleno valor probatorio a los certificados médicos emitidos por cualquier entidad y establece medidas de protección a las víctimas.

(193) SERNAM: “Detección y Análisis Prevalencia de la Violencia Intrafamiliar”, Santiago, julio de 2001.

(194) Según hemos visto un gran número de casos de esta violencia ocurren al interior de la familia, de donde resulta que la “anticoncepción de emergencia” tiene lugar también en este ámbito.

(195) Hacemos presente que esta materia ya la abordamos en el punto anterior, ver “I. Informe de seguimiento de la aplicación de la Plataforma de acción de Beijing presentado por el Gobierno de Chile ante la división para el adelanto de la mujer (DAW) de Naciones Unidas. (Abril de 2004).” Por eso es que ahora sólo nos dedicamos a los aspectos no mencionados en el anterior.

(196) Anteriormente tratado.

(197) Esta ley, de 30 de agosto de 2004, impacta fuertemente sobre la forma en que se aplicará la Ley de Violencia Intrafamiliar, por cuanto establece un procedimiento especial. Por la importancia de este tema, es que lo desarrollaremos separadamente más adelante.

El matrimonio es la base principal de la familia”. Es decir, la ley hace eco del inciso segundo del artículo 1° de nuestra Carta Fundamental, también corrobora los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos 16.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23; Pacto de San José de Costa Rica), pero agrega algo interesante y es que se deja constancia expresa que el matrimonio, obviamente, no es la única base de la familia, pero sí es considerado como la fuente principal, esto explicaría el que exista una ley especial (la que estamos comentando) que se encarga de regularlo en detalle⁽²⁰¹⁾.

Pensamos que la violencia intrafamiliar puede repercutir en los siguientes aspectos:

1. Consentimiento matrimonial.

Para comprender bien este aspecto digamos que la Ley N° 19.947, no ha prescrito un nuevo concepto de matrimonio, por eso es que en nuestra legislación seguimos entendiendo por él, lo señalado en el artículo 102 del Código Civil, es decir, “El matrimonio es un contrato solemne por el que un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Según esta definición entonces el matrimonio es un contrato⁽²⁰²⁾, sin embargo, parece ser que la mejor forma de entender esto no es en los términos del artículo 1438 del Código Civil, definición que se aplica preferentemente en aquellos que regulan relaciones patrimoniales; sino que con la voz “contrato” simplemente se ha querido enfatizar la trascendencia que tiene el consentimiento matrimonial. Entendiendo por tal simplemente el acuerdo de voluntades manifestado por quienes desean contraer matrimonio, destinado a aceptar la comunidad de vida que éste implica.

Recordemos que esta especial convención —el matrimonio— busca generar derechos y obligaciones no sólo entre los contrayentes sino que también en relación a sus descendientes, e incluso con respecto a terceros, justamente es respecto de los descendientes, particularmente los niños/as, es que creemos interesante analizar la repercusión que puede tener la violencia intrafamiliar en la constitución de una familia que desde sus inicios se ha visto influida por dicha violencia.

El “consentimiento matrimonial” es esencial para entender que estamos ante un matrimonio existente en el mundo jurídico. Pero además interesa conocer la “calidad” de ese consentimiento, es decir, deberá ser otorgado libre y espontáneamente, sólo así podremos afirmar que además de existir, ese matrimonio es válido.

De un importante conjunto de normas aparece claramente que la intención del legislador marcha en orden a proteger el consentimiento matrimonial, el que, como señalábamos, además deberá ser libre y espontáneo. Desde luego a ese consentimiento le faltará la libertad si pensamos en aquellas situaciones en que al momento de prestarlo, la persona se encuentre sufriendo violencia intrafamiliar. La constatación de este hecho —presencia de violencia intrafamiliar— que impide la formación de un consentimiento sano, es decir, libre y espontáneo, acarreará importantes consecuencias, ya que se configurarán algunas causales que ocasionarán la suspensión de algunos de sus efectos y otras que directamente significarán el término del matrimonio, según veremos a continuación.

2. Derechos y deberes entre los cónyuges (“relaciones personales entre los cónyuges”).

Hemos indicado que el matrimonio es un “contrato” que genera trascendentes efectos entre los cónyuges (como también respecto de otras personas distintas: descendientes e incluso terceros), nos interesa ahondar en dichas consecuencias,

(198) Celebración efectuada el 25 de noviembre de 2003 en que se realizaron diversas actividades en el país, cuyo mensaje fundamental fue dirigido a comprometer a los hombres en la lucha por esta causa, intentando promover en Chile una idea (“Campaña del lazo blanco”) que ha tenido gran impacto en Europa.

(199) Esto ocurrió en el año 2002, luego de redefinir el fenómeno de la violencia intrafamiliar, que ya no se observa como exclusivamente circunscrita al ámbito privado de la familia, sino como una forma particular de violencia que se relaciona también con la inseguridad que sienten los ciudadanos/as que la sufren, sus testigos y la comunidad toda. Además este tema tiene importantes repercusiones en el aumento de la delincuencia, ya que en las familias que la sufren tiende a haber mayor presencia de jóvenes que viven situaciones de delincuencia, drogadicción, alcoholismo, deserción escolar y embarazo adolescente. Esto ha significado que se incorpore la violencia intrafamiliar al debate de los Comités de Seguridad Ciudadana, sea en el ámbito vecinal o comunal. Del mismo modo SERNAM se integra a la Comisión Interministerial de Seguridad Ciudadana, la que tiene como tarea fundamental la construcción de una propuesta de política pública en la materia.

(200) Resulta importante destacar la labor desarrollada por la Dirección de Protección Policial de la Familia (DIPROFAM) de Carabineros, ya que según sus propias estadísticas un 84% que experimenta violencia intrafamiliar acude directamente a Carabineros, sólo el 16% restante se dirige a los tribunales.

(201) La Ley N° 19.947 regula los requisitos para contraer matrimonio, la celebración del mismo, el divorcio, la nulidad del matrimonio y los medios para aminorar los efectos de la ruptura matrimonial.

(202) Esto nos recuerda una antigua discusión acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, para algunos se trata de un verdadero contrato (tal como aparece de manifiesto en la definición), para otros estaremos ante una institución (atendidas las importantes consecuencias de vida que acarrea para los involucrados), sólo enunciamos este tema por cuanto escapa a la materia en estudio.

ya que resultarán seriamente afectadas por el fenómeno de la violencia que se viva en el seno del matrimonio.

El matrimonio genera, entonces, una serie de derechos y deberes entre los cónyuges, qué entendemos por ellos; según el profesor Federico Puig Peña se trata de “un conjunto complejo de deberes y facultades situados en la persona de cada uno de los cónyuges, desprendidos, por así decirlo, inmediatamente de la naturaleza y esencia misma de la institución. Son lazos de unión instalados en la misma pareja sin trascendencia exterior, y no se conciben sin el matrimonio ni tienen otro alcance que dar realidad a los designios fundamentales del mismo.”⁽²⁰³⁾

(203) Federico Puig Peña, “Tratado de Derecho Civil Español”. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1947. Tomo II, página 217.

Estos derechos y deberes entre los cónyuges son los de fidelidad, socorro, ayuda mutua, respeto y protección recíprocos, vivir en el hogar común, cohabitación o débito conyugal, suministrarse los auxilios para sus acciones y defensas judiciales.

Este capítulo presenta las siguientes características:

a) Nuestro Código Civil dedica a este tema el Título VI, del Libro I (artículos 131 al 140 ambos inclusive), cuyo epígrafe es “Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges”. La misma Ley 19.947 en su artículo 1 inciso 3º también lo enuncia.

b) Afectan sólo a los cónyuges. Los terceros únicamente deben respetar las situaciones creadas entre los cónyuges debido a estos efectos personales.

c) Se trata de deberes y derechos recíprocos⁽²⁰⁴⁾. La reciprocidad de los deberes y derechos entre los cónyuges implica solamente que el deber afecta al marido y a la mujer, y a su vez el derecho correlativo corresponde a la mujer y al marido⁽²⁰⁵⁾.

(204) Recordamos que hasta 1989 existían algunos deberes individuales, como por ejemplo el de obediencia que afectaba a la mujer y el de protección que correspondía al marido. En la actualidad todos son recíprocos, lo que demuestra un avance en el camino hacia una mayor igualdad en el trato entre marido y mujer.

d) El contenido de estos derechos y deberes tiene una marcada connotación ética, la que unida a las anteriores características, hace que no sea posible obtener el cumplimiento forzado o compulsivo de ellos. Es decir, su cumplimiento queda entregado fundamentalmente a la conciencia de los cónyuges, por eso es que resulta difícil establecer un adecuado sistema de sanciones si es que se incumplen.

(205) Esta reciprocidad no es la prototípica de los contratos bilaterales, la que se caracteriza, por ejemplo, porque si una de las partes no cumple, la otra tampoco se constituirá en mora con su incumplimiento.

e) En general las obligaciones son de carácter positivo, ya que consisten en un hacer.

f) La nueva Ley de Matrimonio Civil ha considerado estos derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges para dar forma a una serie de instituciones, a saber: capacidad para contraer matrimonio, causal de nulidad matrimonial, causal de separación judicial y causal de divorcio.

Desde ahora nos dedicaremos a analizar sólo aquellos derechos y deberes, que al ser afectados por el fenómeno de la violencia intrafamiliar generen una incapacidad para contraer matrimonio o una causal de nulidad matrimonial, de separación judicial o de divorcio, fenómenos todos, que finalmente inciden en el entorno familiar de los niños y niñas.

a) En cuanto a la capacidad para contraer matrimonio:

Para entender que un matrimonio es válido, éste debe reunir ciertos requisitos, los que están reseñados en el artículo 4 de la Ley de Matrimonio Civil y son:

1. Consentimiento libre y espontáneo. (En relación a los artículos 8 y 44 letra b, de la L.M.C.). Tema que recién analizamos.
2. Capacidad de los contrayentes. (En relación a los artículos 5, 6, 7 y 44 letra a, de la L.M.C.). Asunto del que nos ocuparemos ahora.
3. Formalidades legales. (En relación a los artículos 17 y 45 de la L.M.C.). Respecto a este último requisito, sólo lo enunciamos para tener una visión completa de los

elementos de validez del matrimonio, pero no lo desarrollaremos ya que la violencia al interior de la familia no incide en el cumplimiento de estas formalidades.

En cuanto a la capacidad de las personas para celebrar un matrimonio, se sigue la regla general, es decir, toda persona se estima capaz para contraerlo, salvo aquellos que la ley expresamente declare incapaces.

El artículo 5 prescribe quienes no están capacitados para celebrar el matrimonio, ahora nos interesan particularmente los números 3 y 4, puesto que aquí nos encontraremos con personas que no se estiman capacitadas porque no pueden formar la comunidad de vida que significa contraerlo, o sea, no pueden cumplir con los derechos y deberes personales que el matrimonio trae aparejado, esto puede deberse justamente a conductas que constituyan violencia intrafamiliar.

“3° Los que se hallaren privados del uso de razón; y los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;”

Aquí se contienen dos causales:

i) “Los que se hallaren privados del uso de razón.”

Son personas que se encuentran en esta circunstancia de modo transitorio o permanente. El legislador no considera una determinada causal, por lo tanto puede tratarse de un demente sometido a interdicción, o un demente no sometido a ella, o puede ser una persona en estado de ebriedad o una persona bajo la influencia de drogas o una persona que realice actos de violencia intrafamiliar.

ii) “...los que por un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio;”

En este caso existe un trastorno o anomalía psíquica (entendemos que puede ser de carácter psiquiátrico o psicológico), que impide de manera absoluta formar la comunidad de vida que resulta del matrimonio.

Destacamos que en este caso lo esencial consiste en que estamos ante una persona, que en las circunstancias ya descritas, no puede “formar la comunidad de vida que implica el matrimonio”. Esta expresión no está definida por el legislador, por lo que debemos entenderla en su sentido natural y obvio, por ello es que estimamos que se incluirá en este caso, junto a muchos otros, a aquel de los futuros cónyuges que ejerce actos de violencia intrafamiliar en contra del otro.

A su turno el número siguiente prescribe “4° Los que carecieren de suficiente juicio o discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio.”

La causal se produce por carecer de suficiente juicio o por carecer de suficiente discernimiento, vale decir son circunstancias disyuntivas.

La ley atiende, bajo estos aspectos, a la ausencia de juicio o discernimiento dirigido éste hacia un fin específico, particular; como es comprender cuáles son los efectos del matrimonio. A pesar de que la Ley de Matrimonio Civil no dice cuáles son esos efectos debemos entenderlos referidos a los contenidos en los artículos 102 y 131 del Código Civil⁽²⁰⁶⁾.

Algunas características de esta incapacidad son las siguientes:

a. En este caso se refiere a la carencia de la facultad para estimar y ponderar, con juicio práctico, el matrimonio que se ha de contraer y los derechos y deberes que le son esenciales.

(206) Esta disposición reconoce como fuente al Código de Derecho Canónico (Canon 1095.2), aunque en el proceso legislativo se introdujeron algunas variaciones que hacen más difícil su interpretación.

b. La Comisión de Constitución del Senado aprobó hacer inseparables las “exigencias de comprensión” y “compromiso” respecto de los derechos y deberes esenciales del matrimonio. Con esto se pretendió restringir la causal de nulidad ya que la redacción actual exige carecer de capacidad para formarse juicios y además no tener la voluntad para comprometerse.

c. Se consideran como derechos y deberes esenciales del matrimonio aquellos que específicamente aparecen reconocidos en el Código Civil en el contexto general marcado por el artículo 102⁽²⁰⁷⁾ y que se describen a partir del artículo 131⁽²⁰⁸⁾.

Las causales de los números 3 y 4 son directas, expresadas en términos amplios y generales⁽²⁰⁹⁾.

b) Causal de nulidad matrimonial:

Por la sentencia judicial firme que declara la nulidad, se produce el término del matrimonio, por lo tanto, podemos definir la nulidad matrimonial como una sanción de ineficacia que afecta al matrimonio, consistente en la pérdida de todas sus consecuencias jurídicas, por la concurrencia de alguna causa legal existente al momento de su celebración. (Artículo 42 N° 3 de la L.M.C.)⁽²¹⁰⁾.

Según el artículo 44 de la Ley de Matrimonio Civil “El matrimonio sólo podrá ser declarado nulo por alguna de las siguientes causales, que deben haber existido al tiempo de su celebración: a) Cuando uno de los contratantes tuviese alguna de las incapacidades señaladas en el artículo 5°, 6° ó 7°⁽²¹¹⁾ de esta ley,...” Para el tema que estamos analizando nos interesan sólo las situaciones recién descritas, de los números 3 y 4 del artículo 5. En otros términos, si una persona contrae matrimonio encontrándose privada del uso de razón o sufre de un trastorno o anomalía psíquica, fehacientemente diagnosticada, que la hace incapaz para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio; o carece del suficiente juicio y discernimiento para comprender y comprometerse con los derechos y deberes esenciales del matrimonio; y esto queda demostrado porque uno de los cónyuges es autor de violencia intrafamiliar en contra del otro, entonces estaremos ante un matrimonio susceptible de ser anulado.

c) Causal de separación judicial:

Por separación judicial, podemos entender aquella institución que se origina cuando los cónyuges han dejado de vivir juntos, que produce la suspensión de ciertos efectos de matrimonio⁽²¹²⁾ en virtud de una sentencia judicial ejecutoria, pero que no implica la ruptura del vínculo matrimonial⁽²¹³⁾.

El artículo 26 de la Ley de Matrimonio Civil contempla una causal genérica de separación judicial, la que podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare una falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos/as, que torne intolerable la vida en común.

Pensamos que si un matrimonio vive la violencia intrafamiliar, esta medida podría ser la primera que se adoptara, por eso es que el propio artículo 29 de la ley expresamente prescribe que “La separación podrá solicitarse también en el procedimiento a que dé lugar.... una denuncia por violencia intrafamiliar producida entre los cónyuges...”, esto porque claramente la violencia intrafamiliar constituye una grave vulneración de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, que además hace intolerable la vida en común.

d) Causal de divorcio:

Según los artículos 42, número 4° y 53 de la Ley 19.947, por la sentencia firme

(207) A saber, vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

(208) Estos son: deber de guardarse fe, socorro, ayuda mutua y respeto y protección recíprocos.

(209) En opinión de los profesores Javier Barrientos G. y Aránzazu Novales A. (“Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. Editorial LexisNexis, 2ª Edición, agosto de 2004. Santiago, Chile. Páginas 448 y 449) estas carencias obstan a la formación libre y espontánea del consentimiento matrimonial. Es decir, miran más bien al primer requisito de validez del matrimonio y no a la capacidad de las partes. No obstante nuestra diferencia de enfoque, ambas visiones coinciden en los resultados.

(210) Lo normal es que la nulidad opere con efecto retroactivo, salvo las excepciones previstas por el propio legislador en materia de matrimonio putativo, que es en verdad una forma especial de nulidad matrimonial.

(211) **Art. 6°:** No podrán contraer matrimonio entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad o por afinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado.

Los impedimentos para contraerlo derivados de la adopción se establecen por las leyes especiales que la regulan.

Art. 7°: El cónyuge sobreviviente no podrá contraer matrimonio con el imputado contra quien se hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de este delito.

(212) Los deberes y derechos personales que se suspenden son aquellos que no pueden naturalmente ejercerse pues resultan incompatibles con la vida separada de los cónyuges, tales como el derecho—deber de cohabitación y el derecho—deber de fidelidad. Los demás se conservan.

(213) Se sostiene que esta figura ha venido a reemplazar en la nueva legislación, al divorcio no vincular que anteriormente contemplaba la Ley de Matrimonio Civil.

que declara el divorcio se pone término al matrimonio. Por eso es que se entiende por “divorcio” a aquella institución jurídica que supone la existencia de un matrimonio válido, que ha producido todas sus consecuencias de derecho, pero ante la presencia de ciertas causales establecidas por el legislador, puede declararse terminado en virtud de una sentencia judicial.

El Artículo 54 en su inciso 1° configura también una causal genérica, podrá ser demandado el divorcio por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos/as, que torne intolerable la vida en común⁽²¹⁴⁾.

El inciso segundo de esta misma disposición describe ciertos hechos demostrativos de la existencia de la causal genérica, esta enumeración no es taxativa, lo que se desprende de su propio tenor literal (“Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:”). Creemos que la violencia intrafamiliar está claramente contenida en algunos de estos numerales, a saber:

“1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;

2° Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio...

3° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

6° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.”

Por lo tanto, el autor de la violencia intrafamiliar podrá resultar demandado por divorcio si su cónyuge la encuadra dentro de cualquiera de las causales recién mencionadas.

Pero, específicamente, ¿cuáles son los derechos y deberes entre los cónyuges que son susceptibles de ser infringidos por actos de violencia intrafamiliar y que generarán alguna de las instituciones descritas?

Estimamos que son los siguientes:

1. Derecho—deber de socorro.

El artículo 131 del Código Civil prescribe que “Los cónyuges están obligados a ... socorrerse... en todas las circunstancias de la vida”. A su turno, el artículo 134 del mismo cuerpo legal contempla “El marido y la mujer deben proveer de las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie.”

Según señalan los especialistas en temas de violencia al interior de la pareja, una de sus formas es la llamada “violencia económica”, que se puede manifestar a través del control, incluso excesivo, de los bienes, de la amenaza de destrucción de los mismos o del sometimiento de uno de los cónyuges al otro por el ejercicio del poder económico.

Este deber de socorro, que puede definirse como la obligación que tienen los cónyuges de suministrarse los medios económicos necesarios para la vida, puede incumplirse por este tipo de violencia.

Este deber de socorro aparece normalmente vinculado al deber de darse alimentos, que pesa sobre los cónyuges, (artículo 321 del Código Civil), nuestra jurisprudencia

(214) Vemos que se reitera la redacción del artículo 26, relativo a la separación judicial, de donde es posible concluir que el legislador le da la libertad a los cónyuges para solicitar una u otra declaración.

dencia también así lo demuestra, por ejemplo en una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el 24 de mayo de 1999, confirmada luego por la Corte Suprema, vía casación el 21 de junio de 2000, se establece que: “Contrariamente a lo sostenido por la actora, todos los antecedentes que obran en los autos llevan a la conclusión que el demandado ha cumplido cabalmente con el deber de socorro tanto respecto de su cónyuge como de sus hijos. Que así resulta del mérito de la causa sobre alimentos Rol N° 6.195 del Juzgado de Menores de esta ciudad, tenido a la vista, en que las partes llegaron a un avenimiento sin que fuere menester que se agotaran las etapas procesales para fijar el monto de la pensión alimenticia y sin que el demandado haya tenido que ser apremiado para cumplir dicho avenimiento^{(215) (216)}.”

Debemos, sí reconocer que nuestros tribunales han entendido que este deber no concluye en el derecho de los alimentos, sino que, muy por el contrario, alcanza otras áreas del ámbito familiar patrimonial. Así la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia del 4 de agosto de 2000, ha declarado que representan el cumplimiento del deber de socorro, consagrado en el artículo 131 del Código Civil, las actuaciones del marido consistentes en afiliar a su cónyuge, separada de hecho, a una institución de salud previsual, y el constituirse en fiador solidario del pago de las rentas de arrendamiento de la casa en que habita su cónyuge⁽²¹⁷⁾. Respecto de este deber, los cónyuges pueden encontrarse en diversas situaciones:

a) Casados bajo régimen de sociedad conyugal y viviendo en el hogar común: la sociedad es obligada a solventar dichos gastos. (Artículo 174o N° 5 Código Civil).

b) Casados bajo régimen de separación de bienes o de participación en los gananciales: marido y mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie. En el estado de separación ambos deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades. (Artículos 134 y 16o Código Civil).

c) Separados judicialmente: como veíamos recién, en el estado de separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades. Recordamos que en este caso el cónyuge “culpable” tendrá derecho para que el otro cónyuge le dé lo que necesita para su modesta sustentación, en este caso el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta observada por el alimentario⁽²¹⁸⁾ antes, durante y después del juicio respectivo. (Aquí también se aplica lo referente a la sanción para el “cónyuge culpable”, quien no podrá suceder abintestato al otro cónyuge)⁽²¹⁹⁾.

(Artículos 16o y 175 Código Civil. Artículos 27, 33 y 35 Ley de Matrimonio Civil).

d) Cónyuges separados de hecho: Aplicamos el régimen del artículo 16o Código Civil, considerando que en este caso los cónyuges “...podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban...” (Artículo 21 Ley de Matrimonio Civil).

e) Cónyuges divorciados: Entre ellos este deber ya no existe, puesto que el artículo 53 prescribe claramente que el divorcio pone término al matrimonio y, por ende, a la comunidad de vida que él significa, incluyendo todos sus efectos, determinados por sus fines. A su vez, el artículo 6o nos indica que el divorcio pone fin al derecho de alimentos, entre otros.

En resumen desaparecen los derechos y las obligaciones recíprocas que hubo entre los cónyuges durante la existencia del matrimonio.

f) “Cónyuges”⁽²²⁰⁾ anulados: según el artículo 5o inciso 1° una vez declarada la nulidad se considerará que las partes no contrajeron matrimonio alguno, por lo tanto nunca existió este derecho—deber entre ellos.

(215) Esta sentencia se encuentra extractada en “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. Editorial LexisNexis, 2ª Edición, agosto de 2004. Santiago, Chile. De Javier Barrientos G. y Aránzazu Novales A. Página 287.

(216) Conviene hacer presente que nuestra doctrina, también ha tratado de resolver la interrogante acerca de si el deber de socorro y el deber de pagar alimentos son una misma obligación, o son diversas. Existen opiniones:

a) Los profesores Luis Claro Solar y Arturo Alessandri, entre otros, piensan que se trata de un mismo deber. Lo que ocurre es que durante la vida normal del matrimonio este deber de los cónyuges de prestarse alimentos se cumple a través del “deber de socorro”, es decir, se entregan periódicamente dinero o bienes distintos del dinero, para la mantención del hogar común. Pero cuando fracasa la vida matrimonial normal, entonces ese mismo deber se cumple a través de un mecanismo distinto, el de las prestaciones alimenticias.

b) Elena Caffarena de Jiles, en cambio, no obstante reconoce inicialmente que existe semejanza entre ambos deberes, sostiene finalmente que entre los cónyuges lo normal es que existan el deber de socorro (que se cumple de forma regular y periódica), pero cuando ello no resulta posible porque se ha roto la armonía conyugal, entonces también fracasa este deber de socorro, surgiendo una obligación distinta que es el deber de prestarse alimentos.

(217) La sentencia se encuentra extractada en “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno”. Editorial LexisNexis, 2ª Edición, agosto de 2004. Santiago, Chile. De Javier Barrientos G. y Aránzazu Novales A. Página 287.

(218) “Alimentario” es la persona que tiene el derecho a reclamar los alimentos.

(219) Es decir, no podrá ser sucesor en la herencia intestada de su cónyuge, esta es una sanción civil importante.

(220) Hablamos de “cónyuges”, sólo para dejar claramente establecido a qué sujetos nos referimos, ya que en estricto sentido no lo son; esto por cuanto al declararse la nulidad del matrimonio se entiende que éste no se celebró, por tanto quienes intervinieron en él nunca han tenido la calidad de “cónyuges”.

• Sanciones:

Queremos averiguar cuáles son las consecuencias que el incumplimiento de este derecho-deber puede acarrear para los cónyuges, recordamos que para los efectos de este trabajo partimos de la hipótesis que ese incumplimiento se ha debido a violencia intrafamiliar. No obstante ello, debemos tener presente que cualquier otro hecho diverso, que implique el desconocimiento de este derecho-deber, derivará en las mismas sanciones.

a) Causal de separación judicial:

Por aplicación del artículo 26 inciso 1° de la Ley Matrimonio Civil, la violencia económica puede constituir una grave infracción al deber de socorro, por lo tanto, estamos ante una falta imputable a ese cónyuge y que constituye una violación grave a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, es decir, se configura la causal genérica de separación judicial.

Limitaciones:

La acción para intentar la separación judicial corresponde sólo al cónyuge que no ha dado lugar a la causal.

Debido a lo anterior, el cónyuge que hubiese dado lugar a la separación por su culpa, además experimentará las siguientes sanciones:

1. El cónyuge inocente podrá revocarle las donaciones. (Artículo 172 Código Civil)⁽²²¹⁾.
2. El cónyuge “culpable” sólo tendrá derecho a que el otro cónyuge le provea de lo necesario para su modesta sustentación, en este caso el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario antes del juicio respectivo, durante su desarrollo o con posterioridad a él. (Artículo 175 Código Civil).
3. El cónyuge “culpable” no tendrá derecho a suceder abintestato a su otro cónyuge⁽²²²⁾. (Artículo 994 inciso 1° Código Civil).
4. El cónyuge “culpable” pierde su calidad de legitimario⁽²²³⁾. (Artículo 1182 inciso 2° Código Civil).

b) Causal de divorcio:

Comentamos antes que el inciso 1° del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil consagra una causal genérica de divorcio “...falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que le impone el matrimonio”.

A mayor abundamiento, el mismo artículo 54, en su N° 2, al enunciar los hechos que, entre otras cosas constituyen la causal genérica ya expresada, prescribe: “Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propio del matrimonio”.

Por lo tanto, puede demandarse el divorcio invocando cualquiera de estas causas, cuando los hechos en que se sustenta constituyen violencia intrafamiliar.

c) Causal para que la mujer impetre la separación judicial de bienes:

En virtud del artículo 155, inciso 2° del Código Civil, la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal podrá solicitar la separación judicial de los bienes a través de dos vías:

1. Si el marido por su culpa, no cumple con las obligaciones que imponen los artículos 131 y 134 del Código Civil (recordemos que el deber de socorro se consagra en el artículo 134), por lo que la mujer víctima de violencia intrafamiliar podría

(221) Esto significa que el cónyuge que ha sido víctima de la violencia intrafamiliar (incluyendo la “violencia económica”, ya descrita), puede dejar sin efecto las donaciones que le hubiere hecho al otro cónyuge, quien es el autor de dichos actos violentos.

(222) Ver nota n° 136.

(223) Es decir, pierde su derecho a llevar una asignación sucesoria de carácter forzoso que se denomina “legítima” y que se define como “aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”. Justamente el cónyuge sobreviviente es un legitimario, si él hubiese incumplido el deber de socorro respecto del cónyuge que ha fallecido, entonces el sobreviviente pierde esa calidad. Por eso constituye una sanción.

pedir esta separación judicial de bienes.

2. O si el marido incurre en alguna causal de separación judicial, según los términos del artículo 26 Ley de Matrimonio Civil⁽²²⁴⁾.

2. Derecho—deber de ayuda mutua.

También está consagrado en el artículo 131 del Código Civil. “Los cónyuges están obligados a...ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”. Además se desprende de la misma definición de matrimonio⁽²²⁵⁾.

Consiste en la obligación que tienen los cónyuges de brindarse recíprocamente los cuidados personales y constantes que fueren necesarios en todas las circunstancias de sus vidas.

Los autores señalan que las expresiones más elevadas de solidaridad y de amor conyugal son las que contempla este deber de auxilio mutuo, ya que implica precisamente la atención personal de un cónyuge para con el otro. Por eso mismo es que resulta evidente que cualquier acto que constituya violencia intrafamiliar resulta absolutamente contrapuesto al cumplimiento de este derecho—deber.

• Sanciones:

La vulneración de este deber de ayuda mutua, por haberse cometido un acto de violencia intrafamiliar, entre otras varias causales, puede originar las sanciones ya estudiadas, esto es:

- a) Causal de separación judicial. (Artículo 26 de la L.M.C).
- b) Causal de divorcio. (Artículo 54 de la L.M.C).
- c) Causal de separación judicial de bienes. (Artículo 155 inciso 2º del Código Civil).

3. Derecho—deber de respeto y protección recíprocos.

En la parte final del artículo 131 del Código Civil se prescribe que “El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”.

Estos deberes se encuentran íntimamente relacionados con el deber de auxilio mutuo. Entendemos que lo que el legislador ha querido explicitar es que tratándose de los cónyuges, entre ellos, se deben un respeto que va más allá del nivel normal de respeto que nos debemos unos a otros, esto por la especial comunidad de vida que surge a raíz del matrimonio.

El deber de respeto hace que se excluya entre los cónyuges, todo acto que signifique alguna forma de agresión. A su vez, estimamos que el deber de protección tiene entre sus manifestaciones jurídicas, instituciones como el llamado preferente que se hace al cónyuge para que ejerza la curaduría respecto de otro, o la que asegura que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges ya que de esta forma se protegen los derechos del otro. (Artículo 2509 inciso final Código Civil). Otra vez es notorio que la violencia intrafamiliar transgrede gravemente estos derechos—deberes mutuos entre los cónyuges.

• Sanciones:

La infracción a estos deberes produce las siguientes sanciones:

- a) Causal de separación judicial. (Artículo 26 de la L.M.C).
- b) Causal de divorcio. (Artículo 54 de la L.M.C.). Además de esta causal genérica, estimamos que los hechos de los N° 1, 3, 5 y 6 demuestran una total falta de respeto a estos deberes, como ya comentamos.
- c) Causal de separación judicial de bienes. (Artículo 155 inciso 2º del Código Civil).

(224) Es decir, aquí aplicamos todo lo revisado en la letra A. “Causal de separación Judicial”.

(225) Art. 102 del Código Civil: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.

• **Violencia Intrafamiliar en el contexto de los nuevos Tribunales de Familia.**

Después de muchos años de espera, el 30 de agosto de 2004, se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia. Ellos comenzaron a funcionar a partir del 1 de octubre de 2005, en todo el país (artículo 134 de la Ley 19.968)⁽²²⁶⁾. Con ella se concreta una aspiración que se había manifestando en varios de los proyectos de ley que han tratado de mejorar nuestra ley de violencia intrafamiliar.

Ya en el mensaje de la ley que crea los Tribunales de Familia, se ponía énfasis en "... la asimetría que es posible advertir entre, por una parte, el conjunto de transformaciones sociales y políticas que nuestro país ha experimentado en las últimas décadas y, por la otra, el estado de sus instituciones jurisdiccionales." Se considera indispensable hacer frente a esas deficiencias para favorecer "...el respeto de los derechos, por una parte y la seguridad de las personas, por la otra; el respeto por el individuo, que es base de una sociedad democrática...". Por eso es que se trata, a través de esta ley "... de dotar a nuestro sistema de administración de justicia de órganos y procedimientos para hacer frente aun especial tipo contencioso, para el cual hoy, nuestro ordenamiento carece de una respuesta específica: el de naturaleza familiar."

Los fundamentos de esta reforma, entonces pueden resumirse como sigue:

- 1) Se tiende hacia procedimientos que favorezcan la intermediación entre los justiciables y los jueces, instaurando, en concordancia con el derecho comparado, un procedimiento que sea oral. Esto favorecerá tanto su publicidad como su imparcialidad, aumentando al mismo tiempo su legitimidad⁽²²⁷⁾.
- 2) Se trata de aumentar el acceso a la justicia de sectores tradicionalmente excluidos. La evidencia empírica indica que el contencioso familiar es, de los problemas que aquejan a los sectores de menores recursos, el más vinculado a su bienestar cotidiano. Estadísticas del Programa de Asistencia Jurídica (PAJ) indican que más del 40 % de los asuntos consultados son de familia. De ellos, más del tercio corresponde a alimentos. Violencia intrafamiliar y tuición le siguen con un 10 % aproximadamente⁽²²⁸⁾.
- 3) La ley tiene por objeto instituir un procedimiento que confiera primacía a las soluciones del conflicto familiar de índole colaborativo.
- 4) Se busca centralizar la solución de todos los conflictos de familia en un solo tribunal y en una sola causa⁽²²⁹⁾.
- 5) Esta ley incorpora la noción de "justicia interdisciplinaria", al contemplar dentro del diseño organizacional la existencia de un Consejo Técnico, con carácter de órgano asesor del juez⁽²³⁰⁾.
- 6) La ley establece como principio inspirador del procedimiento al interés superior del niño, de esta forma se consagra expresamente el derecho del niño, niña o adolescente para ser oído, adecuando nuestra legislación interna a las exigencias de la Convención de los Derechos del Niño.
- 7) Se reconoce expresamente la existencia del fuerte interés público que se halla comprometido en la resolución de los conflictos de familia, esto hace que se faculte al juez para que intervenga de un modo más activo en la delimitación del conflicto y en la determinación de la prueba necesaria para el juicio.
- 8) Se crean tribunales unipersonales de composición múltiple⁽²³¹⁾.
- 9) Esta ley aprovecha la experiencia acumulada durante la implementación de la reforma procesal penal, tanto en cuanto a la labor de los jueces durante las audiencias orales, como en materia de organización administrativa del tribunal.

(226) Esta ley es el resultado de la tramitación del proyecto presentado por el Presidente de la República el 3 de noviembre de 1997.

(227) Se pone término, con ello, a la actuación de los funcionarios, que aparecen frente a las partes como los que resuelven el conflicto, de un modo secreto, a espaldas del afectado.

(228) Estudios de casos sobre la duración del proceso en materia de infancia demuestran que en la actualidad el promedio de los mismos es de más de 400 días en primera instancia. Tratándose de causas sobre derecho de alimentos, que representan alrededor del 70 % de los casos que son conocidos por estos tribunales, la duración media es de 422 días. A partir de esta ley, con la estructura del procedimiento en dos audiencias, se reducirá considerablemente el lapso necesario para dar solución al conflicto familiar.

(229) Con este fin, se amplía considerablemente la especialización de los Tribunales de Familia. Se establece la concentración en un mismo juez de todos los conflictos familiares. Actualmente existen 51 Jueces de Menores, mientras que el número total de Jueces necesarios para integrar los nuevos Tribunales de Familia alcanza a los 254. La ley contempla una dotación gradual, que puede desglosarse así:

• Dotación necesaria al 1º de julio de 2005: 127 (lo que representa el 50% de la dotación total).

• Dotación necesaria al 1º de julio de 2006: 77 (lo que representa el 30% del total).

• Dotación necesaria al 1º de julio de 2007: 50 (cifra que corresponde al 20% restante).

(230) El Párrafo Segundo de la Ley 19.968 regula el Consejo Técnico, el artículo 5 prescribe cuáles son sus funciones. "La función de los profesionales del consejo técnico será la de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de sus especialidad." Continúa la norma describiendo algunas de sus atribuciones en particular. En relación a la forma en que se integrarán estos consejos, el artículo 6 nos señala "En cada juzgado de familia habrá un consejo técnico interdisciplinario integrado por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia".

(231) Esto significa que en un mismo juzgado de familia pueden haber hasta 12 jueces.

Una de las características de esta ley es que contempla un procedimiento ordinario y sólo dos procedimientos especiales, uno para la aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes y el otro es el relativo a los actos de violencia intrafamiliar. Este último es el que analizaremos.

Procedimiento especial por Violencia intrafamiliar.

Contempla los siguientes aspectos:

a) Competencia:

El conocimiento de los conflictos a que dé origen la comisión de actos de violencia intrafamiliar corresponderá al juez de familia en cuyo territorio jurisdiccional tenga su domicilio o residencia el afectado.

La ley agrega, para ampliar la competencia y poder tomar las medidas urgentes oportunamente, que cualquier tribunal que ejerza competencia en materia de familia, fiscal del ministerio público o juez de garantía que tome conocimiento de una denuncia o demanda por actos de violencia intrafamiliar, deberá adoptar de inmediato las medidas cautelares del caso, aun cuando no sea competente para conocer de ellas. Incluso si concurren conjuntamente personas mayores y niños, niñas o adolescentes, el juez podrá siempre adoptar las medidas de protección pertinentes.

b) Procedimiento:

Se encuentra especialmente regulado en los artículos 81 a 101 de la ley y de modo supletorio se aplican las normas del procedimiento ordinario⁽²³²⁾.

(232) Contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al inicio del procedimiento, puede ser por demanda o denuncia, cualquiera de ellas podrá ser deducida por la propia víctima, sus ascendientes, descendientes, guardadores o personas que la tengan a su cuidado. La denuncia, además puede hacerse por cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos que la motiven (artículo 178 del Código Procesal Penal). Si denuncia la víctima le otorga la calidad de parte.

c) Actuaciones de la policía:

Con el propósito de facilitar la protección de quien esté sufriendo actos de este tipo de violencia, es que se prescribe que ante situaciones de “flagrancia” de violencia intrafamiliar, es decir, cuando ella se esté cometiendo actualmente o ante llamadas de auxilio de personas que se encontraren al interior de un lugar cerrado u otros signos evidentes, la policía (Carabineros o Policía de Investigaciones) debe ingresar al lugar en que estén ocurriendo los hechos, practicar la detención del agresor, si procediere, e incautar del lugar las armas u objetos que pudieren ser utilizados para agredir a la víctima. Además, prestarle ayuda inmediata y directa.

El detenido debe ser presentado inmediatamente al tribunal competente, o al día siguiente si no fuere hora de despacho. Si no fuere día hábil, el detenido deberá ser conducido dentro del plazo máximo de 24 horas ante el juez de garantía del lugar, a fin de que éste controle la detención y disponga las medidas cautelares que resulten procedentes, de conformidad con el artículo 92 de la ley.

d) Obligación de denunciar:

Las mismas personas que están obligadas a denunciar según el Código Procesal Penal, están también obligadas a denunciar los hechos que pudieren constituir violencia intrafamiliar⁽²³³⁾, de que tomen conocimiento en razón de sus cargos. También tienen la obligación de denunciar, quienes ejercen el cuidado personal de aquellos que en razón de su edad, incapacidad u otra condición similar, no pudieren formular por sí mismos la respectiva denuncia. Por lo tanto, esta norma obliga a un padre o madre, que toma conocimiento de que alguien está ejerciendo violencia intrafamiliar, a denunciar. La misma ley prescribe que el incumplimiento de estas obligaciones es sancionada por el artículo 494 del Código Penal.

(233) Ver artículo 175 del Código Procesal Penal.

e) *Exámenes y reconocimientos médicos:*

Es deber de los profesionales de la salud que se desempeñan en hospitales, clínicas u otros establecimientos del ramo el practicar los reconocimientos y exámenes conducentes a acreditar el daño físico o psíquico ocasionado a la víctima, debiendo conservar las pruebas correspondientes. Para estos efectos, se levantará un acta en duplicado del reconocimiento y exámenes practicados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hayan practicado. Una copia se entregará a la víctima, o quien la tuviere bajo su cuidado y la otra, así como los resultados de los exámenes practicados, se remitirá al tribunal competente, si lo requiriese.

f) *Contenido de la demanda:*

1. La designación del tribunal.
2. Identificación del demandante, de la víctima y de las personas que componen el grupo familiar.
3. Narración circunstanciada de los hechos.
4. Designación de quién o quiénes pudieron haber cometido los actos de violencia, si ello fuere conocido.

g) *Contenido de la denuncia:*

1. Narración circunstanciada de los hechos.
2. Si al denunciante le constare, los demás puntos de la demanda.

h) *Identificación del ofensor:*

En caso que la denuncia se formule en una institución policial y no se hubiere individualizado al agresor, la policía deberá practicar las siguientes diligencias:

1. Procurar la identificación conforme a las facultades que les brinda el Código Procesal Penal. (Artículo 85 del Código Procesal Penal).
2. Recabar las declaraciones que al efecto presten quienes conozcan su identidad.

Si la demanda o denuncia se efectuare ante el tribunal, o ante el Ministerio Público, serán ellos las que decretarán las diligencias conducentes a determinar la identidad del presunto autor.

En las diligencias practicadas por la policía deberá mantenerse en reserva la identidad del denunciante o demandante.

Tan pronto como el juez conozca de la demanda o denuncia deberá solicitar el extracto de filiación del denunciado o demandado al Servicio de Registro Civil e Identificación, junto con un informe sobre las anotaciones que éste tuviere en sus antecedentes. Si los hechos revistieran caracteres de delito los antecedentes deberán remitirse al Ministerio Público. Si estos hechos dieran lugar, además, a una investigación criminal el juez de garantía correspondiente tendrá potestad cautelar.

Ante denuncia o demanda de terceros, el juez previo a la audiencia preparatoria la pone en conocimiento de la víctima por el medio más idóneo, directo y seguro para su integridad, pudiendo asimismo recoger el testimonio del denunciante o demandante antes de la referida audiencia.

1. Medidas cautelares en protección de la víctima⁽²³⁴⁾:

El juez de familia deberá dar protección a la víctima y al grupo familiar, para lo que cautelará además su subsistencia económica e integridad patrimonial. Para este efecto, en el ejercicio de su potestad cautelar y sin perjuicio de otras medidas que estime pertinentes, podrá adoptar una o más de las siguientes:

(234) Según nos advierte la profesora Nancy de la Fuente en sus apuntes sobre Violencia Intrafamiliar, preparados para sus clases del Diplomado “Derecho de Familia”, de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, estas medidas cautelares “son aquellas que persiguen la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, se encaminan a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”. Estas medidas son uno de los elementos del derecho procesal que más se han desarrollado en los últimos tiempos. Los elementos que deben estar presentes para que se decrete una medida cautelar son los siguientes: “periculum in mora” (es decir, un peligro en la tardanza de la dictación de la providencia definitiva. Esto es lo que justamente explica su carácter urgente), “fumus boni juris” (o sea, que exista a lo menos una apariencia de derecho a favor de quien la solicita), que exista una caución (esto es una garantía de parte del solicitante, que sirva para dar cuenta de la seriedad de su petición y además permita pagar algún daño que eventualmente surja por la concesión de la medida) y por último, la existencia de un proceso simultáneo o posterior a la solicitud de la medida cautelar.

1. Prohibir o restringir la presencia del ofensor en el hogar común, lugar de estudios o de trabajo de la víctima. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
2. Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.
3. Fijar alimentos provisorios.
4. Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes, y establecer la forma en que se mantendrá la relación directa y regular entre los padres y sus hijos⁽²³⁵⁾.
5. Decretar prohibición de celebrar actos o contratos.
6. Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego.
7. Decretar la reserva de identidad del tercero denunciante.
8. Establecer medidas de protección de adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.
9. Además el juez podrá, para dar protección a los niños, niñas y adolescentes; adoptar las medidas cautelares contempladas en el artículo 71 de esta misma ley⁽²³⁶⁾.

• Características de estas medidas cautelares:

1. Plazo: podrán decretarse hasta por 180 días hábiles, renovables por una sola vez hasta igual plazo.
2. Pueden, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, ampliarse, limitarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto.
3. Comunicación a la víctima, esto es, el juez, en la forma y por los medios más expeditos posibles, pondrá en conocimiento de ella las medidas cautelares que hubiere decretado, otorgándole la certificación correspondiente.
4. Ejecución: el juez puede requerir el auxilio de la fuerza pública, disponer su intervención con facultades de allanamiento y descerrajamiento y ejercer, sin más trámite, todos los medios de acción conducentes para el cumplimiento de las medidas cautelares decretadas.
5. Incumplimiento: en este caso el juez puede ordenar, hasta por quince días, el arresto nocturno del denunciado o el arresto substitutivo en caso de quebrantamiento de aquél. Además, el juez pone en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para efectos de condenarlo por desacato. (Artículo 240 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil).

j) *Suspensión condicional de la dictación de la sentencia:*

El juez podrá suspender condicionalmente la dictación de la sentencia, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos de procedencia:

1. Que el denunciado o demandado reconozca ante el tribunal los hechos sobre los cuales versa la demanda o denuncia.
2. Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que no ejecutará actos similares en lo sucesivo.

• Condiciones necesarias para que el juez pueda decretar la suspensión condicional⁽²³⁷⁾:

- a) Que se hayan establecido y aceptado por las partes obligaciones específicas y determinadas respecto de sus relaciones de familia y aquellas de carácter reparatorio a satisfacción de la víctima.

(235) El cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes se regula según el artículo 225 del Código Civil: "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo puede revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada, el juez podrá determinar entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros".

(236) El artículo 71 se refiere a las medidas cautelares especiales que puede ordenar el juez dentro de un procedimiento especial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Éstas son:

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

(237) Basta con que se cumpla una de ellas.

b) Que se haya adquirido por el demandado o denunciado, con el acuerdo de la víctima, el compromiso de observancia de una o más de las medidas cautelares que analizamos antes, por un lapso no inferior a seis meses ni superior a un año.

- Mediación para los efectos de cumplir una “condición reparatoria”:

1. Con el acuerdo de las partes, el juez puede someter a mediación el establecimiento de las obligaciones de carácter familiar y aquellas de carácter reparatorio a favor de la víctima (es decir, para los efectos de la letra a, estudiada en el párrafo anterior).

2. Aprobada el acta de mediación, se suspende la dictación de la sentencia.

Para estos efectos el juez deberá ser asesorado por uno o más miembros del consejo técnico, asegurándose que las partes estén en capacidad para negociar libremente y en un plano de igualdad.

Debemos tener presente que en este caso no se está sometiendo a mediación la violencia, asunto que sería muy criticable; sino que el objeto que se persigue con la mediación es que las partes acuerden diversos aspectos de sus obligaciones de familia, así como también las medidas reparatorias a favor de la víctima. Por último, y en este mismo sentido, la mediación no produce cosa juzgada, ya que sólo permite suspender el proceso.

La resolución que aprueba la suspensión de la sentencia se inscribirá en un registro especial que para estos efectos llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación, igual que una sentencia.

- Improcedencia de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia:

- a) Si el juez estima conveniente la continuación del proceso;

- b) Si ha habido demanda o denuncia previa por hechos similares en contra del denunciado o demandado, cualquiera que haya sido la víctima de éstos, y

- c) Si el demandado o denunciado hubiere sido condenado por crimen o simple delito contra las personas o por delitos sexuales.

- Efectos de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia:

1. Si transcorre un año desde que se hubiere suspendido condicionalmente la dictación de la sentencia y el denunciado o demandado ha dado cumplimiento satisfactorio a las condiciones impuestas, el tribunal dictará una resolución declarando tal circunstancia, ordenará el archivo de los antecedentes y dispondrá la omisión en el certificado respectivo de la inscripción practicada.

2. En caso de que el denunciado o demandado incumpla las obligaciones acordadas con respecto a sus relaciones de familia o aquéllas de carácter reparatorio a favor de la víctima, el juez dictará sentencia y, atendida su naturaleza, decretará su ejecución.

3. A su vez, si el denunciado o demandado no cumple dentro del plazo correspondiente con alguna de las medidas cautelares que, con el acuerdo de la víctima, se le hubiesen impuesto; entonces el tribunal establecerá este hecho y dictará sentencia.

4. Si la persona denunciada o demandada incurre en nuevos actos de violencia intrafamiliar en el período de condicionalidad, se le acumularán los antecedentes a un nuevo proceso, debiendo el tribunal dictar sentencia conjuntamente respecto de ambos.

k) *Características especiales del procedimiento por VIF:*

- Plazo para citar a audiencia preparatoria: dentro de los 10 días siguientes de recibida la denuncia o demanda.

- Término del proceso:

El proceso sólo podrá concluir por:

1. Por sentencia ejecutoriada.
2. Por cumplimiento de las condiciones, vencido el plazo (en caso de haberse suspendido condicionalmente la dictación de la sentencia, según comentamos antes).
3. Por voluntad de la víctima, en caso de denuncia o demanda de terceros, en este caso el juez durante la audiencia preparatoria y previo informe del consejo técnico, podrá poner término al proceso a requerimiento de la víctima si su voluntad fuere manifestada en forma libre y espontánea.

- Contenido de la Sentencia:

1. Pronunciamiento sobre la existencia de hechos constitutivos de violencia intrafamiliar.
2. Establecerá la responsabilidad del denunciado o demandado.
3. Cuando correspondiere, señalará la sanción aplicable.
4. Si concurren conjuntamente como víctimas de la violencia intrafamiliar personas, mayores y niños, niñas o adolescentes, el juez podrá adoptar medidas de protección a favor de estos últimos.

D.2) Observaciones críticas (omisiones, falta de coherencia, etc.)

Pensamos que nuestra legislación contiene una amplia gama de normas que tratan de proteger el “entorno familiar”, pero subsisten algunas dificultades de base, como por ejemplo precisar qué es lo que debemos entender por familia, ya que sin comprender esto difícilmente podemos avanzar en el amparo de su entorno.

Además estas normas aparecen desarticuladas, como si se tratara de regular porciones o aspectos separados de la realidad familiar, desconociéndose la verdadera naturaleza del conflicto que puede desencadenar, por ejemplo una situación de violencia intrafamiliar.

En otras ocasiones las normas parecen querer solucionar problemas que se viven al interior de la familia, pero carecen de la necesaria y deseable flexibilidad, como por ejemplo aquellas que regulan el cuidado personal de los hijos/as o la atribución legal de la patria potestad, a falta de acuerdo entre los padres.

En materia de adopción, la Ley N° 19.620, ha significado un gran avance, pero subsisten algunos problemas de falta de coherencia con la Convención de los Derechos del Niño, por ejemplo en lo que refiere a la aplicación irrestricta del derecho del niño o niña a su identidad, puesto que en nuestra ley actual el adoptado sólo ante determinadas circunstancias puede conocer su “verdad biológica”. Por eso estimamos que deberíamos ir pensando en incorporar, al menos al nivel de deseable, el que los padres adoptivos (contando con todo el apoyo necesario), den a conocer a sus hijos/as su verdadero origen biológico. Parece que nuestra sociedad ya estaría madura para ello.

Respecto de la violencia intrafamiliar, expresamos nuestra opinión más adelante en el capítulo referido al régimen jurídico penal de protección a la infancia.

D.3) Conclusiones

Notamos la ausencia de una normativa más acorde a la realidad familiar. Sigue siendo, en nuestra legislación civil, por ejemplo, preponderante la importancia que se asigna a los bienes que puedan tener los niños y niñas (a través de ciertas instituciones, tales como la patria potestad, las tutelas y curadurías), sin embargo los aspectos más relacionados con su constitución emocional, psíquica, intelectual, cultural, etc. quedan francamente postergadas.

Por otra parte la legislación nos plantea soluciones muy rígidas y hasta cierto punto “autoritarias”, en el sentido que no se reconoce con demasiada nitidez “la autonomía progresiva” que se debe reconocer a todos los niños y niñas. Incluso a los propios padres no se les otorgan muchas oportunidades de establecer acuerdos regulatorios de sus relaciones parentales, parece que el legislador desconfiara de ellos.

E) Habitabilidad

En los párrafos que siguen se ofrece una mirada crítica de la normativa ya descrita, pero circunscrita a aquellas temáticas que pudieran incidir en el desarrollo integral de los menores de edad. Conviene señalar que la normativa vigente no hace distinciones respecto de los niños/as que estén entre el momento de su gestación y sus tres primeros meses posteriores a la fecha de nacimiento.

E.1) Amplitud de la potestad reglamentaria en materia de urbanismo y construcciones

El primer punto a destacar es que el MINVU posee una amplia potestad reglamentaria, complementada por la que poseen Gobiernos Regionales y Municipios a través de los Instrumentos de Planificación Territorial, y que puede ser fiscalizada por los Municipios y las SEREMIS–MINVU y de Salud.

1. Lo positivo: flexibilidad y perspectivas de avanzar.

Esto quiere decir que el puro desarrollo de la legislación vigente a través de normas reglamentarias permitiría incorporar en la normativa urbana y habitacional aspectos relativos a la habitabilidad de los menores de edad sin necesidad de reformas legales. Dado que la actividad urbanística envuelve el ejercicio de algunos derechos constitucionales (fundamentalmente los de propiedad, art. 19 N°24 CPR, y libre empresa, art. 19 N°21) no pueden emplearse regulaciones restrictivas —que requerirían reformas legales— sino que debe acudir a técnicas de incentivo. Conviene relevar dos de ellas:

- Mayores exigencias para los proyectos de vivienda social: Dado que en este tipo de viviendas el Estado entrega recursos públicos y que éstos deben repartirse de una manera no discriminatoria (art. 19 N°2 CPR) se utiliza el sistema de concursos, sea a través de postulaciones individuales o colectivas. En ambos casos es posible dar mayor puntaje a quienes cumplan con las características que se estiman deseables o, simplemente, transformar a éstas en un requisito para postular. Como ejemplo podemos mencionar los puntajes adicionales por cada niño/a integrante del grupo familiar, que aparecen en los reglamentos de todos los programas de vivienda (a diferencia de los programas urbanos que no lo consideran, supra 2.6.d.2) y donde el que está por nacer también es considerado (supra 2.6.d.3), o la exigencia de Juegos Infantiles y Áreas Recreacionales Deportivas en los proyectos a que se refiere el recuadro contenido en el art. 13.4 del D.S. N°40/2005, V. y U. (Reglamento del Sistema de Subsidio Habitacional).
- Mayores exigencias para desarrollos urbanos condicionados: Nos referimos aquí a las Zonas urbanizables de desarrollo condicionado, incorporadas al Plan Regulador Metropolitano de Santiago de Chile (PRMS) por la Resolución N° 39 del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 12.12.1997). Se trata de Zonas Habitacionales Mixtas caracterizadas por contar con bajos grados de urbanización o no tenerlos en lo absoluto (de hecho, muchas se dedicaban a la agricultura), por lo cual el plan les otorga condiciones urbanísticas muy limitadas (características de sectores periurbanos o rurales). Lo novedoso es que aquéllas pueden incrementarse para realizar proyectos inmobiliarios de gran escala con tal que el gestor del proyecto cumpla con una serie de exigencias que contiene el Plan y que apuntan a constituir asentamientos urbanos autosuficientes, esto es, que absorban sus

externalidades negativas en vez de trasladarlas al resto de la ciudad. Así lo establece el art. 3.3.6. de la Ordenanza del PRMS. Posteriormente esta figura ha sido generalizada a las áreas de interés silvoagropecuario del PRMS con la figura de los “Proyectos con desarrollo urbano condicionado”, incorporadas mediante la Resolución N° 107 del Gobierno Regional Metropolitano (D.O. 11.12.2003). Lo interesante para nuestros efectos es que esta técnica podría también incorporar estándares dirigidos a los niños/as (puede verse como ejemplo el cuadro de estándares de equipamiento del art. 5.3.1. del PRMS).

En consecuencia, es perfectamente posible avanzar en la medida que se identifiquen estándares o exigencias concretos y considerando la realidad socioeconómica del país. En esto hay que asumir, claro está, que los niños/as no son los únicos ocupantes de las viviendas ni los únicos habitantes de la ciudad, de forma tal que las exigencias deben ser compatibles con el uso general de éstas y aquélla.

II. Lo negativo: La carencia de una perspectiva de derechos y la escisión de las políticas de urbanismo y vivienda. Riesgos de la privatización de la política de vivienda social.

Pese a las bondades del punto anterior creemos que existe un aspecto criticable de esta flexibilidad, a saber, que el Estado no parece comprometerse con ningún estándar concreto pues todo es revisable y provisorio. Una de las características que se suele predicar de los derechos sociales, culturales y económicos es su falta de eficacia jurídica. En efecto, se sostiene que como su concreción depende de la disponibilidad de recursos públicos no podrían exigirse en tribunales⁽²³⁸⁾, como ocurre con los derechos de cuño liberal-individualista. Últimamente se ha discutido esta noción afirmándose que debe ser superada generando en las políticas sociales un “enfoque de derechos”. Sostiene ABRAMOVICH que:

“Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a requerir determinadas acciones, prestaciones y conductas. Los derechos establecen obligaciones correlativas y éstas requieren mecanismos de exigibilidad y responsabilidad”⁽²³⁹⁾.

Este desafío supone que la Constitución, o los tratados internacionales a que ella nos remite, sean concretados mediante instrumentos legales que los particulares puedan exigir en sede judicial. FERNÁNDEZ R. afirma que se trata de un obligado proceso de “conversión”:

“La garantía eficaz de los derechos sociales (a la educación, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda...) tiene como presupuesto necesario la definición precisa de sus concretos contornos, definición que los textos constitucionales no contienen, ni pueden contener, dadas las limitaciones propias del lenguaje constitucional. El enunciado constitucional de estos derechos reclama, pues, inexcusablemente la intervención complementaria del legislador... el legislador tiene que completar ese esbozo y «convertir» el deber genérico de los poderes públicos que comporta su simple enunciado en una obligación concreta judicialmente exigible”⁽²⁴⁰⁾.

Nuestro derecho, por otro lado, no es insensible a este enfoque. Por el contrario, recientes iniciativas legales lo han adoptado, como las Leyes N° 19.966, que estableció un régimen de garantías en salud (D.O. 03.09.2004) —elevando a rango legal el denominado “Plan Auge”— y N° 19.949, que dio rango legal al sistema de protección social para familias en situación de extrema pobreza denominado “Chile Solidario” (D.O. 05.06.2004)⁽²⁴¹⁾.

En este sentido sería deseable generar estándares que garanticen que los programas financiados con fondos públicos cumplirán con ciertos requisitos mínimos de diseño, entorno y construcción, como ha propuesto la Fundación para la

(238) Al respecto puede verse MARTÍNEZ E., José Ignacio. Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales. /en/ Revista de Derecho Universidad Católica del Norte sede Coquimbo, año 4 (1997), pp. 133–140.

(239) ABRAMOVICH, Víctor. Documento preparado para: “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”. Santiago, Chile, Diciembre 9 y 10 del 2004. Consultado en <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC—Unaaproximacionalenfoque—s.pdf> el 12.05.2006, a las 22:00 hrs. Sobre este tema puede consultarse también QUINTANA B., Augusto. La perspectiva de derecho en los programas sociales, VI Foro de Equidad Social, agosto 2004, 18 p.

(240) FERNÁNDEZ R., Tomás—Ramón. Las garantías de los derechos sociales. /en/ MUÑOZ M., Santiago (dir). Las estructuras del bienestar en Europa. Madrid: Fundación ONCE—Civitas, 1999, p. 463–4.

(241) Al respecto puede verse el Anuario de Derechos Humanos de Chile N°1, 2004, consultado en <http://www.anuariodh.uchile.cl/indice.html> el 12.05.2005, el 12.05.2006 a las 12:35 hrs., especialmente los trabajos de QUINTANA B., Augusto (Chile Solidario: El Desafío de Construir un Sistema de Protección Social a partir de una Perspectiva de Derechos) y JORDÁN D., Tomás (Ley N° 19.966, que crea un Régimen General de Garantías en Salud. Sinopsis y Análisis desde la perspectiva de los Derechos Humanos Plan Auge). En el tema de salud puede consultarse, además, DRAGO A., Marcelo. La Reforma a la Salud chilena desde la Perspectiva de los Derechos Humanos, 2005, 87 p., disponible en: <http://www.estrategiapublica.org/pdf/La%20Reforma%20a%20la%20Salud%20Chilena%20desde%20la%20Perspectiva%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf> (consultado el 05.05.2006, a las 20:00 hrs.).

Superación de la Pobreza⁽²⁴²⁾. Aunque esto parezca evidente en el sector político —y muchas veces la opinión pública— suelen privilegiar la obtención de metas cuantitativas en materia de construcción de viviendas en ritmos relativamente breves, lo que ha llevado a la ejecución de muchos conjuntos repetitivos, monótonos, con pobres dotaciones de equipamiento y, en algunos casos, con defectos constructivos.

Conviene subrayar que la virtual privatización de los programas de vivienda que se dirigen a los sectores de escasos recursos (Fondo Solidario de Viviendas, Vivienda Dinámica sin Deuda y Subsidios Progresivos) hace que este tema cobre mayor importancia. En efecto, antaño quien encargaba la construcción de las viviendas sociales era un organismo público, de manera que las personas contaban, entre otras garantías, con la responsabilidad extracontractual del Estado en caso de fallas. Actualmente, en cambio, los SERVIU se están retirando de la licitación de viviendas y no asumen tampoco la prestación directa de asistencia técnica limitándose a una “fiscalización de segundo piso”. En otras palabras, su rol es fiscalizar a los privados que prestan asistencia técnica. Por ello un enfoque de derechos podría contribuir a amparar los derechos de quienes acceden a los programas de subsidio habitacional.

E.2) Virtual inexistencia de referencias al desarrollo integral de los niños y niñas como propósito de la legislación relativa a habitabilidad

Un segundo elemento que debemos apuntar —y que se relaciona con lo último que se ha señalado— es que el desarrollo integral de la infancia no aparece como uno de los objetivos que explícitamente animan y fundamentan las políticas públicas relativas a la habitabilidad. Con todo, insistimos que para reclamar su incorporación es preciso plantear cuáles serían las exigencias que derivarían de este principio, de manera de evitar que se transforme en una mera declaración de principios y pueda tener, en cambio, un enfoque de derechos.

E.3) Dos problemas generales del desarrollo urbano que afectan a los niños y niñas: La exigencia de un desarrollo sustentable en términos ambientales y sociales

Aunque no se trate de asuntos que atañan solamente a los niños/as nos parece importante consignar algunas disfuncionalidades de la regulación urbanística y habitacional que, de no superarse, influirán negativamente en su desarrollo.

I. Dificultades de aplicar el SEIA a la planificación urbana.

Conveniencia de avanzar a una Evaluación Ambiental Estratégica

Como es sabido la compatibilización de la protección del medio ambiente con el desarrollo económico ha dado origen a la noción de desarrollo sustentable, esto es, “aquel desarrollo que satisface las necesidades de las presentes generaciones sin comprometer la habilidad de las futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁽²⁴³⁾. Esta definición fue recogida en la Cumbre Mundial de la Tierra de 1992 (Río de Janeiro)⁽²⁴⁴⁾ y es también acogida por el Programa Chile Sustentable (1997) pero con un ingrediente adicional: la noción de sustentabilidad social, que supone priorizar en la agenda temas como la distribución del ingreso y la equidad social, incluso imponiendo como límites al desarrollo económico la gobernabilidad democrática, el bien común y la calidad de vida de la población⁽²⁴⁵⁾.

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) debiera ser la herramienta crucial para trasladar esta noción a la habitabilidad. Sin embargo, existe una serie de inconsistencias y duplicidades que demuestran que la técnica de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) no resulta adecuada para dimensionar los impactos de los planes urbanísticos. Como indica Rajevic:

(242) Véase el capítulo V de FUNDACIÓN PARA LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA. Umbrales sociales 2006. Propuestas para una futura política social. Santiago: 2005, p. 149–172.

(243) Véase Our Common Future, conocido como Reporte Brundtland (United Nations World Commission on Environment and Development), 1987.

(244) Se ha destacado en reiteradas oportunidades que la gran ventaja de esta noción estriba en haber puesto el énfasis del definiens en la intergeneracionalidad a la cual se aspira cuando se incorpora una perspectiva medioambiental en el desarrollo económico, entendiendo por éste al despliegue cualitativo de potencialidades sociales, culturales, económicas y políticas en el tiempo. La segunda novedad del Reporte Brundtland tiene que ver con la metodología que intenta instalar: prefiere concentrarse en estrategias prácticas que contribuyan a cumplir varios objetivos: crecimiento renovado, satisfacción de necesidades básicas, sustentar los recursos básicos, reorientar las tecnologías y controlar sus riesgos, considerar la variable medioambiental en la evaluación económica de los proyectos productivos. En el mismo informe se asume en calidad de pre-requisito que la implementación de tales estrategias requiere de transformaciones en las estructuras económicas, sociales y políticas.

(245) Programa Chile Sustentable. Propuesta Ciudadana para el Cambio, 2003, p. 11. Se trata de una iniciativa de instituciones ecologistas y su objetivo es generar capacidades en las organizaciones de la sociedad civil para elaborar propuestas y agendas propositivas que den sustentabilidad al país. La principal finalidad que persigue el programa es revertir las tendencias neoliberales y consensuar políticas más progresistas en el ámbito de la protección del medio ambiente, es decir, instaurar en la agenda pública políticas de sustentabilidad económica. Desde el punto de vista institucional, lideran el proyecto el Instituto de Ecología Política, la Red Nacional de Acción Ecológica (RENACE) y la Universidad Bolivariana. Mayores antecedentes en Larraín, Sara, Leroy, Jean Pierre, Cansén, Karin (eds.): Sustainable Southern Cone Program. Citizen Contribution to the Construction of Sustainable Societies, 2003.

“...si uno revisa los 18 literales del art. 10 de la Ley 19.300, que señalan qué proyectos o actividades deben ser sometidos al SEIA, repara en que se trata de diversas obras físicas o materiales, que van desde un reactor nuclear hasta un establo de engorda de dimensiones industriales. Los planes reguladores son un caso completamente distinto y excepcional, dado que son normas jurídicas y no proyectos productivos como el resto de las hipótesis del art. 10. Por lo mismo, el procedimiento general del SEIA se les aplica con grandes dificultades de oportunidad y criterio...”⁽²⁴⁶⁾.

Estos problemas han sido abordados en el Derecho comparado con la denominada Evaluación Ambiental Estratégica (EAE). Así, por ejemplo, la Unión Europea dictó hace ya 5 años su Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente⁽²⁴⁷⁾, y que complementó el tradicional mecanismo de evaluación de proyectos. Como se ha dicho:

“Mediante la EIA se analizan los efectos de un “proyecto”, esto es, una actividad ejecutiva precisa. La EAE, en cambio, controla la actividad que produce el marco que da cobertura a la ejecución de tales acciones, sea que se trate de un plan o un programa. Un proyecto, que es una obra material, es evaluado medioambientalmente para evitar que en sí provoque efectos adversos. En cambio, el plan o programa —que normalmente tendrá una dimensión normativa— se evalúa para lograr que sus normas impidan la ejecución de obras o proyectos que serán ambientalmente negativos, o al menos incentive lo contrario. Precisamente la experiencia ha demostrado que la EIA tiene importantes insuficiencias al evaluar impactos estratégicos”⁽²⁴⁸⁾.

El caso de Santiago parece suficientemente expresivo de la necesidad de incorporar con mayor eficacia la dimensión ambiental en la planificación urbana. Parece claro que generar instrumentos adecuados para evaluar los impactos ambientales de las decisiones de planificación podría prevenir costosos y casi irremediables problemas de salud y convivencia en las ciudades.

II. Sostenida segregación socioespacial: El problema de la igualdad de oportunidades

La igualdad de oportunidades de los menores de edad también tiene una expresión importante en la habitabilidad, pues supondría disfrutar de un entorno compuesto por espacios sanos, seguros y con razonable accesibilidad equipamientos que permitan realizar actividades recreativas y culturales. Para decirlo explícitamente, si se concibe la promoción de la integración social como un desafío país entonces habrá que prestar atención a las posibilidades que tienen niñas y niños de relacionarse con personas de condiciones sociales diversas y acceder de una manera equitativa a los distintos bienes públicos que tiene la ciudad.

Por desgracia, diversos diagnósticos advierten que la tendencia en desarrollo nos conduce hacia mayores niveles de segregación espacial entre las familias chilenas, haciéndose cada vez más patente la relación entre “ingreso familiar” y “territorio”.

El aumento del “clasismo espacial” en las principales ciudades del país no se debe únicamente a la manera en que las empresas inmobiliarias intervienen en el mercado, sino que también se encuentra dentro de las causas del problema la forma en que la autoridad ha intentado resolver el déficit habitacional en el país. Tal como lo informa la ministra del ramo, ante las nuevas demandas de calidad de vida e integración social, las políticas del Ministerio de Vivienda son discutibles: “Mientras el propio MINVU, con su “orientación urbana” predica ciertos ordenamientos clave, su “mano ejecutora” de vivienda social, con sus respectivas urgencias, actuó entregando viviendas en la periferia y con estándares de localización menores a los hoy deseados”⁽²⁴⁹⁾. De allí que algunos autores planteen que en las grandes ciudades se estaría transitando desde el clásico problema social de los “sin

(246) RAJEVIC M., Enrique. Derecho y Legislación Urbanística en Chile, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol II, N°2, julio–diciembre 2000, p. 546–547.

(247) DOCE L 197 de 21.07.01, p. 30–37.

(248) RAJEVIC M., Enrique. Evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica y planes urbanísticos. Getafe, mayo de 2002 (inédito), p. 23.

(249) POBLETE, Patricia. Urbanismo y vivienda. /en/ Diario El Mercurio, p. A 2, 07.05.2006.

techo”, cada vez menos apremiante, al emergente de los “con techo”⁽²⁵⁰⁾.

Conviene mencionar en este punto que las inversiones de los distintos ministerios sectoriales durante la década de los 90 frecuentemente no se coordinaban con las del sector vivienda. Ello provocó que el traslado de importantes contingentes de población no fuese acompañado de la correspondiente dotación de equipamientos, algunos de los cuales están directamente relacionados con la infancia, como los consultorios o los colegios. Se trata de una experiencia nada de recomendable y que probablemente podría ser prevista por MIDEPLAN a través del Sistema Nacional de Inversiones (<http://sni.mideplan.cl/>).

Lo cierto es que el mercado del suelo y la actual política de vivienda social, en particular en Santiago, han sido incapaces de frenar esta tendencia segregacionista que, de persistir, radicalizará las diferencias entre la elite y los sectores menos acomodados, como si se tratase de ciudadanos residentes en distintos países. “Planificación urbana” y “libre mercado” no tienen por qué ser concebidos como polos opuestos; por el contrario, es factible y necesario alcanzar un equilibrio adecuado entre ambos conceptos. Como se verá en las recomendaciones, pareciera ser razonable intervenir en el funcionamiento del mercado inmobiliario y velar por una mayor igualdad de oportunidades en el acceso a áreas verdes, de entretención y esparcimiento, junto con fomentar una mayor interacción espacial entre personas que provienen de distintos sectores sociales.

(250) Puede verse a este respecto RODRÍGUEZ, Alfredo y SUGRANYES, Ana. El problema de vivienda de los “con techo”. /en/ Eure, Vol.XXX, N°91 (2004), p. 53-65.

F) Trabajo e integración

F.1) Estructura

El análisis crítico de la normativa vigente referida a la dimensión trabajo e integración se ha estructurado en consideración de las siguientes secciones: en primer lugar se fija el ámbito de análisis crítico en el apartado aclaraciones conceptuales (infra 3.6.b); en segundo término se formulan los alcances de fondo sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente, lo cual entrega juicios sobre los aspectos cubiertos o no considerados por la normativa, así como de la forma en que esta normativa se traduce en políticas públicas, (infra 3.6.c); a continuación se da cuenta de las omisiones normativas que han sido detectadas, a propósito de la revisión de los temas más relevantes de la dimensión comentada (infra 3.6.d); por último, se dejan para el final las conclusiones principales (infra 3.6.e).

Las recomendaciones y propuestas específicas para fortalecer la dimensión aprendizaje se encuentran contenidas en el capítulo que sigue (infra 4.1.).

F.2) Aclaraciones conceptuales y contextuales

Los contenidos y alcances de la legislación laboral tienen efectos significativos sobre distintos factores del mercado laboral tales como el empleo, los salarios y la conflictividad laboral. Las reformas de los últimos años han buscado corregir los desequilibrios heredados de las transformaciones realizadas bajo el alero del gobierno militar, que si bien habían eliminado numerosas excepciones y tratos especiales de antigua data, no habían conseguido instaurar un marco normativo de carácter balanceado y con legitimidad social entre empresarios y trabajadores.

En tal sentido, y para efectos del abordaje crítico de la dimensión trabajo e integración social conviene tener en cuenta dos focos de análisis, a saber, el modo en que la normativa recoge las relaciones entre trabajo y maternidad, así como aquellas que dicen relación con la manera en que el trabajo afecta la atención integral del niño/a de 0 a 3 meses. En este punto vale tomar en consideración que el tema del cuidado y las responsabilidades familiares, principalmente el cuidado de los niños/as y las personas dependientes, está íntimamente relacionado

con la posición y roles de las mujeres en la sociedad, particularmente en la esfera familiar y del trabajo.

La manera en cómo se reparten los roles y la responsabilidad de las tareas de cuidado entre el Estado, la familia y el mercado de trabajo, quiénes asumen los costos y cómo son socialmente valoradas estas actividades, plantean grandes desafíos a las mujeres para insertarse en igualdad de oportunidades al mercado laboral. Vale recordar que el concepto de cuidado se relaciona con el ámbito del trabajo y la diferenciación, no siempre clara, entre trabajo remunerado y trabajo no remunerado.

La literatura ha demostrado que los sistemas de cuidado no solo interfieren en los patrones de participación laboral sino también en los niveles de pobreza. Los datos al respecto son escasos, pero el estudio de Bettio y Plantenga (2004) concluye que las barreras a la participación laboral femenina pudieran incrementar el riesgo de que las familias caigan en la pobreza, especialmente en las mujeres separadas. Adicionalmente un bajo nivel de actividad económica incide en un mayor riesgo de pobreza una vez que se alcanza la tercera edad. Esta es otra razón para propiciar un modelo de cuidado que sea compatible con patrones de participación laboral continua, dado que ello puede reducir el riesgo de mayores niveles de pobreza en las mujeres de la tercera edad.

Fuera de la influencia en el empleo y en los niveles de pobreza, el modelo de cuidado influye en la fertilidad. La relación, sin embargo, es más compleja. Los recientes patrones de fertilidad y participación laboral en Europa cuestionan la tesis tradicional que plantea que la participación laboral femenina tiene un efecto negativo en las tasas de fertilidad. Los patrones actuales pueden ser mejor entendidos haciendo referencia también a los sistemas de cuidado instalados en cada país⁽²⁵¹⁾.

(251) Para una exposición más detallada de la relación entre sistemas de cuidado y fertilidad ver Bettio y Plantenga, 2004, p. 104–106.

En conclusión podemos subrayar que las políticas de apoyo al cuidado traen consigo una serie de beneficios sociales y económicos, entre los cuales se encuentra una mayor incorporación de la mujer al mercado laboral. Como efecto de estos beneficios se puede potenciar el logro de la igualdad entre hombres y mujeres. Pero hay un elemento que en el trazado de estas políticas puede resultar contradictorio en relación con el objetivo de igualdad.

Dicho elemento dice relación con el traspaso de parte de la responsabilidad sobre el cuidado proporcionado por las mujeres a las instituciones encargadas del servicio. Esta decisión, sin embargo, no implica necesariamente la promoción de una participación equitativa de ambos progenitores en estas tareas. Antes bien, implica un desplazamiento del problema, pero no su abordaje a fondo. En consecuencia, los diseñadores de la normativa deben tomar en consideración este efecto, evaluando cuáles pueden ser las políticas más adecuadas que favorezcan a la familia en su conjunto, sin sobrecargar a ninguno de sus miembros.

Para el caso que analizamos —y en la situación particular de este proyecto— esta consideración cobra relevancia dado que en Chile, la participación laboral de las mujeres ha experimentado un notable crecimiento en el período 1986–2005. En particular, la participación laboral ha crecido en forma muy importante entre las madres de hijos/as pequeños/as. Los cambios, sin embargo, no han sido lo suficientemente drásticos como para alinear la tasa de participación del país con la de economías desarrolladas e inclusive con muchas de las economías latinoamericanas. De hecho, la economía chilena a pesar de su crecimiento continúa exhibiendo tasas de participación laboral femenina inferiores al promedio de la región⁽²⁵²⁾.

(252) Para mayor profundidad en el desarrollo de estos aspectos críticos ver Acosta, Elaine y Peticara, Marcela. Informe Final Estudio Participación Laboral Femenina y Cuidado Infantil, BID–DIPRES, Universidad Alberto Hurtado.

En este contexto se identifican algunos factores críticos que la normativa debe tener en cuenta de modo tal de poder facilitar tanto la incorporación equitativa

de la mujer al trabajo como el desarrollo integral del niño/a desde la gestación hasta los tres meses de edad.

Existencia de un modelo de sociedad con predominio fuerte del hombre como proveedor principal de recursos y la familia concebida de manera tradicional (hombre proveedor–madre cuidadora). Bajo este modelo el Estado interviene (o se abstiene de intervenir) para fomentar un reparto específico de tareas entre hombres y mujeres, lo que de alguna manera se expresa en la norma. Sin embargo, en cuanto a la división del trabajo se constata una fuerte diferenciación entre las prácticas laborales y familiares asignadas a hombres y mujeres. Las mujeres (casadas o madres de familia) se dedican prioritariamente a las labores domésticas y familiares. En ocasiones trabajan pero sus trayectorias laborales suelen interrumpirse con la maternidad y crianza de los hijos/as.

Tensiones entre la vida laboral y familiar. Las mujeres valoran positivamente el trabajo remunerado al otorgarles la posibilidad de generar ingresos propios, desarrollarse en un ámbito ajeno al doméstico y potenciar su autoestima. Pero la valoración positiva se reduce en la medida que el trabajo se superpone con el rol doméstico y de cuidadora tradicionalmente asignado a la mujer. Sin embargo, los cambios producidos en el último tiempo en la familia han tenido un impacto significativo sobre la inserción laboral femenina. En particular, la red de apoyo familiar ya no es un recurso que está disponible tan fácilmente como en el pasado.

Rigidez en la estructura de las jornadas laborales. Los esquemas flexibles de trabajo en Chile están muy poco desarrollados. La legislación laboral no sólo establece cuántas horas a la semana a lo máximo se puede trabajar, sino que también legisla sobre la duración diaria y en días de la semana laboral. Frente a esta realidad muchas mujeres, particularmente aquellas de menos recursos, deben optar por trabajo en el sector informal o por cuenta propia. Estas modalidades les permiten compatibilizar más fácilmente trabajo remunerado y familia. Chile, en relación con América Latina y los países industrializados presenta una baja proporción del empleo en jornadas parciales. La inserción laboral de las mujeres en el sector informal es también baja.

Bajas remuneraciones. En el mercado laboral chileno, las mujeres se insertan principalmente en ocupaciones relacionadas con las ventas, administrativas y servicios personales. En estas ocupaciones los salarios son particularmente bajos, por lo que el trabajo remunerado no compensa los costos de abandonar el hogar. En los quintiles de ingresos más bajos existe una visión ambigua de la conveniencia de trabajar fuera del hogar, en particular cuando hay niños/as pequeños y el trabajo remunerado tiene que cubrir también el costo del cuidado infantil.

Escasez de servicios de cuidado infantil y poca compatibilidad con el trabajo a tiempo completo. Los servicios infantiles gratuitos o de bajo costo son escasos o incompatibles con el trabajo a tiempo completo. Existe siempre la necesidad de complementar el cuidado formal con cuidado informal. Al final del día, si el niño/a se enferma o el sistema de cuidado falla, es la madre la que tiene que asumir el cuidado. Las mujeres de quintiles superiores utilizan extensamente la opción del servicio doméstico para el cuidado de los hijos/as. Las mujeres de los primeros quintiles no tienen esta opción y hace uso principalmente de la asistencia de familiares o el pago de servicios informales.

Políticas maternas rígidas. Las políticas maternas en Chile contemplan un fuero maternal de 12 meses luego de cumplido el postnatal, una licencia por maternidad de 18 semanas (6 preparto y 12 postparto), derecho a sala cuna por dos años, derecho a dos medias horas diarias por 2 años para alimentar al niño/a y derecho a licencias especiales por enfermedad del niño/a menor de un año o por

enfermedad grave de un hijo/a menor de 18 años. No existe flexibilidad, como en otros países, para pactar con el empleador trabajo a jornadas parciales y/o flexibilización de los descansos pre y postnatal. Así una política diseñada para proteger la estabilidad laboral de la mujer, termina perjudicando en alguna medida su inserción laboral al generar una visión en la cual su contratación es más costosa que la del hombre.

Cultura Laboral Machista. Las mujeres se sienten discriminadas en el mercado laboral por edad, maternidad, cuidado de los niños/as, independientemente de su nivel de ingreso. Por un lado, perciben que en el mundo laboral no existen condiciones que favorezcan la conciliación del trabajo remunerado con las labores de crianza y cuidado de los hijos/as. Por otro, se percatan de los costos en la vida familiar asociados al trabajo remunerado, especialmente en el caso del cuidado de los hijos/as. Como resultado, las mujeres, cuando pueden, se reservan fundamentalmente para el espacio privado (la familia, los hijos/as) y los hombres continúan ejerciendo su rol de proveedor en plenitud, en el espacio público. El trabajo remunerado de la mujer fuera del hogar se sigue considerando como un complemento o apoyo al marido, quien ejerce la función de proveedor principal.

Desinformación o desconocimiento de la normativa laboral. Por lo general, existe desinformación respecto de la normativa en relación con los derechos asociados a la maternidad y al cuidado de los hijos/as. Varios estudios demuestran que el desconocimiento se extiende también a los empleadores quienes muchas veces no poseen información y por eso no respetan algunos beneficios. Sin embargo, otros, teniendo conocimiento los omiten por su conveniencia. Existen diferencias en el respeto a la normativa según el tipo de empleador y la empresa en que trabaje la mujer⁽²⁵³⁾. En concreto, las madres trabajadoras se exponen a muchas dificultades en su quehacer laboral cuando algún hijo/a se enferma. Entre las dificultades está la incompreensión del empleador y la amenaza de quedarse sin empleo.

En resumen, en Chile la confluencia de estos factores determina tasas de participación bajas para las mujeres casadas y en particular para las mujeres con niños/as pequeños (menores de 5 años). Aún mujeres con fuerte apego al mercado laboral optan por pasar a la inactividad con el nacimiento de los niños/as. Según estimaciones realizadas la presencia de niños/as en el hogar es por lejos la variable que tiene mayor efecto sobre la participación laboral femenina⁽²⁵⁴⁾. Adicionalmente se ha puesto evidencia que no es la ausencia de los hijos/as, sino las dificultades que las madres enfrentan para lograr su cuidado adecuado, la variable predictora de depresión entre mujeres trabajadoras (Ross y Mirowsky, 1988). Los problemas de inserción laboral son más agudos en las mujeres de estratos socioeconómicos bajos, de bajo nivel educativo, las que en general sólo pueden insertarse en trabajos no-calificados mal remunerados y carecen de redes gratuitas de ayuda familiar.

F.3) Alcances críticos sobre las orientaciones estratégicas de la normativa vigente

La legislación de protección a la maternidad actualmente vigente en Chile está alineada con las normas y directivas de la OIT. En ese sentido, contempla protección contra el despido de mujeres embarazadas sin causa justa de forma similar que en los países industrializados y latinoamericanos. Sin embargo, la legislación nacional presenta diferencias respecto de la duración del fuero maternal y la cobertura de todos los sectores de la actividad económica y de ocupaciones⁽²⁵⁵⁾. La licencia maternal en Chile, por ejemplo, es una de las más largas de América Latina. La mayoría de los países no establece restricciones sobre cómo estructurar los períodos pre y post-natal, norma que ha sido cuestionada en Chile. En América Latina, por ejemplo, existe flexibilidad en la mayoría de las legislaciones para trasladar tiempo del pre al post natal.

(253) Al respecto ver ENCLA, 2002.

(254) Ver Acosta, Elaine y Peticara, Marcela. op. cit.

(255) Así, por ejemplo, mientras la legislación chilena reconoce este derecho a las mujeres durante el embarazo y hasta un año después de finalizada la licencia por maternidad, la ley argentina protege el empleo de la trabajadora hasta siete meses y medio después del parto, la costarricense señala que la protección contra el despido se extiende durante el periodo de lactancia pero sin especificar duración y la normativa de Ecuador alude exclusivamente a la finalización de la licencia por maternidad. Los países industrializados, sumados a Uruguay, Chile y El Salvador prohíben que la mujer embarazada desarrolle actividades consideradas insalubres o peligrosas.

Sin embargo, a la luz de la lectura de las normas jurídicas vigentes en nuestro país, es plausible sostener que:

- 1) existe una contradicción entre lo que podría considerarse un tratamiento de privilegio a la mujer trabajadora, expresado en la existencia de normas especiales de protección, y la fuerte reivindicación de la igualdad de oportunidades y trato, con planteamientos tendientes a eliminar toda forma de discriminación por sexo tanto en remuneración como en la ocupación de los puestos de trabajo,
- 2) la legislación no parece adecuada a los cambios derivados del rápido proceso de incorporación de la mujer al mercado laboral, las tensiones de roles que ello produce así como los cambios recientes introducidos en el mercado laboral; y
- 3) las reformas a la normativa orientadas o encaminadas a resolver estas tensiones no han logrado despejar elementos de tensión subsistentes que propendan a una reconciliación del mundo laboral y familiar en vistas de la atención integral del niño/a.

Sobre estos puntos vale la pena destacar algunos argumentos.

La legislación laboral tiende a establecer un estándar rígido para el conjunto del sector productivo, sin considerar la heterogeneidad existente en su interior y la necesidad de adaptarse rápidamente a situaciones que son muy dinámicas. En tal sentido, queda pendiente avanzar en aspectos que pueden redundar en beneficios para una conciliación de la vida laboral y familiar como son la jornada laboral y las modalidades de contratación. Esto permitiría conjugar mayores grados de flexibilidad laboral pero con protección a los trabajadores, legitimar la regulaciones más flexibles y desarrollar una legislación mejor adaptada a las condiciones específicas de cada empresa (Mizala y Romaguera, 2000)

En relación con la duración y tipo de jornada laboral, la normativa vigente (Código del Trabajo) no es compatible con las nuevas formas de trabajo basadas más en el producto que en el tiempo de trabajo. Estas modalidades se están introduciendo en el mercado laboral en forma creciente con el objeto de obtener mayor productividad al mismo tiempo que permiten compatibilizar las tareas familiares con las obligaciones laborales⁽²⁵⁶⁾.

(256) Dentro de estas nuevas modalidades se encuentran las jornadas parciales, la reducción del tiempo de trabajo en el año, la flexibilidad horaria, el banco de horas y el teletrabajo.

La normativa laboral vigente no permitiría acumular horas de trabajo para su futuro uso, ya que existen restricciones diarias y semanales que determinan las jornadas ordinarias. Tampoco hay margen para distribuir las horas o semanas de trabajo al año. Existen ciertas flexibilidades (Art. 38, modificado por la Ley No. 19.482 del 3/12/96) pero la ley es bien explícita al establecer que estas modalidades sólo deben adaptarse en caso de fuerza mayor. Las empresas, sin embargo, pueden establecer normas de trabajo más flexibles a través de distintas modalidades. No obstante, algunas de estas prácticas (tal es el caso de la subcontratación) no están normadas en forma adecuada dando lugar a maltratos y abusos frecuentes.

Por su parte, otros estudios demuestran que la normativa existente en lo que dice relación con las condiciones de higiene y seguridad en los ambientes de trabajo están siendo sobrepasadas. Incluso los pisos mínimos referidos por ejemplo a Concentraciones Ambientales Máximas Permitidas respecto de productos químicos, existencia de servicios higiénicos y agua potable en el lugar de trabajo y niveles de ruido aceptables no son respetados, como tampoco las normas referidas a la extensión máxima de la jornada laboral. Lo antes dicho puede tener repercusiones dañinas en el periodo de gestación y en ese sentido la ley no es específica de aquellos factores adversos para tal etapa.

Al observar las modalidades de cumplimiento de la legislación protectora de la maternidad se detecta la existencia de otorgamiento de beneficios no siempre

exactamente apegados a lo establecido en la ley. Un ejemplo de ello lo constituye el pago de una suma de dinero directamente a la trabajadora para reemplazar la obligación de costear la sala cuna. Esta práctica de carácter ilegal resulta en muchas ocasiones de un acuerdo entre las partes y aunque pueda resultar conveniente para ambos el monto asignado habitualmente es menor que el valor cobrado por el servicio formal de cuidado (Henríquez y Riquelme, 1997).

Otras situaciones similares a ésta son la reducción del derecho de alimentación al periodo de amamantamiento o la práctica de llegar una hora más tarde o retirarse una más temprano del trabajo como fórmula para cumplir el mismo derecho. Los datos sugieren que estas adecuaciones en muchos casos se ajustan a los deseos y posibilidades de la trabajadora, aún cuando impliquen una rebaja de costos para la empresa. Esta situación ameritaría la revisión de lo dispuesto en la normativa de modo de hacer los ajustes que se requieran.

F.4) Omisiones normativas o tratamiento incompleto

En relación con las omisiones de temas relevantes que requieren ser considerados por la normativa en lo que se refiere a la protección del niño/a desde su gestación hasta los tres meses vale mencionar los siguientes vacíos:

El tema de la protección a la maternidad no se agota en la revisión detallada de los efectos que tiene en quienes están cubiertas por ley. El problema más grave, entendido como la mayor carencia del modelo de protección a la maternidad (permisos pre y post natal y derecho de alimentación del hijo/a menor de dos años), radica en la insuficiencia en la cobertura de esta protección. El número de trabajadoras excluidas parece ser alto y en razón de las nuevas modalidades de empleo tiende a ir en aumento. En el año 2002, el 25,8% de las empresas chilenas empleaba a 20 mujeres o más, con lo cual solo un cuarto de las empresas tenían la obligación de proveer salas cunas a los hijos/as menores de dos años.

Al ejemplo anterior hay que agregar los casos de mujeres que se emplean en el sector informal, aquellas que trabajan a honorarios, el trabajo a domicilio, las temporeras, entre otras modalidades de inserción laboral llamadas “atípicas”, pero que por razones de discriminación en el mercado laboral, se generalizan especialmente entre las mujeres. De los derechos de sala cuna y alimentación están excluidas las trabajadoras de empresas pequeñas (que como sabemos concentra una parte considerable de la mano de obra del país) o de mayor tamaño pero con bajo empleo femenino. Adicionalmente, quedan excluidas las 19 mujeres contratadas en una empresa que no necesariamente es pequeña, pero que contrata más mujeres para no ser alcanzada por la norma.

Como lo indican Abramo y Todaro (2002) la legislación vigente tiene varias limitaciones. En primer lugar, el derecho a sala cuna está asociado exclusivamente a las mujeres y no a los hijos/as indistintamente a través del padre o de la madre (ambos con responsabilidades familiares), lo que contribuye a reforzar la desigual distribución de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y a dificultar el acceso femenino al trabajo.

Por tal razón, el criterio para evaluar la adecuación de las leyes a las actuales condiciones del mundo laboral y cómo ello afecta el desarrollo integral del niño/a no debe restringirse al análisis de su cumplimiento (como lo vimos en la sección anterior), sino que también requiere evaluar su cobertura, en otras palabras, averiguar cuán inclusivas son estas leyes.

F.5) Conclusión

La revisión de la normativa permite concluir que en Chile la protección del niño/a desde que está en gestación hasta sus tres meses de edad está considerada. En

efecto, ella se expresa en la facultad de la madre de dejar de trabajar, de mantener sus ingresos mediante los respectivos subsidios, de garantizar el empleo mediante el fuero que la protege, de cuidarlo en caso de enfermedad grave y de garantizar el cuidado del hijo/a así como de alimentarlo durante los dos primeros años de vida si se dan las condiciones de exigibilidad de sala cuna para el empleador. Cabe agregar que varias de estas protecciones se establecen respecto del padre del niño/a o de quien lo tenga a su cuidado por resolución judicial. Ello reafirma que la intención de la normativa en estos casos, más que proteger la maternidad, ha avanzado en la búsqueda de protección de la familia.

Sin embargo, el análisis realizado permite concluir respecto de esta dimensión que el problema no se encuentra tanto en el déficit o incongruencia de la norma como en su débil capacidad de ajuste a la situación cambiante de incorporación de la mujer al mercado laboral con las tensiones que ello acarrea, así como la introducción acelerada de nuevas modalidades de empleo y condiciones de trabajo distintas.

En términos amplios, algunos estudios demuestran que ni las trabajadoras ni los empleadores se declaran partidarios de modificar drásticamente la legislación vigente. La tendencia general apunta a conservar las distintas instituciones, ampliando el ejercicio de algunos derechos a mayor número de trabajadoras y propiciando cambios y acomodos que, recogiendo la diversidad existente entre las trabajadoras, faciliten el ejercicio de sus derechos de maternidad sin que ello afecte sus condiciones de inserción igualitaria en el mercado laboral.

No obstante, el sistema legal enfrenta el desafío de ampliar a todas las trabajadoras la protección a la maternidad, así como que el cuidado de los hijos/as sea una responsabilidad compartida y cofinanciada entre la familia, el Estado y los empresarios.

Propuestas y recomendaciones

4

A) Primera dimensión: Salud

En los párrafos que siguen se sugiere estudiar la aprobación de un corpus normativo con rango legal que contribuya a resolver parte de las deficiencias que han sido consignadas con ocasión del análisis crítico (supra 3.1). Así, se propone la discusión de un proyecto de ley que se refiera a la promoción de la salud; otro, a la de prevención de las enfermedades; un tercero, al diagnóstico precoz; y el último, a los derechos de los enfermos y del personal de salud.

Desde un punto de vista de técnica legislativa, pudiera pensarse en la posibilidad de regular los tres primeros puntos en un solo proyecto de ley, dejando los aspectos sobre los derechos de los enfermos y del personal de la salud en otro proyecto de ley.

En segundo lugar, y en complemento de las recomendaciones anteriores, se propone revisar el tratamiento de la normativa que protege a la familia.

A.1) Discusión de proyectos de ley que fortalecerían el desarrollo integral de los recién nacidos o que están por nacer

Se propone estudiar la elaboración de dos anteproyectos de ley que actúen en los niveles iniciales del proceso de mantención de la salud y desarrollo de la enfermedad. El primero de los textos pudiera abordar temáticas referidas a la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades, y el diagnóstico precoz. El segundo, pudiera encargarse específicamente de los derechos de los pacientes y del personal de salud.

De acuerdo al conocimiento actual, apostar por mayor promoción de la salud y prevención de enfermedades, entre muchos beneficios, puede aumentar la eficacia y eficiencia de los esfuerzos en salud, disminuir la carga de enfermedad y mejorar la calidad de vida de la población. Apostar por una buena normativa en el ámbito del diagnóstico precoz puede traducirse en una disminución significativa en los costos de tratamiento cuando la enfermedad está avanzada, disminuiría la mortalidad y reduciría las secuelas y el gasto en rehabilitación.

A la hora de evaluar la pertinencia de la redacción del articulado, deben considerarse los siguientes *indicadores* de impacto de estos proyectos normativos, a objeto de poder monitorear sus resultados:

- 1) esperanza de vida al nacer,
- 2) esperanza de vida al año de edad,
- 3) tasa de mortalidad general,
- 4) tasa de mortalidad neonatal,
- 5) incidencia de VIH/SIDA en niños,
- 6) años de vida potencial perdidos,
- 7) años de vida libre de discapacidad,
- 8) prevalencia de trastornos nutritivos,
- 9) carga de enfermedad,
- 10) incidencia y duración de las licencias médicas otorgadas al personal de salud,
- 11) nivel de satisfacción laboral del personal de salud.

En cuanto a la metodología apropiada para preparar los anteproyectos, se propone generar un diseño participativo en el cual puedan intervenir representantes de las sociedades científicas interesadas en el desarrollo integral de los menores de edad⁽²⁵⁷⁾, de las Facultades de Medicina del país —en especial, aquellas que realizan investigación—, el Colegio Médico de Chile A.G., y, obviamente, los equipos técnico-políticos de los Ministerios de Salud, de Educación, de Vivienda y Urbanismo, de Justicia, y de Planificación.

(257) Nos referimos, por ejemplo, a los beneficios que se observan para los funcionarios y familiares de las ramas de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

Naturalmente, hay un grupo numeroso de instituciones estatales fuera del sector salud que también pudiesen aportar en el debate —Junta Nacional de Jardines Infantiles, Servicio Nacional de Menores, Fondo Nacional de la Discapacidad, etc.—. Adicionalmente, existen grupos comunitarios que han reunido experiencia en algunos de los temas que debiesen tratarse en la elaboración de la normativa sugerida: Asociación de Diabetes Juvenil de Chile, Corporación de Ayuda al Celíaco y una larga lista de instituciones que apoyan a enfermos crónicos.

Demás está decir que para el éxito de la tramitación de los proyectos de ley sugeridos se requiere un trabajo cooperativo con las Bancadas y Comités del Congreso Nacional.

En cuanto a las materias que no pudieran omitirse, considérese lo mencionado con anterioridad (en *supra* 3.1) a propósito de la importancia de apoyar y respaldar el desarrollo de los sistemas de vigilancia epidemiológica de afecciones consideradas de importancia médico social.

Dada la continuidad de la génesis de la salud y la enfermedad, estas normativas debiesen incluir aspectos de la salud del adulto y de la salud de niños y adolescentes. Los adolescentes son un grupo de edad que requiere mayor atención normativa. Se puede estudiar la posibilidad de consolidar iniciativas en este sentido que los consideren dentro del proceso de desarrollo integral de la población. Por ejemplo, el derecho a recibir libremente información que apunte a su salud, a asegurar su derecho a la educación en todos los niveles y a no ser discriminado, cualquiera sea la causal, etc. Una normativa de este tipo pudiese proteger, adicionalmente, a niños/as de embarazos no deseados que ocurren en edad adolescente —de reconocido mayor riesgo biológico, psicológico y social— y a los niños/as no deseados cuya frecuencia exacta se desconoce pero se estima en 3 a 5% en la etapa de recién nacido.

1º. Ley de Promoción de la Salud. Un enfoque en promoción, que considere a la salud como un continuo desde la infancia, permitiría tener impactos favorables en la mortalidad general y la mala calidad de vida de la población infantil y adulta. Este cuerpo normativo debiese incluir especificaciones para actuar sobre las condiciones y características de la población; las condiciones del medio ambiente global y específico; y algunas particularidades de los agentes productores de enfermedad; es decir, hacerse cargo de la denominada *tríada ecológica*.

Entre otras bondades, pudiese ser el respaldo legal del incremento de la participación comunitaria en la atención de salud y de una coordinación adecuada entre los Ministerios de Educación, Salud, Vivienda y otros organismos públicos. Esta coordinación pudiese traducirse en un tratamiento sistemático y multisectorial de temas referentes a la promoción, tales como, la reducción de la vida sedentaria, la prolongación del permiso postnatal, la evaluación periódica de los asentamientos humanos, entre muchos otros asuntos.

2º. Ley de Prevención de la Enfermedad. Un enfoque en prevención permitiría ahorrar costos al disminuir las enfermedades y proteger la salud del producto de la concepción y el menor de tres meses.

Entre otras características, pudiese ser el respaldo legal del incremento de la participación comunitaria en la atención de salud y de iniciativas concretas que integrasen el actuar de los Ministerios de Educación y Salud, por ejemplo, a través de una adecuada coordinación de los contenidos curriculares al referirse al cuidado de la salud en general.

Esta ley pudiese acoger y consolidar aportes concretos a la salud del producto de la concepción y los menores de tres meses, incluyendo temas muy diversos desde el consumo de tóxicos hasta la entrega amplia y libre de educación y recursos para prevenir los embarazos no deseados. Su ideación no debería excluir los aspectos relativos a la salud mental de las familias, las niñas y niños.

3°. Ley de Diagnóstico Precoz y Pesquisa de Enfermedades. Entre otras características, esta norma podría ser el respaldo legal del perfeccionamiento de los sistemas de diagnóstico precoz (pesquisas de afecciones), de la mejor inclusión de aspectos éticos, de calidad de la atención, y del incremento de la participación comunitaria en la atención de salud.

En cuanto al diagnóstico precoz, numerosas patologías que requieren ser diagnosticadas en forma rápida pudiesen ser incluidas en esta normativa y tratadas con la metodología de plazos fijos, para asegurar la eficacia y eficiencia de la detección. Es decir, se pudiesen establecer plazos para efectuar el diagnóstico precoz de numerosas condiciones, siguiendo un esquema como el de la Ley de Garantías Explícitas en Salud.

Al menos se debieran incluir las pesquisas de:

- (i) malformaciones congénitas (en especial las cardíacas, del tubo neural, gastroenterológicas y del aparato respiratorio),
- (ii) fibrosis quística,
- (iii) hipoacusia,
- (iv) defectos visuales, y
- (v) síndrome de deficiencia adquirida.

La redacción e inclusión de las condiciones pesquisadas debiese ser amplia y flexible, para permitir incorporar gradualmente otras nuevas, de acuerdo al avance esperado de la tecnología de diagnóstico precoz.

4°. Ley de Derechos de los Pacientes y de quienes los atienden. El 11 de Octubre, 2000 fue presentada una moción con la finalidad de regular los derechos de los pacientes, que se encuentra en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados (Boletín 2597–11). El 12 de junio de 2001 ingresó a tramitación parlamentaria un proyecto más ambicioso referido a los derechos y deberes de las personas en materia de salud (Boletín 2727–11), el que a pesar de haber sido aprobado en general en la Cámara de Diputados, ha sido archivado a petición del Ejecutivo el 7 de marzo de 2006.

Lo relevante es que en nuestro país no existe una norma con rango de ley que establezca cuáles son los derechos de los pacientes. Tampoco se ha aprobado una ley que precise los derechos de los profesionales y funcionarios que se desempeñan en el sector salud, siendo que parece importante preservar y perfeccionar los derechos de quienes ejecutan las tareas de salud, dado que de esta forma se facilita el buen desempeño de sus roles. El trabajo en salud es reconocido como una labor exigente en las áreas del conocimiento, las destrezas y la presión emocional de quienes lo desempeñan.

No siendo objeto de esta investigación —acotada al recién nacido/a y al que está por nacer— el análisis de un proyecto de ley que se refiera a ambos asuntos, no es menos cierto que en caso de ser discutidos y aprobados, inevitablemente, podría tener un impacto en las condiciones de su desarrollo.

Por tanto, se sugiere tener en cuenta que esta normativa pudiese significar un progreso importante en la atención de salud del país para las embarazadas y niños/as enfermos. Entre otras características, pudiese ser también ser el respaldo legal del perfeccionamiento de los sistemas de diagnóstico precoz, de la mejor

inclusión de aspectos éticos, de calidad de la atención, y del incremento de la participación comunitaria en la atención de salud.

También se propone prestar atención al *Decálogo de los Derechos del Niño Hospitalizado*. En septiembre de 1992, el Consejo Regional Santiago del Colegio Médico de Chile, propuso un Decálogo para humanizar la atención del niño/a enfermo y hospitalizado. Ese texto incluye la importancia del derecho del niño/a a la vida, a la compañía de sus padres y a la lactancia materna durante su hospitalización. A la vez, consideraba los derechos a no ser hospitalizado, o bien hospitalizado en forma transitoria, a ser considerado en su dimensión biopsicosocial durante su hospitalización; así como a que sus padres o quienes los sustituyen se incorporen al equipo de salud que vela por su mejoría, sin excluir otras consideraciones⁽²⁵⁸⁾.

Esta iniciativa pudiese mejorarse considerando la perspectiva de quienes están enfermos pero que no son hospitalizados e incluyendo la experiencia acumulada por Comités de Ética Pediátrica y ética hospitalaria del país. Una normativa sobre esta materia permitiría proponer una organización concreta y respaldada para los niños/as con enfermedades crónicas. También podría perfeccionarse haciendo mención de los derechos de los niños/as cuando reciben atención ambulatoria, que es la más habitual.

A.2) Fortalecimiento de la normativa que protege a la familia

Si bien las propuestas específicas para fortalecer el entorno familiar se encuentran en otra sección de este capítulo (infra 4.3), es menester destacar algunos puntos que tienen estricta relación con la dimensión de salud.

Acogiendo los postulados de la Constitución de la República se puede considerar e incluir medidas específicas y concretas que han sido propuestas por diversos sectores del quehacer nacional. En efecto, esta normativa puede agrupar y perfeccionar, en forma coherente, todas las disposiciones que apuntan en esta dirección.

Entre ellas, por ejemplo, se puede analizar la posibilidad de prolongar el postnatal de la madre y el padre, y estudiar nuevamente una flexibilización del permiso prenatal (las dos primeras disminuirían su actual costo nacional con el descenso de la natalidad que se experimenta).

Otro aspecto que puede considerar y actualizar esta normativa es la reglamentación sobre adopción y violencia intrafamiliar, aunque estos temas se abordarán más adelante.

B) Segunda dimensión: Identidad

B.1) Facultades y organización del Registro Civil

En el entendido que debemos avanzar hacia mecanismos de inscripción de los nacimientos que ocurren en el país que permitan lograr una máxima cobertura, con el menor costo posible, dentro de plazos razonables, y que los procedimientos que se establezcan han de ser lo más sencillos posibles, se propone revisar la normativa vigente en lo que a facultades y funcionamiento del Registro Civil se refiere.

Por ejemplo, pudiera pensarse en un sistema más expedito mediante el cual el recinto hospitalario en el que ocurre el nacimiento deba proporcionar en línea todos los antecedentes al Registro Civil, debiendo el facultativo a cargo verificar la voluntad de la madre y del padre respecto del nombre y apellidos que se otorgan al recién nacido/a. Con esta medida, formulada de manera ejemplar, no se pretende sustituir el rol del Oficial del Registro Civil, sino adelantar y facilitar el proceso de inscripción de un niño/a en el Registro Civil, junto con corroborar la información.

- (258) 1. Derecho del niño a la vida. Frente a cualquier situación debe primar este derecho.
2. Derecho del niño a la compañía de sus padres y a la lactancia materna durante su hospitalización.
3. Derecho del niño a no ser hospitalizado, o bien hospitalizado en forma transitoria, cuando su hogar otorgue mayores y mejores cuidados que el hospital.
4. Difusión y estudio en forma nacional y obligatoria de los derechos del niño y particularmente los derechos del niño hospitalizado.
5. Derecho del niño a ser considerado en su dimensión biopsicosocial durante su hospitalización. El niño no es una enfermedad que se hospitaliza, es un ser humano.
6. Derecho del niño a visitas abiertas durante su hospitalización. El niño debe mantener su vinculación sicosocial con su medio habitual.
7. Derecho del niño a que sus padres o quienes los sustituyen se incorporen al equipo de salud que vela por su sanación.
8. Derecho del niño a no ser discriminado de otros niños en el acceso y disfrute de los medios humanos, terapéuticos y a las condiciones ambientales necesarias a su sanación.
9. Derecho del niño a recibir todos los cuidados y terapéuticas necesarias a su enfermedad, incluso, si fuese necesario, con la intervención de la justicia si sus padres o persona que los sustituya los niegue o los impida.
10. El niño debe disfrutar de todos los derechos consagrados nacional e internacionalmente hasta su pleno desarrollo sicobiológico.

B.2) Determinación del nombre del recién nacido

Nuestra legislación no es clara sobre los derechos de los padres al momento de inscribir el nacimiento de la hija o hijo, en especial cuando el padre y la madre no se encuentran de acuerdo con el nombre que en definitiva se concederá.

Lo único que se señala es el derecho de la persona que solicita la inscripción a dar cuenta de los nombres y apellidos que se otorgarán al recién nacido/a.

En tal sentido, se sugiere que se reconozca explícitamente a la madre y al padre el derecho de determinar el nombre que recibirá la hija o hijo. Y en caso de desacuerdo, la fórmula para resolver la desavenencia de criterios es, por ejemplo, privilegiando la opinión de la madre.

Se sugiere que el Estado no intervenga en absoluto en la determinación del nombre del recién nacido/a, derogando la facultad que en la actualidad se confiere al Oficial del Registro Civil de oponerse al nombre que el solicitante le informe al momento de la inscripción.

Lo anterior implica derogar las cinco causales de prohibición, y modificar la atribución de observar deficiencias formales.

También parece innecesario el procedimiento que existe en la actualidad de otorgar a los tribunales la facultad de dirimir la discrepancia que eventualmente se pudiera producir entre el solicitante y el Oficial del Registro Civil. Es más razonable que la decisión final corresponda al solicitante.

En cuanto al orden de los apellidos del recién nacido/a, el equipo investigador no tiene un pronunciamiento sobre la conveniencia de aprobar o no la moción parlamentaria presentada el 2005, aunque se reconoce la conveniencia de debatir el punto.

B.3) Situación de las hijas e hijos de extranjeros transeúntes

Se sugiere revisar el contenido del D.L. N° 1.094, en especial en lo referente a la falta de claridad normativa sobre la situación en la que se encuentran los hijos/as de transeúntes.

B.4) Situación de hijas e hijos indígenas

La Ley N° 19.253 reconoce a los integrantes de la etnia Rapa Nui la posibilidad de anteponer el apellido materno al paterno, si con ello se preserva un patronímico de dicha etnia. También están facultados los rapa nui para solicitar rectificaciones a sus partidas de nacimiento en caso que hayan sido privados de sus apellidos originales, con la finalidad de recuperarlos.

No habiendo razón alguna para sólo conceder este beneficio a los integrantes de la etnia o pueblo rapa nui, pareciera ser recomendable que se modifique el art. 71 de la Ley N° 19.253 a objeto que este derecho sea reconocido a todos los indígenas del país.

B.5) Cédula de identidad

Se propone establecer la obligatoriedad de contar con cédula de identidad a partir de una cierta edad, la que pudiera someterse a debate. Una medida tan sencilla como ésta pudiera traducirse en un mayor conocimiento de la autoridad pública de la identidad de sus nacionales, a objeto de apoyar el desarrollo integral de los niños/as.

B.6) Actualización de expresiones inapropiadas en el ordenamiento jurídico

La lectura de la normativa vigente permite constatar la utilización de expresiones poco felices a la luz del lenguaje jurídico actual. Por ejemplo, debiera suprimirse el resabio en algunas normas cuando se distingue entre hijos/as legítimos e ilegítimos.

C) Tercera dimensión: Aprendizaje

El estado actual de formulación de la normativa exige revisar su adecuación al principio del reconocimiento de la importancia de los primeros años de vida en el desarrollo futuro de las personas y la inclusión de la perspectiva de derechos en el tratamiento de la infancia. Así se podrá evaluar si los servicios ofrecidos para este grupo social se encuentran en sintonía con los principios de la Convención.

En la reformulación propuesta a la normativa vigente se sugieren dos alternativas. Una primera que considera la inclusión en un solo corpus de ley de los elementos que a continuación se detallan. Dicha ley permitiría articular adecuadamente los aspectos críticos identificados. En tal sentido, se sugiere la creación de una Ley de Atención Integral a la Primera Infancia. Una segunda alternativa sería evaluar la manera de incorporar las siguientes sugerencias en la normativa actualmente vigente. Cualquiera sea el caso, los elementos que deberían estar presentes son los que siguen:

Incorporar una visión integral de la infancia, donde se considere el tema del *cuidado* en sus múltiples funciones, a saber, la protección y seguridad de los/as niños/as, así como la entrega de un ambiente apropiado para el desarrollo en todas sus dimensiones: salud (mediante la provisión de nutrientes y alimentación adecuados), educación (mediante adecuada estimulación, generación de hábitos y juegos), comunicación (mediante la socialización) y afectos (proporcionando apoyo y dedicación).

Explicitar el reconocimiento de la *importancia de los cuidados y las responsabilidades domésticas para la sociedad*, abordándolo como un problema social. De este modo, deberá repensarse la repartición de las responsabilidades de cuidado entre las diversas instituciones sociales, a saber: el Estado, la familia, el mercado de trabajo y el tercer sector.

La inclusión del tema del cuidado en relación con el tramo etario en estudio es necesaria pero no suficiente. Debe normarse pensando en un conjunto en el que se contemple tanto *el cuidado como la educación*.

Para ello se debe *incorporar el concepto de educación y cuidado para la infancia temprana (Early Childhood Education and Care, ECEC)*. Su incorporación permitiría normar considerando todos los tipos de provisión de cuidado y educación para los/as niños/as que no tienen edad para asistir en forma obligatoria a establecimientos educacionales, independientemente del lugar, del tipo o modos de financiamiento, de los horarios y contenidos de programas en que se ofrezca el servicio.

Incorporar formas de protección y control respecto de dos ámbitos: si los receptores de cuidado reciben la atención que merecen, en el entorno que eligen y con el tiempo que requieren. Al mismo tiempo, si los *proveedores de cuidado* cuentan con tiempo suficiente para realizar tal actividad y si se encuentran adecuadamente equipados para ello. Para asegurar tales condiciones a unos y otros sujetos involucrados cabe preguntarse por las responsabilidades estatales en la protección de los ciudadanos más débiles.

Actualizar e incorporar en el cuerpo de la norma una clasificación más coherente con la oferta de cuidado y educación para la infancia temprana en Chile. Para ello se requiere ampliar los criterios con los que se define la oferta formal o informal. Al respecto se sugiere tomar en cuenta las siguientes dimensiones:

- a) el tipo de oferta,
- b) el nivel de formalización,
- c) el tipo de financiamiento,
- d) los soportes institucionales,
- e) los objetivos,
- f) el tipo de población en la que se focaliza, y
- g) el control y supervisión sobre su desempeño en términos de calidad.

Normar respecto de la oferta informal de cuidado infantil. Por la amplitud de sus servicios en Chile, la complejidad que reviste en cuanto a las relaciones sociales que implica, por la realidad cultural que entraña y por constituir una fuente de generación de modalidades no convencionales se hace en extremo necesario su reconocimiento e incorporación en la normativa vigente.

Transitar hacia un modelo corporativo de apoyo al cuidado infantil de acuerdo a la participación del Estado. El Estado Chileno debe transitar hacia un acuerdo social cuyo objeto final sea el de proveer al niño/a acceso a cuidado formal y facilitarle a la madre su inserción laboral. El derecho al cuidado infantil es un derecho familiar, que de ninguna manera debe asignarse exclusivamente a la mujer. Para ello se necesita redefinir y reestructurar la división de las responsabilidades de cuidado, buscando establecer un nuevo balance entre los proveedores (familia, mercado y Estado). El rol subsidiario del Estado debe consignarse en exclusividad a garantizar el acceso a cuidado infantil de calidad.

Evaluar la manera en que la normativa vigente puede anticiparse en forma adecuada a la expansión y diversificación de la provisión de servicios de cuidado y educación para la infancia temprana hacia el logro del acceso universal. Las necesidades de ampliación de la cobertura, particularmente en el grupo de 0–3 años, requiere de criterios flexibles que permitan promover y legitimar el uso de modalidades no convencionales allí donde la propia comunidad ha desarrollado este tipo de iniciativas o existen condiciones adecuadas para instalarla.

Incorporar la dimensión de coordinación de las políticas y los servicios destinados a la educación y el cuidado para la infancia temprana. La introducción de mecanismos flexibles de cuidado y educación infantil, adecuados a la realidad territorial, social y familiar exige más y mejor articulación entre las distintas instituciones y niveles de toma de decisiones involucrados. Se requiere diseñar una fórmula institucional más adecuada y coherente a los nuevos desafíos y complejidades del escenario actual de cambios en la infancia y participación laboral de la mujer que a su vez puede responder con rapidez a las distintas iniciativas y propuestas que surgen en este ámbito. En el diseño de esta fórmula se deberá procurar un sano equilibrio de aquellos aspectos (financiamiento, estándares de calidad, monitoreo y seguimiento, supervisión y control, etc.) que requieren centralizarse y los que deben mantenerse en forma descentralizada.

Ampliar o mejorar la forma en que está considerada la participación y comprometimiento de los padres, familias y comunidades, sentando las bases de un cambio cultural. La comunidad organizada juega un papel fundamental en la sensibilización de las familias acerca de la importancia de la educación en la infancia temprana. La socialización de experiencias exitosas de las modalidades no convencionales es clave en la multiplicación de iniciativas que permitan conciliar las necesidades de la mujer que trabaja con la atención integral del niño/a.

Incorporar la dimensión de promoción de la paternidad y maternidad responsable, consignando las responsabilidades y tareas que les caben a los distintos actores en ello: medios de comunicación masiva, consultorios, escuelas, servicios públicos, municipios, entre otros.

D) Cuarta dimensión: Entorno familiar

Creemos que, en el futuro, sería deseable introducir modificaciones a nuestra legislación en los siguientes sentidos:

D.1) Creación de un cuerpo normativo que abarque todo lo relativo a nuestros niños y niñas

Es decir, creemos indispensable contar con una sola reglamentación que abarque todos los aspectos de los niños y niñas. Desde la protección a su vida, su salud, sus derechos de carácter económico y no económico, etc. De modo que exista una fuerte coherencia entre las disposiciones. Sólo de esta forma, estimamos, no se producirán (o disminuirán en gran medida), las descoordinaciones o contradicciones de normas. Podría tratarse de un Código de Familia o incluso, más específicamente de un Código de la Infancia, como ya existen en casi toda América.

D.2) Mayor incorporación de los principios de la Convención de los Derechos del Niño

Si bien es cierto que hemos avanzado en esa dirección, aún subsisten algunas carencias, como lo que sucede en la Ley N 19.620, sobre adopción y el Principio de Identidad de todo niño y niña. Para eso, estimamos necesario que se incorpore paulatinamente la obligación de los adoptantes a dar a conocer al adoptado su “verdad biológica”.

D.3) Medidas de protección más eficaces ante la violencia intrafamiliar

Una de las dificultades que presenta la violencia intrafamiliar radica en encontrar soluciones que realmente permitan erradicarla. Parece más difícil si pensamos que los afectados por ella son los niños y niñas, que muchas veces no cuentan con la ayuda del otro padre o madre (el no agresor) para defenderse, puesto que él o ella también normalmente está sometido a esa violencia.

Por otra parte si se decreta la salida del ofensor del hogar común, esto normalmente influye negativamente en los ingresos familiares, ya que en gran medida el autor de la violencia es quien provee del sustento diario, por tanto, con esta “solución” estamos provocando otro daño más a los niños y niñas.

D.4) Soluciones legislativas más acordes a las diversas realidades familiares

Como comentábamos en su oportunidad, en Chile no podemos hablar de un “tipo de familia”, si ni siquiera existe una definición legal de ella, nos parece totalmente absurdo pensar en soluciones únicas a fenómenos que a veces sólo comparten su denominación (entiéndase “separación”, “divorcio”, “nulidad”). En otras palabras creemos que el legislador debería atender a esa diversidad y, por lo tanto, admitir mayor flexibilidad a las soluciones planteadas por los padres. Incluso, sostenemos que el Estado debería incentivar estas instancias de diálogo a través de la incorporación de mediaciones gratuitas realizadas por personas debidamente capacitadas. Entre otras cosas, porque esto permitiría a los padres “apropiarse” de modo más legítimo de sus propios conflictos y por lo mismo, sentirse también más responsables de sus soluciones, evitando que todo deba resolverse ante un tercero imparcial (Juez de Familia), lo que inclusive, podría traer aparejado una descongestión de los Tribunales de Familia.

E) Quinta dimensión: Habitabilidad

Las recomendaciones en esta área son:

E.1) Ajustar aquellas reglamentaciones con un enfoque que no promueve el desarrollo integral de la infancia

Dada la amplitud que tiene la potestad reglamentaria en este ámbito sectorial es posible ajustar tanto la OGUC como las reglamentaciones de los diferentes programas de vivienda o las ordenanzas de algunos instrumentos de planificación para ajustarlas a las exigencias que pudiese demandar el desarrollo integral de la infancia.

E.2) Definir estándares que puedan generar un enfoque de derechos en torno a la vivienda

El ajuste anterior, sin embargo, debiera suponer no sólo incorporar declaraciones programáticas a favor de la infancia. El ideal es asumir un enfoque de derechos, cuestión que exige identificar estándares o prestaciones concretas que luego puedan ser exigidas por los ciudadanos. Sin embargo, dado que este es sólo un examen jurídico ignoramos cuáles debieran ser éstos. Su definición debiera ser fruto de un trabajo multidisciplinario.

E.3) Reformar la legislación relativa al SEIA en lo tocante a los instrumentos de planificación territorial

Dado que actualmente está en curso una modificación de la normativa ambiental, que encabeza la Ley N° 19.300 (D.O. 09.03.1994), sobre Bases Generales del Medio Ambiente, sería oportuno reformular la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) de los instrumentos de planificación para dar paso a una Evaluación Ambiental Estratégica (EAE), realmente eficaz.

E.4) Generar fórmulas que moderen la segregación

Dado que la tendencia del mercado es naturalmente segregadora, la Ley debiera imponer ciertos límites a este fenómeno. Algunas ideas posibles de implementar serían:

- Exigencias cuota de viviendas sociales a los proyectos inmobiliarios de un tamaño relevante. Se propone dotar de rango legal a las zonas urbanizables de desarrollo condicionado (ZUDC), de 1997, que indujeron la construcción de estas viviendas por la vía de fijar densidades y alturas propias de esta tipología⁽²⁵⁹⁾, en una primera etapa, para luego pasar —con los Proyectos de Desarrollo Urbano Condicionado (PUDC) de 2003— a exigir un 30% de viviendas susceptibles de adquisición mediante subsidios habitacionales públicos, dentro de las cuales al menos un 40% fuese vivienda social⁽²⁶⁰⁾. De esta manera la ciudad futura incorporará necesariamente a todo tipo de habitantes. Esto resguardará que las ZUDC sean sustentables socialmente, debiendo también evaluarse de manera previa su sustentabilidad ambiental. También es imprescindible que estos proyectos internalicen los costos que tendría extender horizontalmente la ciudad —supuesto que esto fuese ambientalmente tolerable—, de manera que si es más costoso crecer de esa manera que densificando el interior —como la lógica parece indicar muchas veces— los proyectos no debieran materializarse.
- Exigencia de cuotas de vivienda social a todos los Municipios. La experiencia más innovadora en este punto es la Ley de Solidaridad y Renovación Urbana de Francia (2000), que adoptó una opción radical al exigir que toda colectividad de más de 35.000 habitantes situada en una aglomeración de más de 50.000 habitantes llegue a tener, en un plazo de 20 años, un 20% de viviendas sociales o públicas en su parque inmobiliario. En consecuencia, esta sería la mínima he-

(259) Se pidió que al menos el 2% de la superficie loteada o urbanizada tuviera una densidad bruta de 300 a 400 hab/ha, y al menos el 3% una densidad bruta de entre 401 y 500 hab/ha, con altura máxima de edificación de 7 m.

(260) Para estas últimas se autorizó una densidad bruta máxima de 400 hab/ha. Además, el proyecto debe destinar al menos un 5% de la superficie para actividades productivas y/o de servicios, cumpliendo con condiciones de equipamientos mínimos superiores a las normales, definidas en un cuadro de equipamientos ad hoc.

heterogeneidad social que debiese tener una comuna. Desde 2002 se aplica a los Municipios una deducción de 1.000 francos por cada vivienda social faltante, pudiendo deducir de esta cifra la cantidad invertida en la ejecución de viviendas sociales durante el año anterior, previéndose la acción sustitutoria del Estado cuando el Municipio no actúe. Entre nosotros podría adaptarse este mecanismo a través de la figura redistributiva del Fondo Común Municipal, de manera que las comunas que poseen viviendas sociales vieran incrementados sus aportes y, en cambio, las que no las acogen, los vieran reducidos. No es una utopía, en consecuencia, adoptar al menos parcialmente esta inspiración que, por lo demás, tiene el mérito de hacerse cargo de la heterogeneidad en la ciudad ya existente, a diferencia de la propuesta anterior que apunta a los nuevos suelos que se agregan a la mancha urbana existente.

Con todo, y aunque exceda del alcance de este informe, debe advertirse que para incorporar estas fórmulas sería del todo deseable considerar instancias de participación ciudadana oportuna e informada.

E.5) Mayor coordinación intersectorial y entre las políticas de vivienda y urbanismo

Tal como ya se mencionó en supra 3.5.c.2), es imprescindible diseñar fórmulas que eviten la aparición de conjuntos de viviendas sociales alejados de los equipamientos mínimos que requiere un niño/a, insistiendo en el rol que debiera tener MIDEPLAN. Probablemente la mejor sede para coordinar las inversiones sea el Gobierno Regional (en su interior el SERPLAC podría asumir esta tarea). De igual modo, debe exigirse que las políticas de vivienda social tengan un talante urbanístico, de forma de evitar la tentación de sacrificar la calidad de los entornos en aras de una mayor producción habitacional. Esto debiera hacerse aplicando un enfoque de derechos, mediante normas de rango legal que impidan desconocer estos parámetros por la simple vía de modificar un reglamento.

F) Sexta dimensión: Trabajo e integración

La evidencia empírica señala que existe una fuerte tensión entre el rol activo de la mujer en el mercado laboral y su tradicional función de cuidadora del hogar. La estructura del mercado laboral chileno, orientado hacia el trabajo a tiempo completo, con largas jornadas laborales sumado a una legislación protectora de la maternidad de carácter rígido desincentivan tanto la oferta como la demanda laboral de las mujeres.

En términos generales se sugiere una revisión de la norma existente en función del criterio de integración de las políticas maternas con políticas expresas de cuidado infantil como mecanismo esencial para incentivar la participación laboral femenina o en su defecto garantizar el retorno de las madres al trabajo luego de la licencia maternal. A partir de este criterio se han identificado algunos puntos clave a la hora de repensar la normativa en función del contexto de cambios y en pro de la inserción laboral femenina en condiciones de igualdad.

Flexibilización licencias maternas. Los sistemas de protección de la maternidad vigentes en los países europeos se basan fundamentalmente en una combinación de licencias maternas, subsidios monetarios y permisos para el cuidado de los niños. Existe una gran variabilidad entre países en lo que respecta a la generosidad de los beneficios (monetarios y en especie), longitud de las licencias maternas y longitud y permisividad de las licencias especiales para el cuidado de los niños/as pequeños. En general, sin embargo, se nota que largas duraciones en las licencias maternas son combinadas con ciertos incentivos impositivos o subsidios para incentivar a la mujer a volver al trabajo remunerado. Esto es, se da la opción de

la mujer de tomar un largo período de licencia o retornar al trabajo remunerado luego de un tiempo. Adicionalmente la mayoría de los países no establece restricciones sobre cómo estructurar los períodos de pre y post-natal, política que ha sido muy criticada en Chile. Finlandia y el Reino Unido, por ejemplo, restringen qué tan pronto puede empezar el prenatal, pero no establecen una duración mínima para el mismo. En Irlanda, el prenatal no puede ser menor a 4 semanas pero puede extenderse hasta 10. En Dinamarca o Italia, por ejemplo, las mujeres pueden optar por tomar el total de la licencia o sólo algunos días con un mínimo exigido; pueden alargar el período reduciendo las remuneraciones o tomando licencias en bloques. En América Latina, la mayoría de los países dan plena libertad para trasladar tiempo del pre al postnatal, lo que permite a la madre acomodar su descanso de acuerdo a sus necesidades laborales y personales. Es en este contexto que debería evaluar la extensión del post natal hasta seis meses.

Integración licencias maternales con políticas expresas de cuidado infantil y/o esquemas de reducciones horarias. La integración de las políticas maternales con políticas expresas de cuidado infantil es esencial para garantizar el retorno de las madres al trabajo luego de la licencia maternal. Ciertas madres pueden desear combinar el trabajo a tiempo parcial o el trabajo en su casa con el cuidado de los/as niños/as. En España, por ejemplo, los padres pueden reducir su jornada hasta en un tercio y percibir el salario proporcional a su dedicación hasta que el niño/a cumple los 6 años. Italia permite a los padres extender la licencia postnatal hasta 10 meses con una tasa de recupero del salario del 30%.

Promoción y protección de esquemas flexibles de trabajo. Las horas y el lugar de trabajo son factores decisivos a la hora de determinar la compatibilidad del trabajo remunerado con la familia o con la vida fuera del trabajo. En las últimas décadas se han desarrollado formas de trabajo remunerado que buscan compatibilizar las tareas familiares con la vida laboral, las cuales involucran la reducción del énfasis en el tiempo de trabajo, instrumentación de jornadas parciales, reducción de las semanas de trabajo en el año, horas de entrada y salidas flexibles, teletrabajo, entre otras. Este tipo de modalidades flexibles se han introducido en países como Australia, Francia, Alemania, Japón y Estados Unidos. Sin embargo, como hemos visto la introducción de esquemas flexibles de trabajo que compatibilicen vida familiar y laboral no ha ido acompañado de la protección a la maternidad y al cuidado del hijo/a menor.

Ampliación del derecho de alimentación: Para evitar los efectos discriminatorios que la actual normativa dispone sobre este punto se sugiere ampliar el derecho de alimentación a todas las trabajadoras con hijos/as menores de dos años, independientemente del hecho que la empresa esté obligada o no a proveer sala cuna.

Ampliación del derecho de salas cuna e introducción de modalidades flexibles: Este derecho debería beneficiar a todas las mujeres que trabajan, independientemente del número que contrate cada empresa. Si en efecto se quiere propender un trato igualitario entre hombres y mujeres la normativa debería modificarse en función de que el financiamiento, actualmente de cargo exclusivo de quien contrata mujeres, debe ser redistribuido entre la empresa, el Estado y los padres (incluyendo explícitamente a los hombres). La normativa debería hacerse cargo de la regulación de lo que en la actualidad constituye una práctica habitual en muchas empresas, considerada como conveniente tanto para mujeres como empresarios, referida a la utilización de bonos como forma de financiamiento directo de la sala cuna.

Instrumentación de subsidios al cuidado infantil versus subsidios monetarios familiares. El uso de subsidios al cuidado infantil puede ser efectivo para promover la parti-

participación laboral en países en los que la gran compresión en la estructura salarial limita la oferta de servicios de cuidado infantil a costos razonables. Una opción alternativa dice relación con que el Estado otorgue subsidios infantiles, es decir una transferencia monetaria a todas las familias con hijos/as en determinadas edades y con cierto nivel socioeconómico. Los subsidios infantiles generan un efecto ingreso neto que reduce la oferta laboral y en general también pueden gatillar sustitución entre formas de cuidado infantil formales e informales. La recomendación es focalizar los subsidios en el cuidado infantil si el objetivo de la política es fomentar la participación laboral femenina.

Fomento y protección de modalidades de cuidado infantil no convencionales: Este apoyo tendría que tener un horario continuado y flexible, lo que favorecería a las madres que tienen largas jornadas de trabajo o trabajos por turno. Esta propuesta no está orientada a sustituir las salas cunas y jardines infantiles, sino a complementar el trabajo que llevan a cabo aquellas organizaciones respondiendo a las necesidades sentidas de la familia.

Reforzar la promoción y difusión de los derechos laborales, en particular aquellos referidos a las madres y padres trabajadores. Esta recomendación se formula en la línea de hacer más visible las leyes y normas que rigen la maternidad y el cuidado de los hijos/as como consecuencia del desconocimiento de la normativa y del temor a exigir los derechos. Relevante en este sentido es el poco uso que hacen los padres de las licencias para el cuidado de sus hijos/as enfermos. Tal y como se ha realizado exitosamente con temas como la violencia intrafamiliar deberían generarse campañas de sensibilización asociadas a la importancia de la maternidad y el cuidado de los hijos/as menores, como una responsabilidad no solo de la madre sino de la sociedad en su conjunto. Estas campañas son de extraordinaria importancia, particularmente porque apuntan a modificar pautas de conductas valóricas que son las que ofrecen más resistencia a cambiar. Dichas campañas no deben ir dirigidas solo a la mujer, sino también a los hombres, y a los empresarios.

*Régimen jurídico—penal
de protección a la infancia,
desde el embarazo hasta
los diez años de edad*

5

En rigor no existe un régimen jurídico—penal especialmente estructurado a partir de la edad de la víctima, sin perjuicio de lo cual la ley suele considerar ese factor en sus regulaciones. Lo que a continuación se expone es un catastro de las regulaciones que, sea que consideren explícitamente el factor etario o no, son potencialmente relevantes desde la perspectiva de la protección del que está por nacer y niñas y niños menores de diez años, poniendo énfasis en aquellas que son especialmente aplicables al caso de tratarse de personas menores de diez años. Siempre en perspectiva de protección, al final se considera también la situación de niñas y niños en ese tramo en su eventual calidad de infractores de la ley penal.

A) Protección penal del que está por nacer

La pieza clave del sistema de protección penal del que está por nacer en el derecho chileno es la regulación del aborto, concepto que, conforme a la opinión, hoy virtualmente unánime, implicar darle muerte al feto.

Al respecto, la regulación de la cuestión en Chile puede calificarse, desde una perspectiva de modelos comparados, como un modelo de prohibición absoluta, esto es, un modelo en el cual la interrupción del embarazo por decisión de la mujer embarazada carece de un status jurídico especial que tienda a excluir la responsabilidad penal de los intervinientes, sea de un modo virtualmente ilimitado (sistema de plazos), sea bajo ciertas condiciones preestablecidas (modelo de indicaciones), sea mediante una combinación de criterios. En general este debate, que ha sido tan arduo en las sociedades occidentales, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, no ha tenido lugar oficialmente en Chile. En efecto, en nuestro país, las discusiones oficiales han girado en torno a los alcances de la exclusión tácita y en bloque de la aplicación de las disposiciones penales a métodos anticonceptivos sospechosos de actuar con posterioridad a la concepción, con lo cual se revive también el debate sobre el momento de inicio de la protección jurídica de la vida⁽²⁶¹⁾, y en torno a la situación del llamado aborto terapéutico⁽²⁶²⁾. Más allá de estos márgenes, la cuestión central en torno a la posibilidad de un aborto voluntario no punible está resuelta en términos tajantemente negativos.

Mediante una regulación que se mantiene inalterada desde 1874, nuestro Código Penal (CP) reprime el aborto en sus diversas formas. Al efecto la ley distingue entre el aborto cometido por terceros y el llamado autoaborto. Respecto del aborto causado por terceros, la ley gradúa la pena atendiendo a si la conducta se ha realizado con (art. 342 N° 3 CP) o sin la voluntad de la mujer embarazada, siendo más grave, como es natural, el segundo caso, respecto del cual se distingue, además, si ha mediado fuerza sobre la mujer (art. 342 N° 1 CP; el aborto no consentido pero sin fuerza se tipifica en el art. 342 N° 2 CP)⁽²⁶³⁾.

Cuando el tercero en cuestión es un facultativo, esto es, un profesional del área de la salud humana, que ha obrado con abuso de su oficio, la ley prevé una doble agravación: por una parte un aumento automático en un grado respecto de la pena respectiva prevista, según el caso, en el art. 342 CP; y adicionalmente una agravación potencial mediante la equiparación de la autoría con la complicidad, en cuanto se le da el mismo tratamiento tanto al facultativo que causa el aborto como al que “coopera” en él (art. 345 CP). La agravación en razón del abuso del oficio, ciertamente plausible desde una perspectiva ética y de mayor protección de la vida del que está por nacer, ha sido, sin embargo, considerada disfuncional desde un punto de vista de política—criminal, por cuanto reprime con mayor dureza una práctica que reduce los riesgos asociados para la salud y la vida de la mujer. En otras palabras, aun a partir de una prohibición absoluta del aborto, parece socialmente preferible que el delito se cometa en circunstancias menos peligrosas para otros bienes jurídicos involucrados.

(261) El debate ha sido particularmente arduo en sede constitucional y administrativa, a propósito de la comercialización del llamado “anticonceptivo de emergencia”, popularmente conocido como “píldora del día después”. Desde un punto de vista estrictamente penal, sin embargo, la cuestión decisiva no es desde cuando existe vida humana, sino sólo desde cuando hay embarazo —por la estructura de la ley que distingue según la posición de la “mujer embarazada”—, contexto en el cual la corrección de la tesis de la implantación o anidación parece indiscutible.

(262) La discusión ha girado en torno al reemplazo del texto del art. 119 del Código Sanitario, mediante uno de los últimos actos legislativos de la Junta de Gobierno, con motivaciones evidentes. Con todo, la doctrina penal mantiene mayoritariamente un examen diferenciado de la cuestión a la luz de las reglas generales en materia de justificación y exculpación de conductas típicas.

(263) Según opinión dominante, para estos efectos la intimidación se equipara a la fuerza.

En cuanto al llamado autoaborto, la ley reprime en los mismos términos a la mujer que se practica su propio aborto como a la que consciente en que éste se realice (art. 344 CP). Llama la atención en este contexto, especialmente a la luz del debate descrito inicialmente, que la pena prevista para la mujer sea más severa que la que corresponde a los terceros que intervienen con ella⁽²⁶⁴⁾. Sin duda se trata de una solución coherente con la idea de terceros que intervienen en un ilícito que principalmente pertenece a la mujer (los partícipes siempre merecen menos pena que el principal), pero en este caso un tratamiento más benigno se puede fundar sin dificultades en las circunstancias apremiantes y en el conflicto que habitualmente rodean la decisión de interrumpir el embarazo. Político—criminalmente parece ser una materia a revisar.

Desde el punto de vista subjetivo, todas las conductas típicas requieren dolo —sea éste directo o eventual⁽²⁶⁵⁾—, de suerte que no se sanciona, salvo una excepción muy puntual, el aborto cometido con imprudencia (lo que llamaríamos, en la terminología de la decimonónica legislación chilena “cuasidelito de aborto”). Esto se desprende del sistema de *numerus clausus* que en materia de delitos imprudentes rige en el derecho chileno (art. 10 N° 13 CP), que exige tipificación específica expresa, así como de la circunstancia que técnicamente el aborto no constituye un delito “contra las personas”, de modo que no le son aplicables las tipificaciones genéricas que respecto de la comisión imprudente de dichos delitos prevén los artículos 490 a 492 del Código. La única excepción prevista por el derecho chileno se encuentra en el art. 343, que —más allá de las discusiones respecto de sus alcances precisos— al menos reconocidamente abarca hipótesis imprudentes. El precepto se hace cargo del que causa un aborto, sin tener ese propósito, ejerciendo violencia sobre una mujer cuyo estado de embarazo le consta o que resulta manifiesto.

Ahora bien, más allá de los comentarios técnicos, debe admitirse que la decisión de no establecer una figura genérica de aborto imprudente es del todo acertada y no es más que expresión de una constante en el derecho comparado. En efecto, son tantas y tan variadas las conductas, tanto de la propia madre como de terceros a su respecto, que pueden representar riesgos para el desarrollo del embarazo en general (vgr., fumar, beber alcohol, practicar deportes, trabajar bajo ciertas circunstancias, etc.), tanto más si se considera que, además, cada embarazo tiene una evolución diferente, que la consideración genérica del aborto imprudente como delito resulta incompatible con la más elemental seguridad jurídica. Por otro lado, sin embargo, debe destacarse que algunas legislaciones han previsto hipótesis específicas de aborto imprudente, técnica que no está sometida a los reparos ya señalados. Es lo que hace, por ejemplo, el derecho español en relación con el aborto cometido en el contexto de un tratamiento médico imprudente (art. 146 del Código penal español, si bien la extensión genérica a la imprudencia grave parece delicada)⁽²⁶⁶⁾. Hipótesis como éstas son susceptibles de ser estudiadas.

Desde un punto de vista estrictamente preventivo, debe recalcarse la relevancia de extender métodos adecuados de anticoncepción, así como de adecuados mecanismos de entrega de niños/as en adopción

Hasta aquí bajo el rótulo de protección penal del que está por nacer sólo se ha considerado el aborto, esto es, el atentado contra la vida del que está por nacer. Puede pensarse, sin embargo, en atentados contra el nasciturus que no provoquen su muerte ni estén encaminados tampoco a ese fin⁽²⁶⁷⁾. Si bien debe reconocerse que se trata de situaciones más bien teóricas, puede ocurrir que la conducta dolosa de un sujeto no se dirija contra la vida del que está por nacer, sino contra su integridad. Por ejemplo, por venganza contra los padres, se ocasiona una malformación al feto o se le causa daño cerebral. Si a estos casos más

(264) La única señal de binignidad viene dada por la regulación del inciso segundo del art. 344, referida al llamado aborto honoris causa, esto es, aquél guiado por el propósito de ocultar la “deshonra” asociada al embarazo fuera del matrimonio, circunstancia que, como es evidente, carece en la actualidad de la relevancia social que alguna vez pudo haber tenido. Se echan de menos, en consecuencia, criterios de atenuación más acordes con lo que parecen ser los conflictos propios de la mujer embarazada en el contexto de la sociedad actual.

(265) A partir del empleo del adverbio “maliciosamente” en el art. 342, se ha desarrollado una ardua discusión respecto de la procedencia del dolo eventual en materia de aborto, la que, sin embargo, no es del caso abordar en este contexto.

(266) Art. 146. El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

(267) Si la conducta se orienta a producir la muerte del feto y este resultado no se logra, de todas maneras se está en presencia de una tentativa de aborto o de un aborto frustrado, figuras igualmente punibles, aunque con menor pena que el aborto consumado (arts. 7°, 50 y ss.)

bien extraños se agrega la perspectiva del desempeño médico imprudente, al que se hacía referencia precedentemente, se podrá advertir que la importancia práctica del asunto aumenta significativamente. Pues bien, en el derecho chileno vigente tales conductas son atípicas y, en consecuencia, no pueden perseguirse criminalmente. A su respecto sólo cabe el recurso a las reparaciones civiles. En contraste, algunas legislaciones extranjeras prevén el delito de lesiones al feto, incluyendo también previsiones sobre las lesiones imprudentes en el contexto de un tratamiento médico. Es lo que ocurre con el Código español de 1995 (arts. 157 y 158 CP español)⁽²⁶⁸⁾.

B) Especial consideración de la (inexistente) regulación sobre manipulación genética

En alguna medida relacionada con la protección del que está por nacer, si bien sus consecuencias se extienden mucho más allá, al punto de poder hablarse de la afectación de bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, se encuentra la problemática penal de la manipulación genética.

Al respecto debe destacarse que no es ésta una materia que pueda ser abordada en primera línea y en forma autónoma por el ordenamiento punitivo. Por el contrario, todo indica que las posibilidades y límites de la manipulación genética en una sociedad dada deben determinarse en el contexto de un debate social y jurídico mucho más amplio, al cual se invita al derecho penal recién cuando ya se han adoptado las decisiones estructurales al respecto, precisamente para que éste proteja los valores fundamentales expresados en tales decisiones. En esta materia, más aún que en otras, el derecho penal cumple una función esencialmente accesoria.

Pues bien, hasta el momento no existe en Chile una regulación extrapenal de la investigación y la manipulación genética al cual el derecho penal pueda acceder, de modo que no debe extrañar que tampoco existan disposiciones punitivas al respecto: simplemente faltan los presupuestos conceptuales para ello. Con todo, en la perspectiva de lo que podría llegar a ser el derecho futuro, no está de más considerar modelos comparados al respecto, entre los que se puede mencionar el Código español de 1995⁽²⁶⁹⁾, cuyos artículos 159 a 162 regulan, precisamente, los delitos relativos a la manipulación genética⁽²⁷⁰⁾.

C) Protección penal de la vida de niñas y niños menores de diez años

Como es natural, los niños/as en general gozan —a lo menos— de la misma protección penal en relación con su vida, salud e integridad corporal que el ordenamiento jurídico chileno prodiga a todas las personas, cualquiera sea su edad. Desde esa perspectiva, la ubicación etaria es, en principio, irrelevante para la ley. Existen, sin embargo, algunas disposiciones particulares que, asociadas más bien al parentesco que existe entre víctima y victimario, tienen una relevancia especial, más aún si se trata de niños/as pequeños. A continuación se revisarán dichas disposiciones.

En lo que concierne a la producción de la muerte de un niño, además de los tipos penales genéricos de homicidio, simple o calificado (art. 391 CP), la ley regula separadamente la hipótesis que se da cuando son los padres u otros ascendientes quienes dan muerte al niño/a. Se trata de los delitos de parricidio y de infanticidio, los que, en conjunto, exhiben un panorama algo incoherente.

Manteniendo una tradición en general abandonada por las legislaciones penales más modernas, el Código penal chileno sigue atribuyéndole una relevancia

(268) **Art. 157.** El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Art. 158. El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

(269) Cabe destacar que el marco para las decisiones penales en el derecho español se encuentra en leyes extrapenales, especialmente la Ley 35/1988, sobre reproducción asistida humana, y la Ley 42/1988, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

(270) **Art. 159. 1.** Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

Art. 160. 1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo

especial al llamado “parricidio” (art. 390 CP), concepto que entre nosotros abarca bastante más que lo que el nombre sugiere, pues consiste en dar muerte al padre, madre, hijo/a u otros ascendientes o descendientes, pero también al cónyuge e incluso, ahora, al “conviviente”. Para los efectos de este trabajo importa destacar que quien da muerte a su hijo/a o descendiente responde en general, como parricida, con una pena más grave que la que corresponde a un homicidio simple o, aun, calificado. Puede decirse entonces, que los niños/as de hasta diez años, en cuanto hijos o descendientes, se aprovechan también de la especial protección penal que la ley prevé para el vínculo de filiación.

Tanto o más desconcertante resulta entonces la figura de infanticidio, regulada en el art. 394 CP y que constituye una figura privilegiada, no sólo respecto del parricidio, sino que también del homicidio calificado, y que se verifica cuando cualquier ascendiente mata al niño/a dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores al parto. Si bien una regulación de este tipo puede tal vez resultar razonable en atención a los conflictos que enfrenta la mujer durante su embarazo o a la especial situación psicológica en la que la sume el puerperio, el que el beneficio se extienda también a otros ascendientes, incluidos los del lado paterno ha sido objeto de crítica desde hace décadas. La consecuente falta de fundamento de la figura lleva a concluir que para la ley chilena la vida del niño/a de cuarenta y ocho horas simplemente vale menos que la de un niño/a que ha logrado superar dicho umbral, lo que, desde luego, constituye un defecto grave de la legislación.

Al margen de esta incoherencia, que resulta imperioso corregir, todo indica que el camino que debería transitar el derecho chileno en esta materia es el de la derogación de estas normas especiales que indefectiblemente sirven de fuente de incoherencias. Parece preferible seguir el ejemplo de las codificaciones más modernas y prescindir del parricidio y del infanticidio, dejando la cuestión entregada a la aplicación de las reglas generales. No constituye argumento suficiente en contra la alusión a la llamada violencia intrafamiliar, pues, como se verá en seguida, en ese contexto el problema de fondo no es de derecho penal material, sino preventivo y procesal penal, cuestiones que pueden abordarse razonablemente sin necesidad de mantener normas anacrónicas.

D) Protección penal de la salud y la integridad corporal de niñas y niños menores de diez años

En lo que respecta a la protección de la salud y la integridad corporal de los niños/as, naturalmente rigen a su respecto las disposiciones generales en materia de lesiones: castración, mutilaciones, lesiones gravísimas, lesiones simplemente graves y lesiones menos graves (arts. 395 a 399 CP). Adicionalmente, cuando las lesiones han sido cometidas por los ascendientes del niño/as, o por el cónyuge o actual conviviente de su ascendiente o de cualquier miembro del grupo familiar que lo tenga bajo su cuidado, las penas correspondientes se aumentan en un grado conforme al art. 400 CP⁽²⁷¹⁾.

E) Especial consideración del maltrato infantil (también psíquico) como hipótesis de violencia intrafamiliar

Es precisamente la última disposición citada del Código Penal la que permite introducir una reflexión sobre las aristas penales de la llamada violencia intrafamiliar, en particular en lo que se refiere al maltrato de menores de diez años.

Si bien se mira, el viejo Código penal chileno siempre ha reconocido la gravedad de los atentados físicos en el seno de la familia, lo que se expresa nítidamente

público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años.

2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Art. 161. 1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

Art. 162. En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

(271) El art. 400 hacía referencia a las lesiones cometidas contra las personas mencionadas en el art. 390 (parricidio), pero en virtud del art. 21 letra c) de la Ley N° 20.066, la referencia se hace ahora a “alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar”, esto es, “quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente” o cuando la conducta recaiga “sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

en esta tradicional agravación en materia de lesiones, en el ya mencionado tipo penal de parricidio y, en fin, en la circunstancia modificatoria de responsabilidad del art. 13, la llamada “circunstancia mixta de parentesco” que, conforme a la opinión unánime entre nosotros, tiene efecto agravante tratándose de delitos violentos. Mal puede decirse entonces que el derecho penal chileno haya ignorado el problema. Todo indica, más bien, que una serie de condicionamientos culturales y sociales ha impedido que se haga realidad lo que la legislación propone desde antiguo, siendo, además, altamente dudoso que esos condicionamientos se encuentren superados⁽²⁷²⁾.

Siendo esto así, debe celebrarse la búsqueda de estrategias jurídicas diferenciadas para hacer frente al problema, con énfasis en la prevención y en la superación del conflicto, más que en la respuesta unidimensional del derecho penal, la que en muchos casos, además, resulta contraproducente⁽²⁷³⁾. Más que homenajes a la legalidad penal, parecen preferibles herramientas efectivas para poner término a la violencia, proteger física y económicamente a las víctimas y, eventualmente, aunque no deba ser lo decisivo, para superar el conflicto subyacente, todo ello, naturalmente, cerca de ciertos márgenes, porque una renuncia al instrumental penal resulta inaceptable.

Ésa era la orientación de la primera ley sobre la materia, la Ley N° 19.325, y sigue siendo en principio la de la nueva Ley de Violencia Intrafamiliar, Ley N° 20.066, de 7 de octubre de 2005, si bien esta última amplía significativamente el ámbito de aplicación del derecho penal, más allá incluso de lo previsto en la legislación penal tradicional. Naturalmente es ésta una decisión legítima, pero evidentemente genera las mismas dudas de efectividad que suscitaba la aplicación del Código. Con todo, es posible que los mecanismos procesales con que cuenta permitan una efectividad mayor.

No debe perderse de vista, sin embargo, que, tal como su antecesora, la ley de violencia intrafamiliar es esencialmente una ley extrapenal. Define las conductas de violencia y prevé un conjunto de medidas de superación y sanción extrapenal a su respecto. Por violencia intrafamiliar se entiende, conforme al art. 5° de la ley, en lo que aquí importa, “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien... sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”, lo que se extiende a la violencia que “recaiga sobre persona menor de edad... que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”. Es evidente, entonces, que la ley se hace cargo exhaustivamente de las posibilidades de maltrato infantil en el seno del hogar.

Ahora bien, varias son las consecuencias estrictamente penales de la ley de violencia intrafamiliar. En lo que respecta a los delitos clásicos de lesiones, con la modificación que introduce la ley al art. 494 N° 5 del Código Penal, las lesiones menos graves constitutivas de violencia intrafamiliar no pueden en lo sucesivo ser calificadas como leves, cualesquiera que sean sus circunstancias⁽²⁷⁴⁾.

Mucho más importante que lo anterior es que, por la vía del nuevo delito de “maltrato habitual”, introducido mediante el art. 14 de la ley, pasan a tener relevancia jurídico—penal conductas que técnicamente no constituyen lesiones en sentido estricto, como ocurre con los malos tratos de obra que no dejan ni aun mínimas secuelas físicas y, especialmente, con la “violencia psíquica”⁽²⁷⁵⁾. Nótese que no se ha modificado el concepto de las lesiones, sino que se han elevado a la categoría de delito conductas hasta ahora atípicas —aunque constitutivas de violencia intrafamiliar, con consecuencias extrapenales— en razón de su carácter habitual.

(272) Noticias provenientes de países de considerable mayor grado de desarrollo, como es el caso de España, permiten ser escépticos al respecto.

(273) Vergüenza, dependencia económica y sentimental inhiben la presentación de denuncias, tanto más si la efectiva actuación del sistema penal (prisión preventiva, potencial condena, etc.) conduce a extremar la situación.

(274) La diferencia entre las lesiones menos graves —simple delito tipificado en el art. 399 CP— y las lesiones leves —falta tipificada en el art. 494 N° 5 CP— no es de carácter cuantitativo, es decir, no atiende a la extensión de las lesiones, como ocurre con la distinción entre lesiones menos graves y graves, sino de base estrictamente cualitativa, entregando la calificación al juez sobre la base de “la calidad de las personas y circunstancias del hecho”. Sin embargo, el art. 21 letra d) de la ley de violencia intrafamiliar introdujo la siguiente oración final al mencionado N° 5 del art. 494: “En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar”.

(275) Hasta ahora, el único caso en que la violencia psíquica no constitutiva de otros delitos como los de injurias tenía relevancia penal se daba en el contexto del delito de tortura (arts. 161 A y 161 B CP), que supone privación de libertad por parte de agentes del Estado.

En efecto, de acuerdo con el referido art. 14 “el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”⁽²⁷⁶⁾.

Desde un punto de vista procesal, la persecución penal está condicionada por una decisión de la Justicia de Familia, toda vez que, según reza el inciso final del art. 14, el Ministerio Público sólo puede dar inicio a la investigación por este delito si el respectivo juzgado de familia le ha remitido los antecedentes de acuerdo con la Ley de Tribunales de Familia.

Por último, tiene también relevancia penal el hecho que el incumplimiento de las medidas cautelares o accesorias decretadas en sede civil al parecer se entiende directamente constitutivo del delito de desacato previsto en el inciso segundo del art. 240 del Código de procedimiento Civil, con una pena de hasta cinco años de privación de libertad (art. 94 de la Ley de Tribunales de Familia).

(276) El inciso segundo dispone: “Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria”.

F) Consideración especial de los delitos de abandono de niñas y niños

En este contexto deben considerarse también los delitos de abandono de niños/as, considerados delitos de peligro tanto respecto de la vida como de la salud o integridad corporal de los mismos. Por abandono se entiende genéricamente poner a una persona en una situación de desamparo. Mediante una regulación extremadamente farragosa y con notas evidentes de anacronismo, que merece ser revisada y simplificada, los arts. 346 a 351 del Código disponen en lo fundamental lo siguiente:

En primer lugar se debe distinguir si el niño/a es abandonado en un lugar no solitario o en uno solitario. En el primer caso, el delito exige que el niño/a en cuestión sea menor de siete años de edad (art. 346 CP). Si el abandono lo realizan los padres o quienes tienen a su cargo al niño/a, la pena se agrava, aunque atendiendo para la extensión de la agravación a su mayor o menor acceso a una “casa de expósitos” (si residen a menos de cinco kilómetros, mayor agravación; si residen más lejos, menor agravación) (art. 347 CP). Si a consecuencia del abandono resultan lesiones graves o la muerte del niño/a, se produce una agravación adicional, distinguiendo a su vez si el autor tenía o no a su cargo al niño/a (art. 348 CP). Tratándose de lugares solitarios, para la ley ya es suficientemente grave que el niño/a sea menor de diez años, de modo que también constituye delito, con más pena que la prevista para el caso de abandono en lugar no solitario (art. 349 CP). Respecto de este caso, rigen aproximadamente las mismas razones de agravación (arts. 350 y 351 CP).

Debe destacarse que, más allá de las notas algo pintorescas de la regulación, se trata de delitos de gran relevancia desde la perspectiva de la protección de los niños/as, especialmente de recién nacidos que son abandonados por madres que no están en condiciones de hacerse cargo de ellos y que no han incurrido en conductas abortivas. Por lo mismo, la reformulación de la materia a través de normas más claras, manteniendo las orientaciones político-criminales del viejo Código, las que, si bien se miran, van encaminadas a preservar la integridad del niño/a abandonado, con estímulos para conductas alternativas al abandono, no debe menospreciarse.

G) Protección de la seguridad y libertad ambulatoria de niñas y niños menores de diez años

En paralelo al delito de secuestro (art. 141 CP), el Código penal chileno contiene desde sus orígenes en el art. 142 CP el delito de sustracción de niños/as. La conducta típica del delito consiste, literalmente en “sustraer” a un niño/a de

dieciocho años. Esta literalidad requiere, sin embargo, conforme a la opinión ampliamente extendida de la doctrina, importantes precisiones, porque evidentemente la conducta deberá presentar diferencias según si la víctima es un niño/a pequeño o es, en cambio, un adolescente cercano a la adultez. La distinción necesaria tiene que ver también con el bien jurídico protegido en uno y otro caso.

En efecto, todo parece indicar que en el art. 142 CP se regulan dos delitos diferentes bajo una misma denominación: por una parte un delito que atenta exclusivamente contra la seguridad de niños/as a los que, por su corta edad, no se les reconoce ni aun una mínima libertad ambulatoria, respecto de los cuales la conducta típica es, en efecto, simplemente “sustraer”, casi como ocurre con una cosa en el contexto del hurto o del robo (en general se admite que el elemento material de la “apropiación” está dado por la “sustracción” de la cosa); y por otro lado un delito contra la libertad de la víctima, tal como ocurre respecto de víctimas mayores de edad, lo que supone un cierto reconocimiento de algún grado de libertad ambulatoria, y que obliga a considerar otros verbos rectores, probablemente aquéllos previstos para el secuestro, como son encerrar o detener. La distinción es, en rigor, de sentido común, pues resultaría a todas luces absurdo considerar que un niño/a de 16 ó 17 años ha sido sustraído cuando, por ejemplo, realiza voluntariamente con otra persona un viaje interurbano sin autorización de sus padres, situación que se ve de un modo completamente distinto si se trata de un niño de cuatro años.

En ese sentido el texto original del Código era mucho más nítido, en la medida en que distinguía entre la sustracción de un menor de diez años y la sustracción de un menor de edad pero mayor de diez, y le asignaba a este último caso las penas del secuestro⁽²⁷⁷⁾. Y si bien el texto vigente lamentablemente ha perdido esa claridad inicial, del conjunto de las disposiciones legales vigentes es posible todavía deducir un criterio de distinción plausible, lo que plantea, sin embargo, la cuestión de si se trata de una solución razonable a la luz de las valoraciones actuales.

En efecto, la clave la da el art. 357 CP, referido a la inducción al abandono del hogar de niños mayores de diez años. La disposición plantea inmediatamente la cuestión de qué ocurre cuando el inducido es menor de esa edad, siendo la respuesta unánime que en ese caso se trata lisa y llanamente de una sustracción de menores⁽²⁷⁸⁾. Con esto, sin embargo, se está reconociendo al mismo tiempo que a partir de los diez años la ley le reconoce un cierto grado de libertad ambulatoria, no tanta como para que la inducción al abandono de hogar sea legítima, pero sí al menos para excluir la tipicidad a título de sustracción de niños/as —que es un delito mucho más grave— cuando no concurren circunstancias adicionales que vulneren tal libertad, esto es, cuando no se dan las circunstancias típicas propias del secuestro.

Este criterio interpretativo resulta dogmáticamente impecable y debe mantenerse. Una cuestión diferente es si la opinión que el art. 357 CP tiene del grado de autonomía ambulatoria de los niños/as mayores de diez años corresponde a las actuales valoraciones sociales, y esto es bastante dudoso. Todo indica que, contrariamente a lo que pudiera pensarse, la extensión de las expectativas de vida, el consiguiente retraso en la asunción social de responsabilidades por parte de los niños/as y, en general, la nueva concepción que se tiene de la infancia, conducen a que de facto a un niño/a de diez años o un poco más, sujeto a la efectiva protección y cuidado de adultos, no se le reconoce el grado de autonomía ambulatoria que podía reconocérsele en otra época. Si esto es efectivo, bien cabría modificar las prescripciones legales, esta vez de un modo técnicamente más limpio que lo que ha sido la regla en los últimos años.

Como sea, para los fines de este informe no se presentan mayores dudas, porque respecto de niños/as menores de diez años inequívocamente la conducta típica

(277) La distinción por tramo etario fue respetada por las Leyes N° 9.762, de 10 de noviembre de 1950, y N° 18.222, de 28 de mayo de 1983, y recién se abandona con la Ley N° 19.241, de 28 de agosto de 1993.

(278) El artículo reza: “El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

consiste en una simple “sustracción”, sin consideración a la posible expresión de voluntad del niño/a.

Por otra parte, sin embargo, debe tenerse presente que, cualesquiera que sean las valoraciones vigentes sobre la edad a partir de la cual se le puede reconocer algún grado de autonomía ambulatoria a los niños/as, el tipo penal del art. 142 CP en su variante de simple sustracción es difícilmente aplicable respecto de niños/as que fácticamente no se encuentran sometidos al cuidado de nadie y, a despecho de todas las aprensiones, gozan de amplia autonomía ambulatoria, esto es, fundamentalmente niños/as de la calle.

Una cuestión adicional que presenta el tipo de sustracción de niños/as es si pueden ser sujeto activo del mismo el padre o ascendiente que carece de la tuición sobre el niño/a. Aunque la ley no distingue, todo indica que, al menos en principio, en la sustracción de un descendiente contra las decisiones de la justicia en materia de tuición hay mucho más de desacato que de atentado potencial contra la integridad del niño/a en cuestión. La sola extensión desenfrenada de las penas previstas sugiere con vehemencia que la ratio legis no se ve servida cuando se pretende aplicar el tipo en estos casos. Ésta puede considerarse la opinión ampliamente dominante en nuestra práctica y merece en principio plena aprobación. Sin embargo, precisamente porque la regla puede conocer excepciones — piénsese en la madre o padre a quien se le ha quitado la tuición del niño/a o negado las visitas por maltrato o abuso sexual —, parece altamente conveniente una regulación expresa de la situación. Ciertamente ésta se puede obtener interpretativamente, pero con un grado de incertidumbre que no resulta aconsejable.

H) Protección penal del estado civil de niñas y niños menores de diez años

Desde antiguo la legislación chilena se ha preocupado de cautelar el estado civil de los niños/as. El origen histórico de la preocupación del legislador dice relación con la relevancia que, sobre todo en épocas pretéritas, tiene la pertenencia a un grupo familiar para el desarrollo y las posibilidades de las personas.

Las conductas tipificadas son la suposición de parto y la sustitución de un niño/a por otro (art. 353 CP), la usurpación del estado civil de otro y la sustracción, ocultamiento o exposición a un hijo/a con ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil (art. 354 CP), la negativa de presentar a un niño/a que se tiene a cargo cuando lo reclaman sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, así como la omisión de explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición (art. 354 CP), y la entrega a un establecimiento público o a otra persona de un niño/a menor de diez años a cuya crianza o educación se está a cargo, sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto, cuando resulta perjuicio grave para el niño (art. 356 CP). Por último, como ya se ha mencionado, la ley reprime al que induce a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona (art. 357 CP).

Debe tenerse presente, sin embargo, que la realización de algunas de estas conductas en nuestra realidad social no representa necesariamente un atentado repudiado contra la situación del niño/a, al menos no en el sentido que sin duda ha tenido presente el legislador. Es lo que ocurre con la práctica aún extendida en algunos ámbitos de “pasar por la libreta”, esto es, de reconocer como hijos/as propios niños/as que no lo son, precisamente como un mecanismo de resguardo de los mismos, por ejemplo, desde el punto de vista de la seguridad social. Así, es relativamente usual que los abuelos asuman la paternidad de los hijos/as de sus

hijas adolescentes. Este tipo de realidades ha motivado la dictación cada cierto tiempo de leyes de amnistía que se hacen cargo de la situación, como fue, por ejemplo, el caso de la Ley N° 19.488, de 31 de diciembre de 1996⁽²⁷⁹⁾. Ahora bien, este solo hecho sugiere que tal vez las soluciones al problema deben abordarse derechamente a través de una matización de las disposiciones penales.

En una lógica similar a la de los delitos contra el estado civil de las personas se encuentran, en general, las prescripciones penales de la Ley N° 19.620, de 5 de agosto de 1999, actual ley de adopción. En efecto, además de disposiciones tendientes a preservar la reserva y confidencialidad de los procesos de adopción, imponiendo penas a quienes revelan indebidamente antecedentes relativos a dichos procesos (arts. 39 y 40), la ley tipifica como delito la obtención, mediante abuso de confianza, ardid, simulación, atribución de identidad o estado civil u otra condición semejante, de la entrega de un niño/a para sí, para un tercero o para sacarlo del país, con fines de adopción (art. 41). La pena, considerable en su límite máximo (presidio menor en cualquiera de sus grados y multa), se aumenta en un grado cuando el delito se comete por autoridad, empleado público, abogado, médico, matrona, enfermera, asistente social o por el encargado, a cualquier título, del cuidado del menor, cuando ejecutaren las conductas que allí se sancionan abusando de su oficio, cargo o profesión (art. 44, en relación con art. 41).

En la misma línea se encuentra la incriminación de la solicitud o aceptación de contraprestaciones indebidas⁽²⁸⁰⁾ “por facilitar la entrega de un menor en adopción”. También en estos casos se prevé la agravación prevista en el art. 44.

1) Protección de la indemnidad sexual de niñas y niños menores de diez años

En materia de delitos sexuales, son varias las conductas de que pueden ser víctimas los niños/as de hasta diez años, algunas de ellas especialmente aplicables a ellos por encontrarse plenamente abarcados en la franja etaria decisiva para la ley penal, que se sitúa en la actualidad en los catorce años.

En efecto, puede decirse que tratándose de menores de catorce años en el derecho chileno rige una suerte de prohibición absoluta de contacto sexual. Lo que la ley pretende proteger no es ya la libertad sexual de los niños/as, libertad sexual que sencillamente no se les reconoce sino a partir de los catorce años, sino que lo que se da en llamar su indemnidad sexual. Debe tenerse presente que en materia de protección de la infancia frente al abuso y la explotación sexual, el Estado chileno se encuentra obligado por instrumentos internacionales, entre los cuales destaca, especialmente, la Convención de Derechos del Niño, con varias disposiciones al respecto⁽²⁸¹⁾.

Consecuentemente, con total independencia de las circunstancias del caso concreto, siempre constituye delito de violación impropia (art. 362 CP) el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de catorce años. En el caso en que, además, se mate al niño/a, se aplican penas de las más graves del Código: presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado (art. 372 bis CP). Por su parte, siempre constituye delito de abusos sexuales impropios (art. 366 bis CP), la realización de acciones sexuales en menores de catorce años, entendiéndose por acciones sexuales los actos de significación sexual y relevancia ejecutados sobre la víctima con contacto corporal o, cuando no exista dicho contacto corporal, afectando sus genitales, ano o boca (definición legal del art. 366 ter CP). Si la conducta consiste en la introducción de objetos de cualquier índole en la vagina, el ano o la boca del niño o se emplean animales en ello, las penas son las mismas que las previstas para la violación impropia (art. 365 bis)⁽²⁸²⁾.

(279) Cuyo artículo único rezaba, en su inciso primero: “Concédesse amnistía a quienes hayan cometido el delito de suposición de parto o el de usurpación del estado civil de otro, previstos en los artículos 353 y 354 del Código Penal, siempre que la criatura a que se refiera el delito haya sido engendrada por un descendiente o colateral de sus autores y, como consecuencia del mismo delito, haya quedado inscrita como hijo de éstos”.

(280) La referencia obvia a lo “indebido” se obtiene del muy peculiar art. 43, ejemplo de mala técnica legislativa en materia penal, que reza: “Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a aquellas personas que legítimamente solicitaren o aceptaren recibir una contraprestación por servicios profesionales que se presten durante el curso de los procedimientos regulados en esta ley, sean éstos de carácter legal, social, psicológico, psiquiátrico, u otros semejantes”.

(281) A continuación se transcriben las principales:

Art. 34. Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación

Por su parte, el art. 366 quater CP reprime a los que, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realicen ante menores de catorce años actos de significación sexual, o bien determinen a dichos menores a la realización de actos de tal significación, o les hagan ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter⁽²⁸³⁾.

Adicionalmente la ley penal se hace cargo de diversas aristas de la llamada pornografía infantil, entendiéndose por tal aquella en cuya producción se emplean menores de edad⁽²⁸⁴⁾. Así, se reprime la producción de tal material (art. 366 quinquies), la comercialización o difusión del mismo sin haber participado en su producción (art. 374 ter inciso primero CP) y, con discutible criterio, la adquisición o almacenamiento del mismo (art. 374 bis inciso segundo CP). Debe considerarse, en todo caso, que al menos tratándose de la conducta de producción del material pornográfico, tratándose de menores de catorce años, esto es, del segmento en el cual se encuentran las personas que son objeto del presente informe, generalmente —si bien no siempre— constituirá participación punible en un delito más grave, de violación impropia o de abusos sexuales impropios.

Algo parecido cabe decir respecto de las conductas relativas a la prostitución infantil. La ley reprime en la actualidad tanto al proxeneta, esto es, al que para satisfacer los deseos de otro facilita o promueve la prostitución de menores de edad, previéndose una pena mayor cuando la conducta se realiza con habitualidad o con abuso de autoridad o confianza (art. 367 CP), como al que mediante el pago de un precio (“prestación de cualquier naturaleza”) accede a los servicios sexuales de un menor de edad (art. 367 ter CP). Más allá de los alcances precisos de estas disposiciones, especialmente de esta última⁽²⁸⁵⁾, lo cierto es que tratándose de menores de catorce años generalmente se realizarán las exigencias típicas de la violación impropia o, al menos de los abusos sexuales impropios.

Tangencialmente cabe mencionar que con la primera gran reformulación de los delitos sexuales producida mediante la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999, se suprimieron las figuras de raptó, originalmente contenidas en los arts. 358 a 360 del Código. El raptó consistía en la sustracción de una doncella con propósitos lascivos, de suerte que podía interpretarse como un delito de peligro en relación con la libertad o, tratándose de menores de la edad mínima para consentir en materia sexual, la indemnidad sexual. Con la supresión, ahora son aplicables sólo las disposiciones en materia de sustracción de menores, precedentemente analizadas.

Por último, la legislación vigente prevé una serie de sanciones accesorias, tendientes a proteger en el futuro a los niños/as afectados, como es la pérdida de la patriapotestad u otros derechos sobre la persona o bienes del niño/a (art. 370 bis CP), la interdicción para ser guardadores o ser oídos como parientes y el sometimiento a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal (art. 372 CP), la inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos en materia de educación o dirección de la juventud (art. 371 inciso segundo CP), y ahora, la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, en cualquiera de sus grados (arts. 39 bis y 372 CP).

Si se debe valorar el estado actual de la regulación legal para la protección de los niños/as de hasta diez años en materia sexual, puede decirse que, en general se trata de un régimen de tipificación adecuado, sin perjuicio que la severidad de las penas no guarda relación con la proporcionalidad exigible en materia penal, lo que se expresa especialmente en la ausencia de distinciones y matices que parezcan relevantes. Los verdaderos problemas de justificación conceptual y posibles

del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Art. 35. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Art. 36. Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Art. 37. Los Estados Partes velarán por que: **a)** Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; **b)** Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; **c)** Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Art. 39. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o

degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Art. 40. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. **2.** Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: **a)** Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; **b)** Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: **i)** Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; **ii)** Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; **iii)** Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; **iv)** Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos

de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; **v)** Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; **vi)** Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; **vii)** Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: **a)** El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; **b)** Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

(282) No se menciona aquí la figura de estupro, prevista en el art. 363 CP, ni la discutible tipificación del art. 365 CP, esto es, la sodomía con menor de edad, consistente en el acceso carnal a persona menor de edad del mismo sexo, por la sencilla razón que tales delitos sólo son aplicables respecto de niños mayores de catorce años, ya que en caso contrario se tratará necesariamente de un caso de violación impropia.

(283) Respecto de menores de edad pero mayores de catorce, las conductas son punibles sólo si concurren las circunstancias del N° 1 del art. 361, esto es, fuerza o intimidación, o bien las del estupro.

(284) Definición legal en el art.

366 quinquies inciso segundo CP:

“Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”. Si bien los términos de la ley no son los más felices, la opinión al parecer dominante en la doctrina entiende que, en todo caso, sólo puede tratarse de situaciones en las cuales realmente niños concretos se ven concretamente amenazados en su indemnidad sexual, lo que no ocurre, por ejemplo, cuando simplemente se retrucan con elementos sexuales fotografías de un niño.

(285) Por la desafortunada elección de los términos empleados, extraños a todo el sistema de los delitos sexuales en nuestro ordenamiento, se puede discutir si se exige acceso carnal o si basta con acciones sexuales en los términos del art.

366 ter o incluso con conductas de significación sexual pero sin contacto como las previstas en el art. 366 quater. Si bien la precisa existencia de este último precepto sugiere que la conducta ya está tipificada excluyentemente, la circunstancia adicional de pago puede todavía sembrar dudas.

excesos desde un punto de vista político—criminal guardan relación más bien con la fijación en los catorce años del límite considerado para los efectos del ejercicio de una relativa libertad en materia sexual. En efecto, en general no existen dudas sobre la racionalidad y justificación de tabuizar todo tipo de contactos sexuales con niños/as menores de diez años, o aun de doce o quizás más, pero ciertamente el límite en los catorce años sin ningún tipo de distinciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de conducta de que se trate —considérense las importantes diferencias que, desde un punto de vista de las valoraciones sociales, existen entre el acceso carnal y otras formas de contacto sexual— conduce a resultados ciertamente desconcertantes, que sólo se explican por voluntarismo político, probablemente bien intencionado, pero no por ello menos perjudicial⁽²⁸⁶⁾. Con todo, como se ha dicho, esos reparos en general no afectan a la situación que rige para los menores de diez años.

J) Delitos contra niñas y niños previstos en la ley de menores

La Ley de Menores en su Título V contiene algunas disposiciones penales que se hacen cargo de conductas contra niños/as y que resultan complementarias de las normas ya analizadas. En particular, el art. 62 de la Ley de Menores dispone penas de prisión en cualquiera de sus grados o presidio menor en su grado mínimo o multa para las siguientes conductas: ocupación de menores de dieciocho años en trabajos u oficios que los obliguen a permanecer en cantinas o casas de prostitución o de juego; la tolerancia del empresario, propietario o agente de espectáculos públicos en que menores de dieciséis años hagan exhibiciones de agilidad, fuerza u otras semejantes con propósito de lucro; y la ocupación de menores de edad en trabajos nocturnos, entendiéndose por tales aquéllos que se ejecutan entre las diez de la noche y las siete de la mañana.

Adicionalmente, el mismo artículo contiene aquí una regulación especial del maltrato infantil, expresamente subsidiaria de otras disposiciones legales, especialmente de la Ley de Violencia Intrafamiliar⁽²⁸⁷⁾. La regulación es del siguiente tenor: “El maltrato resultante de una acción u omisión que produzca menoscabo en la salud física o psíquica de los niños/as, no comprendido en leyes especiales sobre materias similares, será sancionado con todas o algunas de las siguientes medidas:

- 1) Asistencia del agresor a programas terapéuticos o de orientación familiar, bajo el control de la institución que el juez estime más idónea o conveniente, tales como el Servicio Nacional de la Mujer, el Servicio Nacional de Menores, el Centro de Diagnósticos del Ministerio de Educación o los Centros Comunitarios de Salud Mental Familiar, declarándolo así en la sentencia definitiva. La Institución designada deberá, periódicamente, remitir los informes de cumplimiento al tribunal en que esté radicada la causa;
- 2) Realización de trabajos determinados, a petición expresa del ofensor, en beneficio de la comunidad, para la Municipalidad o para las corporaciones municipales existentes en la comuna correspondiente a su domicilio, análogos a la actividad, profesión u oficio del condenado o relacionados con ellos, sin que estos trabajos alteren sus labores habituales, y
- 3) Multa, a beneficio municipal, equivalente al ingreso diario del condenado, de uno a diez días, la que se fijará prudencialmente por el juez”.

Esta regulación rige también para quienes abandonen al niño/a sin velar por su crianza y educación o lo corrompan (inciso final).

(286) Las consecuencias son particularmente graves para aquellos niños que son imputados por estos delitos, los que perfectamente pueden cometerse en el contexto de una relación amorosa normal. Este desacierto recién ha venido a ser superado en parte con la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, donde se excluye la responsabilidad penal del adolescente en aquellos casos en los que la diferencia de edad entre “victimario” y “víctima” es reducida (art. 4° Ley).

(287) Tal como en aquella ley, en esta regulación se prevé que en caso de lesiones menos graves o graves los antecedentes deben remitirse a la justicia penal (inciso tercero).

K) Delitos y circunstancias relativas a niñas y niños en la ley de drogas

Desde antiguo las leyes chilenas referidas al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas han considerado con mayor rigor las conductas ilícitas que afectan a menores de edad. En la actualidad, la vigente Ley N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, expresa tal orientación en las siguientes disposiciones:

Conforme al art. 5° de la ley, comete delito “(e)l que suministre a menores de dieciocho años de edad, a cualquier título, productos que contengan hidrocarburos aromáticos, tales como benceno, tolueno u otras sustancias similares”⁽²⁸⁸⁾.

Si bien no de manera tan nítida, en la misma línea se encuentra la tipificación del art. 12 de la ley, conforme a la cual comete delito “(q)uien se encuentre, a cualquier título, a cargo de un establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile o música, recinto deportivo, establecimiento educacional de cualquier nivel, u otros abiertos al público, y tolere o permita el tráfico o consumo” de drogas.

Por su parte, entre las agravantes específicas que considera la ley hay varias que dicen relación directa o indirectamente con los niños/as. Tal es el caso, por cierto, de la circunstancia de la letra c) del art. 19, que derechamente se hace cargo del hecho de haberse suministrado, promovido, inducido o facilitado el uso o consumo de drogas a menores de edad. La orientación es también bastante nítida en la circunstancia de la letra f), consistente en haberse cometido el delito “en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”, y en alguna medida también en la de la letra g), por el hecho de haberse cometido “en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales”.

L) Aspectos procesales de la protección penal de niñas y niños

En general la investigación y juzgamiento de los delitos de que son víctimas los niños/as están sujetos a las reglas generales que rigen el proceso penal. Existen, sin embargo, algunas pocas disposiciones que demuestran algún grado de preocupación especial por parte del legislador a la hora de disciplinar los aspectos adjetivos de la protección penal de los niños/as.

Destaca en este contexto la regla de la frase final del inciso primero del art. 53 CPP, conforme al cual los delitos contra personas menores de edad siempre son delitos de acción penal pública, esto es, delitos respecto de los cuales los órganos estatales de persecución penal pueden y deben actuar de oficio. De este modo, la persecución de ciertos delitos que tratándose de víctimas mayores de edad en principio requiere siquiera denuncia del afectado, no reconoce ese límite cuando se trata de víctimas menores de edad⁽²⁸⁹⁾.

Adicionalmente, debe tenerse presente el sistema de atención a las víctimas del delito, consagrada constitucional y legalmente como una de las funciones propias del Ministerio Público (art. CPR, arts. 1°, 17 y 20 LOCMP, arts. 6° y 78 CPP), además de la consagración de una serie de derechos de intervención en el procedimiento, aun sin el patrocinio de abogado (art. 109 CPP, entre otras). En este contexto debe destacarse cómo este marco legal ha dado lugar a una práctica relevante de asistencia a cargo de especialistas, especialmente respecto de víctimas menores de edad, así como de preparación de las mismas con miras a su eventual intervención en el juicio oral. Como complemento, debe darse cuenta

(288) La nueva ley es bastante más severa en este punto —probablemente en exceso— pues, a diferencia de su antecesora, la Ley N° 19.366, de 30 de enero de 1995, no requiere que el agente actúe “sabiendo o debiendo saber que están destinados [los productos] a ser consumidos por dichos menores” (art. 10).

(289) Esto está fuera de toda discusión tratándose de los llamados delitos de acción pública previa instancia particular (art. 54 CPP), como inequívocamente se desprende de las consecuencias que expresamente extrae el art. 56 CPP. No es tan evidente, sin embargo, tratándose de delitos de acción penal privada —paradigmáticamente, delitos contra el honor (art. 55 CPP)— no sólo porque tal consecuencia no se menciona expresamente en el citado art. 56 CPP, sino además porque no es claro que la persecución penal siempre sea beneficiosa para el niño/a (criterio que siempre ha estado en el trasfondo de los delitos de acción penal privada).

del desarrollo en la práctica de mecanismos que tienden a facilitar la intervención como testigos de las víctimas en general y de los niños en especial, reduciendo los efectos traumáticos de dicha intervención. Que el interrogatorio se realice en salas separadas, con la sola presencia directa del tribunal, mientras el público observa por sistema cerrado de televisión, es un ejemplo de medidas prácticas y efectivas adoptadas aun en ausencia de ley⁽²⁹⁰⁾ y que, en cuanto no vulneren las garantías de la defensa ni los principios legitimantes del juicio oral, deben celebrarse y promoverse.

También debe destacarse la consagración de mecanismos de reparación que incluso pueden prevalecer, bajo ciertas circunstancias, por sobre el interés público en la persecución penal, como ocurre, por ejemplo, con los acuerdos reparatorios (art. 241 y ss. CPP) y, en menor medida, y necesariamente con el concurso del Ministerio Público, con la suspensión condicional del procedimiento. Con todo, es altamente posible que tratándose de delitos de cierta relevancia contra menores de diez años estos mecanismos tengan una aplicación más bien reducida, porque no siempre se darán a su respecto los requisitos legales o, más bien, porque no existirá la voluntad de prescindir en estos casos de la persecución penal.

M) Niñas y niños como infractores de la ley penal

El ordenamiento jurídico—penal no se encarga de los niños/as sólo en cuanto potenciales víctimas de delitos, sino que también, y con singular intensidad, en su calidad de infractores de la ley penal. Técnicamente, los niños hasta cierta edad no son responsables penalmente, son inimputables. En el sistema aún vigente la responsabilidad penal comienza en principio a los 18 años, sin perjuicio que los mayores de 16 puedan ser responsables si se declara judicialmente que han obrado con discernimiento (art. 10 N° 2 y 3 CP). Con la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (Ley N° 20.084, de 7 de diciembre de 2005), ese umbral baja a los 14 años, suprimiéndose el tramo intermedio sujeto a declaración de discernimiento. El grueso de la ley entra en vigencia a contar del 7 de junio próximo⁽²⁹¹⁾.

Ahora bien, el que los niños/as que no han alcanzado la edad límite fijada por la ley no sean penalmente responsables no significa, lamentablemente, que a su respecto el Estado prescinda de toda forma de control social. Al contrario, la legislación prevé mecanismos de control que, al menos en parte, tienen un indelible carácter punitivo. Este régimen es el que se aplica a los niños/as menores de diez años, objeto de este informe.

En la actualidad rige el viejo sistema de la Ley de Menores (Ley N° 16.618, según el texto refundido por el art. 6° del DFL N° 1/2000, del Ministerio de Justicia), si bien con las modificaciones introducidas por la Ley de Tribunales de Familia (Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004) y, ahora, por la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, que en parte entró en vigencia en diciembre pasado. Conforme al art. 8° N° 10 de la Ley N° 19.968 los tribunales de familia deben conocer y resolver, entre otras materias, de “(t)odos los asuntos en que se impute un hecho punible a niños, niñas o adolescentes exentos de responsabilidad penal”, así como aplicar, cuando corresponda, ciertas medidas contempladas en la Ley de Menores. Hasta diciembre del año pasado esas medidas eran las del art. 29 de la Ley⁽²⁹²⁾, pero con la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil se modificó la referencia, que ahora es al art. 30 (más aún, cuando la ley entre íntegramente en vigor, el art. 29 quedará derogado). El referido art. 30 de la Ley de Menores prescribe:

En los casos previstos en el artículo 8°, números 7) y 8), de la ley que crea los juzgados de familia, el juez de letras de menores, mediante resolución fundada, podrá decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos.

(290) Aparte del mandato genérico de protección de los testigos consagrado en el art. 308 CPP, las únicas disposiciones expresas en relación con la intervención de niños/as en el proceso penal se encuentra en los arts. 306 inciso segundo y 310 CPP, en virtud de los cuales a los menores de edad no se les puede tomar juramento o promesa de decir verdad antes de su declaración, así como que las preguntas que se les dirijan deben formularse a través del presidente del tribunal, disposición esta última que, sin embargo, no parece ni necesaria ni particularmente feliz en sus efectos prácticos.

(291) Seis meses después de su publicación en el Diario Oficial (7 de diciembre de 2005), conforme al art. 1° transitorio.

(292) Tales medidas eran las siguientes: **a)** Devolver el niño/a a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación; **b)** Disponer su ingreso a un centro de diagnóstico, tránsito y distribución o de rehabilitación o a un programa especializado de carácter ambulatorio, según corresponda; o **c)** Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación. Se disponía, además que la duración de las medidas era determinada por el tribunal, pudiendo revocarlas o modificarlas cuando varían las circunstancias que habían llevado a decretarlas, oyendo al director del centro o programa respectivo. Tratándose de la medida de internación, la ley señalaba que ésta “sólo procederá en los casos y por el plazo que sea estrictamente necesario”, y que en caso alguno se podía ordenar “el ingreso de una persona menor de dieciocho años en un establecimiento penitenciario de adultos”.

En particular, el juez podrá:

- 1) disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo tengan bajo su cuidado, para enfrentar y superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y
- 2) disponer el ingreso del menor de edad en un Centro de Tránsito o Distribución, hogar substituto o en un establecimiento residencial.

Si adoptare la medida a que se refiere el número 2), el juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado del menor, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que aquél tenga una relación de confianza.

La medida de internación en un establecimiento de protección sólo procederá en aquellos casos en que, para cautelar la integridad física o síquica del menor de edad, resulte indispensable separarlo de su medio familiar o de las personas que lo tienen bajo su cuidado, y en defecto de las personas a que se refiere el inciso anterior. Esta medida tendrá un carácter esencialmente temporal, no se decretará por un plazo superior a un año, y deberá ser revisada por el tribunal cada seis meses, para lo cual solicitará los informes que procedan al encargado del Centro u hogar respectivo.

Sin perjuicio de ello, podrá renovarse en esos mismos términos y condiciones, mientras subsista la causal que le dio lugar. En todo caso, el tribunal podrá sustituir o dejar sin efecto la medida antes del vencimiento del plazo por el que la hubiere dispuesto.

En materia de procedimiento, rige el establecido en el Párrafo 4° (art. 102 A y siguientes) de la Ley de Tribunales de Familia, también introducido mediante la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y ya en vigencia en esta parte desde diciembre de 2005.

Adicionalmente, cuando entre plenamente en vigencia la Ley N° 20.084, debe considerarse que su art. 58 dispone que “(s)i se sorprende a un menor de catorce años en la ejecución flagrante de una conducta que, cometida por un adolescente constituiría delito, los agentes policiales ejercerán todas las facultades legales para restablecer el orden y la tranquilidad públicas y dar la debida protección a la víctima en amparo de sus derechos”, para disponer luego que “(u)na vez cumplidos dichos propósitos, la autoridad respectiva deberá poner al niño a disposición del tribunal de familia a fin de que éste procure su adecuada protección. En todo caso, tratándose de infracciones de menor entidad podrá entregar al niño inmediata y directamente a sus padres y personas que lo tengan a su cuidado y, de no ser ello posible, lo entregará a un adulto que se haga responsable de él, prefiriendo a aquellos con quienes tuviere una relación de parentesco, informando en todo caso al tribunal de familia competente”⁽²⁹³⁾.

(293) El inciso final prevé lo siguiente: “Para los efectos de que el fiscal pueda interrogar al menor en calidad de testigo, se estará a las normas generales que regulan la materia”.

Actualmente se está tramitando en el Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Protección de los derechos de la Infancia y la Adolescencia (Mensaje N° 309–352, de 18 de enero de 2005, ya despachado por la Cámara de Diputados). Desde la perspectiva específica de este acápite, esto es, desde la perspectiva del tratamiento de los niños/as infractores de ley, se aprecia en el proyecto una cierta mixtura —tradicional y de triste recuerdo entre nosotros— entre los aspectos de protección y los de control social, con el riesgo potencial de terminar en alguna medida criminalizando la vulnerabilidad. En efecto, sin perjuicio de las buenas intenciones expresadas en el art. 39 del proyecto (límite de las medidas de protección: no pueden implicar sanción privativa de libertad a pretexto de protección), lo cierto es que las medidas de protección previstas perfectamente pueden adquirir carácter punitivo. Que las buenas intenciones expresadas hayan desaparecido del texto de la Cámara de Diputados es ciertamente indicativo.



Anexos

Anexo 1

Glosario: Fuentes de rango inferior

El presente Glosario considera las normas administrativas que se mencionan en este informe:

1. Circulares o instructivos: Directivas que la autoridad administrativa imparte a los funcionarios o agentes públicos subalternos, relacionadas con el correcto cumplimiento de la Ley administrativa o con la necesidad de una más eficaz y expedita administración⁽²⁹⁴⁾. Tienen carácter interno, pues se dirigen a la propia Administración (no a los particulares), y constituyen una manifestación del poder jerárquico que tienen las autoridades (art. 55 f), Estatuto Administrativo). Sin embargo, los organismos reguladores (p. ej., las Superintendencias) pueden emitir circulares dirigidas a los particulares que están bajo su regulación, las que son una manifestación de las potestades normativas con que suele dotarse a estos organismos.

(294) Carmona, Carlos.
Apuntes de Clases Derecho Administrativo. Unidad IV. Las formas de actuación de la Administración. U. de Chile, Santiago, 2005, p. 202.

2. Decreto Supremo: Orden escrita que dicta el Presidente de la República sobre asuntos propios de su competencia (art. 3º, inc. 4º, Ley N°19.880), o uno de sus Ministros ejerciendo la delegación de firma y utilizando la fórmula “Por orden del Presidente de la República” (Esto sólo procede en las materias que señala el D.S. N°19/2001, SEGPRES, D.O. 10.02.2001). Es requisito esencial que lleve la firma del(los) Ministro(s) respetivos(s), conforme el art. 35 de la Constitución.

3. Reglamento o Decreto general o reglamentario: Es el decreto que crea normas generales y permanentes, subordinándose a la Ley y la Constitución. Se opone a los decretos simples, que resuelven un caso singular.

4. Resoluciones: Órdenes escritas que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión diferentes del Presidente de la República (o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”), sobre asuntos propios de su competencia (art. 3º, incisos 4º y 5º, Ley N°19.880). Usualmente son dictadas por los Jefes Superiores de los Servicios Públicos.

5. Resoluciones exentas: Aquellas resoluciones que no deben someterse al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República. La Resolución N°520/1996 de este organismo señala cuáles son los actos administrativos que deben cumplir con este trámite. El resto no debe hacerlo, sin perjuicio de otros controles alternativos que puede efectuar la Contraloría General.

6. Ordenanzas: Se trata de normas de carácter general denominadas así por la Ley que las aprobó (cuando tienen rango legal) o que demandó su dictación (cuando reglamentan una ley), sin importar en este último caso si, a su vez, deben aprobarse por decreto o resolución. Se trata de una denominación actualmente poco utilizada, pero existen numerosos ejemplos de esta heterogeneidad. Pueden mencionarse la Ordenanza de Aduanas que tiene rango legal (su texto actual está fijado por el D.F.L. N°30, M. de Hacienda, D.O. 04.06.2005), la de Urbanismo y Construcciones que tiene rango reglamentario (el art. 2º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones la denomina así) y las Ordenanzas locales de derechos, aprobadas por el Alcalde con acuerdo del Concejo y limitadas al ámbito municipal (art. 12, inc. 1º, y 65 j) L.O.C. de Municipalidades o arts. 7, 8 o 41 del D.L. N°3.063, sobre Rentas Municipales).

Anexo 2

Comentarios al Proyecto de Ley

A) Presentación

Con motivo de la investigación *Análisis Normativo de Políticas, Programas y Prestaciones Públicas referidos al Desarrollo Integral de la Infancia (Primera Etapa: Desde la Gestación hasta los Tres Meses de Edad)*, desarrollada por un equipo interdisciplinario de investigadores de la Universidad Alberto Hurtado a petición del Ministerio de Planificación (MIDEPLAN), se ha solicitado la opinión de los especialistas sobre el Proyecto de Ley de Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia.

Este documento tiene por finalidad dar cuenta de los aspectos positivos (*infra* Ventajas) y negativos (*infra* Deficiencias) de la normativa presentada por el Ejecutivo el 18 de enero de 2005. Cabe indicar que la lectura que se ha hecho considerando la óptica desarrollada en la construcción del marco normativo general sobre protección y desarrollo de la infancia, vigente en la actualidad.

Los comentarios que a continuación se formulan contemplan como insumos los siguientes documentos: 1) el Mensaje N° 309–352, presentado por el Ejecutivo en enero de 2005, y 2) el proyecto aprobado en primer trámite constitucional por el Senado de la República (Oficio N° 26.424, 16 de marzo de 2006).

B) Ventajas del Proyecto de Ley

1. A través de la creación del Servicio Nacional de la Infancia y la Adolescencia, actualiza y amplifica las responsabilidades que a la fecha la ley confiere al Servicio Nacional de Menores.
2. Crea una acción especial de protección de derechos para cautelar los derechos de infantes y adolescentes.
3. Intenta hacerse cargo de la situación en la que se encuentran los menores de catorce años en conflicto con la ley penal

C) Desventajas del articulado aprobado por el Senado de la República

1. El contenido del articulado aprobado en el Senado no se condice con la “denominación” del proyecto de ley, el que supuestamente estaba referido a la *Protección de Derechos de la Infancia y Adolescencia*.

Más bien, lo que se intenta hacer es aprobar un conjunto de disposiciones orgánicas que modifican el Servicio Nacional de Menores, y regular la situación en que se encontrarían los menores de catorce años en conflicto con la ley penal.

Habiéndose publicado el Código Procesal Penal el 12 de octubre de 2000 (Ley N° 19.696), y la reciente ley N° 20.084, publicada en el D.O. el 7 de diciembre de 2005, para establecer un sistema especial de responsabilidad de los adolescentes —entre catorce y dieciocho años— por infracciones a la ley penal, era necesario abocarse a la revisión de la situación en que quedan los menores de catorce años cuando incurrir en ilícitos penales.

Por otro lado, han surgido críticas al impacto de las políticas y programas del Servicio Nacional de Menores, incluso se ha generado un consenso entre los especialistas en derecho de la infancia y seguridad ciudadana, de la urgencia de modernizar dicho servicio.

Por ello, ambos objetivos del proyecto de ley no sólo son pertinentes sino que además necesarios desde una doble perspectiva: de coherencia legislativa y de diseño de políticas públicas. No obstante, hubiera sido preferible explicitar tales finalidades en la denominación que se otorga al proyecto de ley, en vez de in-

tentar mostrar un avance cualitativo en la protección de los derechos de infantes y adolescentes.

2. No es cierto que los derechos de los infantes y adolescentes no se encuentren protegidos en el ordenamiento jurídico nacional.

Hay un plexo de normas que reconocen derechos a los sujetos menores de dieciocho años, no sólo consagrados con rango constitucional, sino que además forman parte de los instrumentos internacionales ratificados por Chile (vgr., Convención Internacional de Derechos del Niño).

También hay un conjunto de mecanismos que permiten hacer valer tales derechos ante la autoridad administrativa y judicial.

Cosa distinta es que (1) se quiera perfeccionar el sistema normativo en lo que a desarrollo integral y protección jurídica de tales sujetos se refiere, o que (2) se busque aumentar la eficacia de la legislación vigente.

D) Recomendaciones finales

1. Sustituir el Servicio Nacional de Menores por el Servicio Nacional de la Infancia y Adolescencia.

2. Aprobar ajustes normativos para clarificar la situación de los menores de catorce años de edad que incurran o participen en ilícitos penales.

3. Para avanzar coordinadamente hacia un Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, se sugiere elaborar y discutir un *nuevo proyecto de ley* que establezca el conjunto de derechos de infantes y adolescentes, incluyendo los mecanismos apropiados y eficaces para que tales derechos sean reconocidos y en definitiva eficaces.

Anexo 3

Sociedades científicas del sector salud

Las sociedades científicas que pudiesen participar en perfeccionar la normativa en salud del producto de la concepción hasta los tres meses de edad son las siguientes:

- Sociedad Chilena de Pediatría, que cuenta con grupos técnicos funcionales en todo el país (Ramas y Comités) y cobertura nacional que permite apoyar a los Servicios de Salud en el logro de objetivos.
- Asociación Chilena para el estudio del dolor (ACHED).
- Asociación de Sociedades Científicas Médicas (ASOCIMED).
- Sociedad Chilena de Adolescencia.
- Sociedad Chilena de Cirugía Pediátrica.
- Sociedad Chilena de Dermatología y Venereología.
- Sociedad Chilena de Epidemiología.
- Sociedad Chilena de Enfermedades Respiratorias.
- Sociedad Chilena de Medicina del Deporte.
- Sociedad Chilena de Medicina Familiar y General
- Sociedad Chilena de Medicina Reproductiva.
- Sociedad Chilena de Obesidad.
- Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología.
- Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología Infantil y de la Adolescencia.
- Sociedad Chilena de Oftalmología.
- Sociedad Chilena de Oftalmología Pediátrica y Estrabismo.
- Sociedad Chilena de Ortopedia y Traumatología.
- Sociedad Chilena de Psiquiatría y Neurología de la Infancia y Adolescencia.
- Sociedad Chilena de Salud Mental.
- Sociedad de Genética de Chile.

*Referencias
Bibliográficas*

1. Salud

- Aedo C. Evaluación Económica de la Prolongación del Postnatal. Informe Final. Sociedad Chilena de Pediatría. Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia. 2003.
- Alegría A, Pittaluga E, Mena P et al. Evolución neurosensorial en recién nacidos de muy bajo peso de nacimiento a los 2 años de edad corregida. *Rev Chil Pediatr.* 2002. 73 (4): 348–356.
- Almonte C. Salud Mental. 293–298. EN: Puericultura. El Cuidado de Niños y Jóvenes en el Siglo XXI. Editorial Universitaria. Santiago de Chile. 2004.
- Arteaga P, Dölz A, Droguett E et als. Evaluación del desarrollo psicomotor en lactantes y preescolares. Los Andes, Chile, 1999. *Rev Chil Salud Pública.* 2001; 5 (1): 19–23.
- Almonte C, Insunza C, Ruiz C. Abuso sexual en niños y adolescentes de ambos sexos. *Rev Chil Neuro-psiquiatr.* 2002. 40 (1): 22–30.
- Althabe F, Carroli G, Lede R, Belizán JM, Althabe O. El parto pretérmino: detección de riesgos y tratamientos preventivos. *Rev Panam Salud Pública* 1999. 5 (6): 373–385.
- Alvarado R, Medina E, Aranda W. El efecto de variables psicosociales durante el embarazo, en el peso y la edad gestacional del recién nacido. *Rev Méd Chile* 2002; 130: 561–68.
- Álvarez A, Vaccaro M, Venegas G. Estudio sobre lactancia materna en niños entre 12 y 18 meses de edad. Resúmenes. XXIV Congreso Internacional de Pediatría. Cancún. México. Agosto. 2004.
- Arancibia M, Vargas NA, Calderón P. y cols. Hijo no deseado: incidencia y características en púerperas de un hospital de Santiago. *Rev Chil Pediatr.* 1989. 60 (2): 107–111.
- Arancibia M, Vargas NA, Rojas R. y cols. Patrones de crianza en el dormir en menores de un año. Area Occidente de Santiago Metropolitano. *Bol Hosp SJ de Dios.* 1998, 45(5): 338–343.
- Arancibia S, Vargas NA, Castillo M. Traumatismos, envenenamientos y violencias en menores de 15 años: encuesta de incidencia en un Consultorio de atención primaria. *Bol Hosp. S.J. de Dios.* 1991. 38 (2): 11–14.
- Aros S, Cassorla F. Posibles determinantes perinatales de morbilidad en la edad adulta. *Rev Méd Chile* 2001; 129: 307–315.
- Arteaga O, Thollaug S, Nogueira AC, Darras C. Información para la equidad en salud en Chile. *Rev Panam Salud Pública.* 2002. 11 (5–6).
- Banfi A. Enfermedad de Kawasaki. *Rev Chil Pediatr.* 2001; 72 (6): 487–495.
- Barja S, Arteaga A, Acosta AM, Hodgson MI. Resistencia insulínica y otras expresiones del síndrome metabólico en niños obesos chilenos. *Rev Méd Chile* 2003; 131: 259–68.
- Bedregal P, Margozzini P, Molina H. Revisión sistemática de evidencias de costo y eficacia de intervenciones para el desarrollo biosicosocial y la niñez. Organización Panamericana de la Salud. Unidad de Salud de La Niñez y Familia. Programa de Salud y Población.
- Berríos X, Jadue L. Prevención primaria de enfermedades crónicas del adulto. Intervención sobre sus factores de riesgo en población escolar. *Rev Chil Pediatr.* 1993, 64: 397–402.
- Berríos X, Bedregal P, Guzmán B. Costo–efectividad de la promoción de la salud en Chile. Experiencia del Programa “Mírame”. *Rev Méd Chile.* 2004, 132: 351–370.
- Bustos P, Amigo H, Arteaga A et al. Factores de riesgo de enfermedad cardiovascular en adultos jóvenes. *Rev Méd Chile.* 2003; 131: 973–980.
- Carrasco B, Salazar D, Merino JM. Un inventario para medir la calidad de vida familiar. *Rev Chil Salud Pública.* 2004, 8 (1): 29–35.
- Consejo Nacional para la Promoción de la Salud. VIDA Chile. Cuenta 2003.
- Consejo Nacional de Promoción de la Salud. Vida Chile. Acta de Huechuraba. I Congreso Chileno de Promoción de la Salud. Santiago. Agosto 1999.

- Consejo Nacional de Promoción de la Salud. Vida Chile. Acta de Huechuraba 2002. II Congreso Chileno de Promoción de la Salud. Santiago. Octubre 2002.
- Cuchacovich R, Vargas NA. Hijos no deseados en el medio urbano-rural: ensayo de una pauta de detección. *Rev. Chil Pediatr.* 1986;57(4): 359–361.
- De la Barra F, Toledo V, Rodríguez J. Estudio de salud mental en dos cohortes de niños escolares de Santiago Occidente. III: predictores tempranos de problemas conductuales y cognitivos. *Rev Chil Neuro-psiquiatr*, 2003; 41, 1, 65–76.
- De la Barra, F, Toledo, V, Rodríguez, J. Estudio de salud mental en dos cohortes de niños escolares de Santiago Occidente. I: Prevalencia y seguimiento de problemas conductuales y cognitivos. *Rev Chil Neuro-psiquiatr*, 2002; 40, (1): 9–21.
- De la Barra, F, Toledo, V, Rodríguez, J. Estudio de salud mental en dos cohortes de niños escolares de Santiago Occidente. II: Factores de riesgo familiares y escolares. *Rev Chil Neuro-Psiquiat* 2002; 40: 347–60.
- Declaración de Pucón. XLI Congreso Chileno de Pediatría. 2001. *Rev Chil Pediatr.* 2002; 73 (2): 197.
- Declaración de Toronto sobre equidad en salud. *Rev Panam Salud Pública.* 2002; 12 (6): 465–467.
- Depto. Políticas Públicas Saludables y Promoción. Unidad de Nutrición y Alimentación. Norma Técnica de Evaluación Nutricional de Niños y Niñas de 6 a 18 años. 2004.
- Díaz M, Lagomarsino E, Cavagnaro F. Guía de inmunizaciones para pacientes pediátricos con patología renal crónica. *Rev Chil Pediatr.* 2002; 73 (1): 27–33.
- Fernández M, Atalah E. Evaluación del programa de tratamiento de lactantes en riesgo nutricional en la Región Metropolitana. *Rev Chil Pediatr.* 2001, 72 (4): 328–333.
- Fondo de Solidaridad e Inversión Social. FOSIS. Serie reflexiones desde el puente. Avance de las obras. Cuaderno de trabajo N° 1.
- Hübner ME, Ramírez R. Sobrevida, viabilidad y pronóstico del prematuro. *Rev Méd Chile* 2002; 130: 931–8.
- Jacoby E; Bull F; Neiman A. Cambios acelerados del estilo de vida obligan a fomentar la actividad física como prioridad en la Región de las Américas. *Rev Panam Salud Publica* 2003. 14 (4): 223–225.
- Jadue L et al. Factores de riesgo de enfermedades no transmisibles: metodología y resultados de la encuesta CARMEN. *Rev Med Chile.* 1999, 127: 1004–1013.
- Millán T, Serani F, Vargas NA, Valenzuela MS. Características biológicas y sociales de los menores de un año muertos por neumonía en la Región Metropolitana de Chile, 1995. *Rev Panam Salud Pública* 1999. 6 (5): 333–345.
- Ministerio de Planificación y Cooperación. División Social. Volumen 1: Pobreza, distribución del ingreso e impacto distributivo del gasto social. Serie CASEN 2003. Santiago de Chile. Agosto 2004.
- Ministerio de Planificación y Cooperación. Análisis de la VIII encuesta de caracterización socioeconómica nacional (CASEN 2000). Documento N° 10. Situación de la Infancia en Chile. 2000. Santiago de Chile. Abril 2002.
- Ministerio de Salud de Chile. Plan Nacional de Promoción de la Salud. Metas para el Trienio 1998–2000. 1998.
- Ministerio de Salud de Chile. Encuesta Nacional de Salud 2003. www.minsal.cl
- Ministerio de Salud de Chile. División de Programas de Salud. Salud Infantil. Programa de Salud del Niño y del Adolescente. 1991.
- Mourgues M, Henríquez, Tohá D y cols. Sobrevida del niño menor de 1.500 g en Chile. *Rev Chil Obstet Ginecol* 2002; 67 (2): 100–105.
- Vargas NA, Arredondo O, Ilabaca G, Maturana A, Ortuvia G. Enfermedades crónicas en pacientes hospitalizados: frecuencia y tipo de enfermedad. *Rev. Chil Pediatr.* 1994;65 (5): 264–267.
- Vargas NA. Cambios en la familia: repercusiones en la práctica pediátrica. *Rev Chil Pediatr.* 2001; 72 (2): 77–80.
- Vargas NA, Valdés M, Sabugo F, Díaz-Valdés M., Arce MI. Hijo no deseado después del parto: medición de frecuencia y análisis de tendencia. *Rev Méd Chile* 2002; 130: 638–643.

- Vargas NA, Lastra A, Villar C. Cambio de pareja progenitora en puérperas de un hospital de la región metropolitana. Frecuencia y factores asociados. *Rev Med Chile* 2004; 132: 719–724.
- Vargas NA, López D, Pérez P. y cols. El castigo físico a los niños: opinión y conducta de los adultos. *Rev Med Chile* 1993; 121: 567–573.
- Vargas NA, López D, Ciocca P, López C. Características del castigo físico infantil administrado por padres de tres colegios de Santiago. *Rev. Chil Pediatr* 1993; 64 (5): 333–336.
- Vargas NA, López D, Ciocca P, López C. Castigo físico infantil: opiniones de los niños de dos colegios. *Rev Méd Chile* 1994; 122: 958–963.
- Vargas NA, Jiusán A, Navarro M, Chiong A, Beca JP. Diagnóstico de los Comités de Ética Pediátrica. *Rev. Chil Pediatr* 1996; 67 (6): 290–293.
- Vargas NA, Arancibia M, Pierry C et al. Estilos de Vida en Adolescentes de Santiago. *Rev. Chil Pediatr* 1996; 67 (6): 276–281.
- Vega J, Bedregal P, Jadue L, Delgado I. Equidad de género en el acceso a la atención de salud en Chile. *Rev Méd Chile* 2003; 131: 669–678.
- Vieira M. La Iniciativa de Humanización de Cuidados Neonatales. *Rev Chil Pediatr* 2003; 74 (2): 197–205.
- Viñals F, Giuliano A. Cardiopatías Congénitas: Incidencia antenatal. *Rev Chil Obstet Ginecol* 2002; 67 (3): 203–206.
- Viñals F., Giuliano A. Cardiopatías congénitas. Incidencia postnatal (II). *Rev Chil Obstet Ginecol* 2002; 67(3): 207–210.
- Whitaker, R.C., Dietz, W.H. (1998). Role of the prenatal environment in the development of obesity. *Journal of Pediatrics*, 132, 768–776.
- Wolff M. Cambios epidemiológicos en las enfermedades infecciosas en Chile durante la década 1990–2000. *Rev Méd Chile* 2002; 130: 353–362.
- World Health Organization. 2002 World Health Report: reducing risks, promoting healthy life. Geneva: WHO; 2002.
- World Health Organization. Obesity: Preventing and managing the Global Epidemic—Summary of the Report of a WHO Consultation on Obesity, 3–5 June 1997.
- Zamorano A, Márquez S, Aránguiz JL et al. Relación entre bronquiolitis aguda con factores climáticos y contaminación ambiental. *Rev Méd Chile* 2003; 131: 1117–1122.

2. Aprendizaje

- Batthyány, K. Cuidado infantil y Trabajo. ¿Un desafío exclusivamente femenino?, CINTERFOR, Uruguay, 2004.
- Bettio, Francesca and Plantenga, Janneke. Comparing care regimens in Europe, *Feminist Economics*, March 2004.
- CEPAL. Panorama social de América Latina 2004, Capítulo IV. Estructuras Familiares, Trabajo doméstico y Bienestar en América Latina. Disponible en World Wide Web
- http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloSocial/o/LCL2220PE/PSE2004_Cap4_Estructuras.pdf
- Eming Young, M. Desarrollo del Niño en la Primera Infancia: Una Inversión En El Futuro. Disponible en World Wide Web <http://www.oas.org/udse/dit2/relacionados/libromary/index.htm>.
- Fujimoto–Cómez, G. La Educación No Formal: Experiencias Latinoamericanas de Atención a la Infancia: la No Escolarización como Alternativa. En congreso Mundial de Lecto– escritura. España, Diciembre de 2000. Disponible en World Wide Web.
- http://www.waece.org/web_nuevo_concepto/d141.htm
- Fujimoto–Cómez, G. Consensos Latinoamericanos sobre los Criterios de Calidad de Atención al Niño Menor de Seis Años. En Primer Encuentro Estatal de Educación Inicial “La Calidad de la Educación Inicial”. México, Mayo de 2001. Disponible en World Wide Web.
- http://www.cendi.org/interiores/encuentro2001/ponencia_2001_gaby_fujimoto.htm

- Fundación Chile²¹. Hacia una mayor igualdad social. Atención integral de la infancia. Taller de atención integral infantil. Colección ideas. Año 5 n° 48. Noviembre 2004. Disponible en sitio web <http://www.chile21.cl/medios/Ideas/Col48pdf.pdf>
- Hogar de Cristo. Orientaciones para el Trabajo con Párvulos en condiciones de marginalidad social. Chile, 2005.
- Kotliarenco, M, Cáceres, I y Fontecilla, M. Avances en evaluación e investigación en pobreza, familia y educación inicial. Serie Documentos de Trabajo No. 9, CEANIM, Santiago, 1997.
- Lira, M. Costos de los Programas de Educación Preescolar no Convencionales en América Latina. Revisión de Estudios. CEDEP. Chile, 1994.
- Ministerio de Educación Chile. Evaluación de Programas de Educación Parvularia en Chile: Resultados y desafíos. Chile, 1998.
- OEI. Educación Inicial Modalidades No Escolarizadas. Disponible en World Wide Web <http://www.oei.es/linea3/inicial/chilene.htm>
- Romero, S. y Salinas, L. Sistematización de Experiencias de Cuidado Infantil Temprano. Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia N° 3. UNICEF, Chile 2005.
- Romero, S. y Salinas, L. Educación Preescolar: Estrategia Bicentenario Potenciar el Talento de Nuestros Niños. Ministerio de Educación Chile, 2005. Disponible en sitio web <http://biblioteca.mineduc.cl/documento/mine-ducfinal.indd.pdf>
- UNESCO, Panorama Regional de América Latina y el Caribe. Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo, 2005. Disponible en World Wide Web
- http://www.unesco.cl/medios/biblioteca/documentos/informe_ept_2005_panorama_regional_america_latina_caribe.pdf
- UNESCO, Anexo estadístico, Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo, 2005. Disponible en World Wide Web
- http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=35939&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- Vargas, E y William M. Tendencias actuales en Educación Infantil. Disponible en internet
- <http://www.utp.edu.co/~chumanas/revistas/revistas/rev30/vargas.htm>

3. Trabajo

- Abramo, L y Todaro, R. Cuestionando un mito: costos laborales de hombres y mujeres en América Latina. OIT, Lima, 2004.
- Batthyány, K. Cuidado infantil y Trabajo. ¿Un desafío exclusivamente femenino?, CINTERFOR, Uruguay, 2004.
- Bettio, Francesca and Plantenga, Janneke. Comparing care regimens in Europe, Feminist Economics, March 2004.
- CEPAL. Panorama social de América Latina 2004, Capítulo IV. Estructuras Familiares, Trabajo doméstico y Bienestar en América Latina. Disponible en sitio web.
- http://www.eclac.org/publicaciones/DesarrolloSocial/o/LCL222oPE/PSE2004_Cap4_Estructuras.pdf
- DIRECCION DEL TRABAJO, ENCLA 2002, Departamento de estudios, Santiago de Chile, 2003.
- Henríquez y Riquelme. Las normas que protegen la maternidad en Chile: el comportamiento de las empresas, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, Cuadernos de Investigación No. 3, 1997.
- León, Francisco. Mujer y Trabajo en las reformas estructurales de América Latina durante las décadas de 1980 y 1990. En Serie Mujer y Desarrollo, CEPAL, 2000. En <http://www.eclac.cl/publicaciones/UnidadMujer/8/LCL1378P/lcl1378e.pdf>
- Lerda y Todaro. ¿Cuánto cuestan las mujeres? Un análisis de los costos laborales por sexo. CEM, 1997.
- López, Diego. Mercado laboral y fuerza de trabajo femenina. Documento Fundación Friedrich Ebert, mayo 2004, documento sin publicar.

- OIT. “La mujer y el mundo del trabajo: los costos sociales de un verdadero progreso”. Disponible en sitio web <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/pkits/women1.htm>
- OIT. Trabajo y maternidad. Las normas que protegen la salud de las trabajadoras embarazadas, Doc. 91, Santiago de Chile, 1998.

4. Habitabilidad

- Abramovich, Víctor. Documento preparado para: “Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo”. Santiago, Chile, Diciembre 9 y 10 del 2004. Disponible en World Wide Web: <http://www.iadb.org/sds/doc/SOC—Unaaproximacionenfoque—s.pdf>.
- Fernández, Tomás—Ramón. Las garantías de los derechos sociales. /en/ MUÑOZ M., Santiago (dir). Las estructuras del bienestar en Europa. Fundación ONCE—Civitas, Madrid, 1999.
- FUNDACIÓN PARA LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA. Umbrales sociales 2006. Propuestas para una futura política social. Santiago: 2005.
- Larraín, Sara, Leroy, Jean Pierre, Cansen, Karin (eds.): Sustainable Southern Cone Program. Citizen Contribution to the Construction of Sustainable Societies, 2003.
- Martínez, José Ignacio: “Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales”, en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte—sede Coquimbo, año 4 (1997).
- MINVU. Chile. Un siglo de políticas en vivienda y barrio. División Técnica y de Fomento Habitacional MINVU, Santiago, 2004.
- ONU, Consejo Económico y Social. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Comisión de Derechos Humanos, 57º período de sesiones, E/CN.4/2001/51, 2001, disponible en World Wide Web: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/o/4af39abdaafc9e4cc12569f400351376?OpenDocument>.
- ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N°4 de 1991, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1º del artículo 11 del Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Sexto período de sesiones, 1991, Doc. E/1991/23.
- ONU, World Commission on Environment and Development . Our Common Future, conocido como Reporte Brundtland, 1987.
- Rajevic, Enrique: “Derecho y Legislación Urbanística en Chile”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol II, N° 2, julio—diciembre 2000.
- Rajevic, Enrique: “La Planificación Urbana en Chile”, en Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, Chile, N° 3, abril 2001, pp. 81—100.
- Rajevic, Enrique: “Evaluación de impacto ambiental, evaluación ambiental estratégica y planes urbanísticos”. Getafe, mayo de 2002 (inédito).
- Rodríguez, Alfredo y Sugranyes, Ana: “El problema de vivienda de los «con techo»”, en Eure, Vol.XXX, N° 91 (2004).



GOBIERNO DE CHILE
FONDO DE SOLIDARIDAD E INVERSIÓN SOCIAL
MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN

En función del diseño de un Sistema de Protección Integral a la Infancia que asuma como tarea principal la generación de condiciones de equidad para todos los niños y niñas, se desarrolló un conjunto de estudios a modo de preinversión. Para ello FOSIS en asociación con MIDEPLAN elaboraron un conjunto de convenios con diversas instituciones tanto del mundo público como privado, para elaborar investigaciones temáticas y sistematizaciones de experiencias en ejecución, abarcando distintas realidades y zonas del país.

La presente publicación es parte de dichos estudios y sistematizaciones que tienen por objetivo el ser puestos a disposición de todas las instituciones, organizaciones o personas a las que la presente información les pueda ser de utilidad, esperando contribuir con este trabajo a la elaboración de políticas, prestaciones e intervenciones que protejan el desarrollo integral de todos los niños y niñas que habitan el país.