

Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

**IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES: NECESIDAD DE UN
SISTEMA DE GARANTÍAS REFORZADAS**



Los derechos de los niños,
una orientación y un límite.

**IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS,
NIÑAS Y ADOLESCENTES: NECESIDAD DE UN
SISTEMA DE GARANTÍAS REFORZADAS**



Serie Los derechos de los niños, una orientación y un límite, Nº 3
**“Igualdad y no discriminación de niños, niñas y adolescentes:
necesidad de un sistema de garantías reforzadas”**

©Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF

Autor: Domingo Lovera

Coordinador y editor académico: Nicolás Espejo (UNICEF)

Colaboradores: Viviane Lennon, Anuar Quesille (UNICEF), Fabiola Lathrop,
Aranca Novales y Fernanda Torres

Edición: Carolina Silva

Diseño y diagramación: Carlos Bravo

Registro de Propiedad Intelectual: 250792

Edición de 500 ejemplares

Santiago de Chile

Mayo de 2015

Impresión: Andros Impresores

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	05
INTRODUCCIÓN	07
I IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	09
II RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	15
III DEBILIDADES DEL SISTEMA LEGAL CHILENO PARA LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ...	19
IV GARANTÍAS REFORZADAS PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONDICIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD	23
1. CON CAPACIDADES DIVERSAS	25
2. MIGRANTES Y SUS FAMILIARES	30
3. LESBIANAS, GAYS, TRANSEXUALES, BISEXUALES E INTERSEX (LGTBI)	40
4. INDÍGENAS.....	51
V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	63

PRESENTACIÓN

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) por parte del Estado de Chile hace 25 años, abrió un camino de avances normativos, políticos e institucionales a favor de la infancia y la adolescencia en el país. Entre tales logros destaca una disminución sustancial en los índices de pobreza y mortalidad infantil, una cobertura amplia de acceso al sistema educacional y diversas adecuaciones legislativas a los mandatos de la CDN.

Sin embargo, y a pesar de estos importantes progresos, en Chile existen diversos grupos de niños, niñas y adolescentes que experimentan graves obstáculos para ejercer efectivamente sus derechos. Entre dichos grupos, destaca el caso de los niños migrantes (o de familias migrantes); los con capacidades diversas; los gays, lesbianas, transexuales, bisexuales e intersex (LGTBI); y los indígenas.

Tomando en cuenta estos desafíos pendientes, UNICEF ha elaborado el presente estudio, que esperamos permita avanzar en la identificación de aquellos criterios, estándares y consideraciones especiales que el ordenamiento jurídico chileno debiera incorporar con el fin de garantizar los derechos de estos niños, niñas y adolescentes. En particular, el objetivo del presente trabajo es mostrar cómo las leyes de garantía y protección integral de la infancia vigentes en el derecho comparado pueden cumplir una labor de especificación, por una parte, y una de reforzamiento, por otra, del principio de igualdad y no discriminación.

UNICEF espera que este estudio contribuya a dotar a la futura legislación de protección integral de la infancia, de garantías explícitas y reforzadas para aquellos grupos de niños y niñas que requieren de un marco normativo de protección especial..



Hai Kyung Jun

Representante de UNICEF en Chile

INTRODUCCIÓN

Los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) migrantes o de familias migrantes experimentan dificultades para ejercer plenamente su derecho a ser inscriptos, a un nombre y a una nacionalidad, en condiciones de plena igualdad. El impacto de las medidas adoptadas (o la falta de ellas) en el contexto de la migración irregular y de un marco legislativo inadecuado, afecta directamente el ejercicio de los derechos de los NNA a no ser separados de sus familiares, a la salud, la educación y el debido proceso, entre otros.

En un sentido similar, los NNA con capacidades diversas deben soportar graves restricciones a su plena inclusión física y social en el contexto escolar, sanitario y público en general. En el marco de la ausencia de adecuaciones razonables a sus necesidades y particularidades propias, los NNA con capacidades diversas suelen ser invisibilizados y no contar con el apoyo necesario.

El derecho a la identidad como auto-identificación suele ser un aspecto negado o insuficientemente reconocido a los NNA LGTBI. En el marco de prácticas discriminatorias (incluso violentas) en su contra y en el contexto de una aún débil protección de los valores de igualdad e inclusión, este grupo de niños, niñas y adolescentes enfrenta profundos obstáculos institucionales y culturales para el libre despliegue de su propia identidad.

Aunque con particularidades propias, los NNA indígenas también deben soportar importantes restricciones a sus derechos culturales colectivos e individuales. En el marco de su mayor vulnerabilidad frente a la pobreza y la violencia institucional, los NNA indígenas cuentan con un débil marco de garantías explícitas para la protección de sus derechos a protección especial, a la propia cultura, a una educación intercultural de calidad y a ser consultados en todas aquellas materias que les afectan, a través de procedimientos especialmente diseñados al efecto.

La conclusión general de este estudio es que las regulaciones de garantía reforzada de la infancia no solo requieren una igualdad de trato y no discriminación en contra de NNA, sino que, además, demandan la implementación de medidas positivas o especiales a su favor (y reconocidas explícitamente por la ley). Estas medidas descansan, como se mostrará, en criterios específicos de protección que se hacen cargo, a diferencia de formulaciones demasiado abstractas, de la especial condición de vulnerabilidad —y de doble vulnerabilidad, según sea el caso— de NNA. Para aquellos grupos de NNA que se encuentran en condiciones de especial vulnerabilidad, estas garantías reforzadas son indispensables y deben encontrarse correctamente reconocidas en la futura Política

Nacional de Infancia (y su Plan de Acción), en la anunciada Ley de Garantías a los Derechos de la Infancia y en las diversas leyes sectoriales con impacto en los derechos de los NNA (migraciones, sistema penal, protección especial, etc.)

Este estudio se estructura de la siguiente forma. En una primera sección se analiza el principio de igualdad y no discriminación reconocido por la CDN, con el objetivo de indicar cómo tal principio opera en base a criterios concretos de no-discriminación, así como importa la adopción de medidas positivas o acciones concretas para cometer con su finalidad. En una segunda sección se revisa el modo en que la legislación comparada en materia de infancia ha ido estableciendo garantías especiales en materia de igualdad y no discriminación, en cumplimiento a lo dispuesto por la CDN. La tercera sección revisa en especial el estado del arte de esta materia en la legislación chilena, concluyéndose que, a pesar de la existencia de estándares normativos generales de protección de la igualdad y no-discriminación a favor de los NNA, existe una débil e insuficiente cautela de este principio. La cuarta y más extensa sección de este trabajo explora en detalle la forma en que el derecho comparado ha ido generando un sistema de garantías reforzadas a favor de NNA migrantes (y sus familias), con capacidades diversas, LGTBI e indígenas; lo que da cuenta de la amplia gama de alternativas legales y jurisprudenciales que permiten desplegar una protección efectiva de los derechos de estos NNA en especial. Finalmente, la quinta sección de este estudio sistematiza las principales conclusiones que pueden extraerse de esta revisión, así como identifica una serie de recomendaciones legislativas concretas en la materia.

I IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

A continuación se presentan los principales elementos y alcances del derecho a la igualdad y la no discriminación consagrado en el artículo 2.1 de la CDN. En particular, se destaca el alcance de esta disposición respecto de las diferentes hipótesis de discriminación, así como su extensión al entorno familiar de NNA. Asimismo, se busca precisar la faz activa o positiva que se deriva de este derecho, en particular, la obligación que pesa sobre el Estado de adoptar medidas positivas a favor de la igualdad y la no discriminación que puedan sufrir los NNA.

a. El sentido y alcance del derecho a la igualdad y la no discriminación

La Convención sobre los Derechos del Niño, vigente en Chile desde 1990¹, dispone en su Art. 2.1:

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

En términos generales, y a partir de la definición recién transcrita, discriminación es cualquier distinción realizada sobre la base de la “raza, el color, el sexo,” etc. que afecte el goce de derechos reconocidos en la CDN². En consecuencia, el derecho a la no discriminación se compone de tres elementos. En primer lugar, está prohibido para el Estado Parte diferenciar entre los titulares de derechos de la CDN en base a la “raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición”³. En

1 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General, res. 44/25, 20 de noviembre de 1989. Vigente y ratificada por el Estado de Chile desde 1990 (D. Of. 27 de septiembre de 1990).

2 Bruce Abramson, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 2: The Right of Non-Discrimination (Martinus Nijhoff Publishers: 2008), pp. 18-27.

3 Ibid. pp. 19-22.

segundo lugar, dicha distinción debe afectar el goce y ejercicio de derechos. La CDN tiene como objetivo proteger a las personas (NNA en este caso) de conductas perjudiciales, por lo que ese daño debe evaluarse desde el punto de vista del titular de derechos que está siendo discriminado⁴. En tercer lugar, está prohibido que dicha distinción afecte el respeto y aplicación a cada niño de los “derechos enunciados en la presente Convención”⁵.

La protección especial que la CDN brinda contra la discriminación se explica por la especial condición de *vulnerabilidad* en que se encuentran NNA y frente a las cuales las normas generales resultan insuficientes⁶. Dicho de otra forma, la especial protección para NNA, que se explica por la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran, busca protegerlos de la explotación, abuso y negligencia de la que pueden ser objetos. Así, NNA no solo podrían ser discriminados por sus condiciones específicas, sino que, además, “en razón de las acciones de sus padres o miembros de su familia”⁷. En consecuencia, NNA son discriminados:

- (a) *en razón de su especial posición en la sociedad (por ejemplo, a través de ciertas formas de castigo);*
- (b) *cuando son comparados con otros NNA y, en especial, frente a los adultos;*
- (c) *en razón de su género o su pertenencia a ciertos grupos sociales que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad*⁸.

Además, y en este mismo sentido, debe considerarse que NNA pueden ser objeto de daños, particularmente serios, que los adultos no. Por ejemplo, el daño que sufre un NNA que es víctima de un abuso sexual es más grave que aquel que sufre un adulto en la misma circunstancia⁹. Ello ocurre, precisamente, por la vulnerabilidad en que NNA se encuentran; ellos y ellas son menos capaces que los adultos de defenderse frente a estas formas de maltrato¹⁰,

4 Ibid. pp. 22 y 23.

5 Ibid. pp. 25-27.

6 Samantha Besson, *The principle of non-discrimination in the Convention of the Rights of the Child*, en *Children’s Rights: Progress and Perspectives. Essays from the International Journal of Children’s Rights 85* (Michael Freeman ed., Martinus Nijhoff Publishers: 2011), p. 98.

7 Id.

8 Id.

9 David Archard, *Children: Rights and childhood* (Routledge: 2004 2ª ed.), p. 61.

10 Id. De lo anterior no se sigue, como advierte Archard, que NNA no sean capaces de ejercer los derechos de la propia CDN les reconoce. Esto es así porque la CDN ve a NNA como personas en especial condición de vulnerabilidad, y por ello les concede una especial protección, pero que también los concibe como sujetos (agentes de derecho) capaces de ejercer por sí mismos ciertas facultades. En palabras de Archard, “una niña puede sufrir una forma particular de daño porque es niña, pero no porque sea niña es incapaz de ejercer los derechos que la protegen contra esos daños” (pp. 60-61) (la traducción es mía). Otros han advertido que esta es, hasta cierto punto, una suerte de dilema difícil de resolver por el derecho. Así, un estudio de las decisiones de las cortes de los Estados Unidos sobre NNA muestra que hay varios casos en que se les reconoce a NNA plena autonomía decisional mientras que, en otras situaciones (como la decisión respecto a la procedencia o no de una cirugía donde esté en juego la vida del NNA), la ley adopta una cara más protectora/paternalista. Samuel M. Davis, *Children’s Rights under the Law* (Oxford University Press: 2011), pp. 418-420.

en parte porque se trata de formas de perjuicio y prejuicio que escapan de su voluntad –como el prejuicio étnico y racial, parentalidad inadecuada, violencia familiar y pobreza¹¹.

Este énfasis en la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentran NNA también es recogida por el derecho, el principio y la norma de procedimiento fundamental de la CDN, a saber: el interés *superior del niño*¹². Más importante aún, ha sido el propio Comité de los Derechos del Niño el que ha insistido en el vínculo entre el interés superior del niño y el conjunto de obligaciones negativas y positivas que los Estados deben implementar para permitir a NNA el disfrute de los derechos reconocidos en la CDN¹³.

b. El deber de adoptar “medidas positivas” para la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación de NNA

Como se ha dicho, la CDN reconoce el deber de los Estados Partes de proteger a los NNA de toda discriminación de la que puedan ser objetos, incluidas (dada su especial condición de vulnerabilidad) aquellas que arranquen de las condiciones de sus padres y representantes legales. Por ello es que, luego de establecer el deber de no discriminación (Art. 2.1), el Art. 2.2 dispone la obligación para los Estados Partes de adoptar “todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”¹⁴.

11 J. Douglas Willms, *A Study of Vulnerable Children*, in *Vulnerable Children*3 (J. Douglas Willms ed., The University of Alberta Press: 2002), p. 3.

12 El Comité, así, ha señalado que el objetivo del interés superior del niño, “es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño”. Advirtiendo su especial condición de vulnerabilidad, ha insistido que,
“[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención”.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 14 (2013), Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, para. 4. Véase, también, Besson, *The principle of non-discrimination in the Convention of the Rights of the Child*, supra nota 6, p. 108 (argumentando que el interés superior del niño puede operar como un test que nos permite evaluar cuándo las medidas positivas satisfacen los objetivos de la CDN).

13 Id., para. 41; Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers: 1999), pp. 92-93.

14 Cfr., Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012. Allí, la Corte IDH dispuso que, “la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (para. 109).
Más específicamente, “la Corte resalta que las niñas y los niños no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares, como en el presente caso a la orientación sexual de la madre” (para. 151).

La amplitud de medidas significa no solo que el Estado posee una relativa discrecionalidad de medios para satisfacer las obligaciones que impone la CDN. Significa, sobre todo, que no debe atarse a una sola fórmula en el cumplimiento de sus obligaciones sino que, en cambio, debe proveer al niño de la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y de la protección de cualquier forma de explotación y abuso¹⁵. En particular, ha sido el Comité de los Derechos del Niño quien ha clarificado el alcance de la CDN en esta materia. Al respecto, ha señalado:

[la] obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. (...) La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes. Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico. En una Observación general del Comité de Derechos Humanos se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación¹⁶.

Dicho de otra forma, no basta con que el Estado Parte se abstenga de infringir el derecho a la igualdad al discriminar a NNA. Si no que es necesario, además, que este adopte las medidas necesarias para proteger, garantizar y promover el respeto de este derecho, incluidas las medidas especiales que apunten a “reducir o eliminar,” como señala el Comité, “las condiciones que llevan a la discriminación”¹⁷. Como ha advertido UNICEF, los factores que impiden que NNA obtengan un trato con igual respeto y consideración arrancan de prácticas y procesos económicos, sociales, de género y culturales de larga data que se encuentran enraizados en la población y que pueden, y deben, ser abordados y alterados¹⁸.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que esta obligación requiere medidas positivas que concedan un trato preferente a quienes se encuentran en dicha posición desaventajada:

15 Philip Alston y John Tobin, *Laying the Foundations for Children’s Rights: An independent study of some Key Legal and Institutional Aspects of the impact of the Convention on the Rights of the Child* (UNICEF: 2005), p. 24.

16 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, para. 12.

17 Id.

18 UNICEF, *The State of the World’s Children 2006: Excluded and Invisible* (UNICEF: 2005), p. 12.

[...] en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto¹⁹.

19 Comité de Derechos Humanos, Observación General No 18 (1989), No discriminación, U.N. Doc. HRI/GEN/1/rev.7, para. 10. En un sentido similar, Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

II RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Existe una muy amplia y diversa experiencia comparada que ayuda a comprender de mejor manera la concreción práctica de este deber de garantía reforzada para NNA. Se trata, en este sentido, de disposiciones legales que reconocen un derecho general a la igualdad y no discriminación de NNA, así como las causales de especial vulnerabilidad a que alude la CDN.

La **Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en Argentina**²⁰, dispone en su Art. 28 que:

Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

Las hipótesis de discriminación sancionadas por la ley, como se aprecia, son amplias e incluyen el origen social y étnico, las capacidades especiales, sexo y, en concordancia con la CDN, una causal genérica que favorece a NNA y a sus padres o representantes legales.

El **Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia**²¹, a su turno, contiene una disposición genérica en su Art. 1 al disponer la finalidad de la legislación: “el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.” Pese a lo genérico de la declaración, debe advertirse que el Código colombiano posee disposiciones específicas en materia de género²², de NNA

20 Ley 26.061, 2005, que se encuentra complementada por los decretos 415 y 416/2006.

21 Ley 1098 de 2006.

22 “Art. 12. Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad”.

indígenas²³ y NNA con discapacidad²⁴. Por otra parte, la Corte Constitucional ha adoptado la condición de vulnerabilidad de NNA como un criterio que debe ordenar la adopción de medidas afirmativas a favor de la protección de derechos. Así, la Corte ha sostenido que el juicio de admisibilidad de acciones de amparo de derechos “debe ser menos estricto cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional”²⁵, añadiendo que: “Existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales”²⁶. Así debe ocurrir para el caso que se esté en presencia, entre otros, de “sujetos de especial protección constitucional como niños y niñas...”²⁷.

El Art. 11 de la **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Salvador**, de 2010,²⁸ dispone que “[t]odas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la Ley”. Inmediatamente agrega que se prohíben las distinciones, exclusiones, restricciones y preferencias, basadas “en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental, nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, niños, adolescentes o de sus madres, padres, representantes y responsables, que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales”. La ley también dispone de normas específicas en materia de acceso igualitario a la educación (Art. 83 y 86). Asimismo, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación como principio rector de las políticas públicas de protección integral de la niñez y adolescencia (Art. 112 e).

México cuenta desde 2000 con la **Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**. En ella se reconoce como principio rector de la protección de los derechos de NNA el de “la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia” (Art. 3 B). Además, el Capítulo Tercero de la ley se refiere específicamente al derecho a la no discriminación. El Art. 16, que inaugura dicho Capítulo, dispone:

23 “Art. 13. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social”.

24 Así, el Art. 26 inc. 2 dispone que,
“Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad.
Así mismo [tienen derecho]:

4. A ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas”.

25 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-206/13, 15 de abril de 2013.

26 Ibid. para. 3.4.

27 Id.

28 Decreto Legislativo No 839, 2009.

Niñas, niños y adolescentes tienen reconocidos sus derechos y no deberá hacerse ningún tipo de discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma o lengua, religión; opinión política; origen étnico, nacional o social; posición económica; discapacidad física, circunstancias de nacimiento o cualquier otra condición no prevista en este artículo.

En **República Dominicana**, el **Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes**²⁹, dispone que uno de sus principios rectores (IV) es la igualdad y no discriminación. Así, establece que las disposiciones del Código:

Se aplican por igual a todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idiomas, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad, enfermedad, nacimiento, situación de riesgo o cualquier otra condición del niño, niña o adolescente, de sus padres, representantes o responsables o de sus familiares.

Junto con establecer una diversa gama de hipótesis de prohibición de discriminación (entre ellas, sexo, discapacidad, origen étnico o nacional), incluye una hipótesis genérica de discriminación.

El Art. 9 del **Código de la Niñez y la Adolescencia, de Uruguay**, dispone que son derechos esenciales de NNA:

[...] a vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social.

En otras latitudes es posible encontrar disposiciones similares. Así, en **España**, la Constitución dispone que NNA “gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (Art. 39.4). La **Ley de Protección Jurídica del Menor**³⁰, por su parte, reconoce en su Art. 3 el principio de igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

29 Ley 136 de 2003.

30 Ley Orgánica 1/1996.

En **Sudáfrica**, la *Children's Act*³¹ señala entre uno de sus principios generales el deber de proteger de toda discriminación a NNA, en todos los procedimientos, acciones y decisiones que se adopten concernientes a sus intereses. La ley establece como una discriminación injusta toda aquella efectuada sobre cualquier base, incluidas su condición de salud, discapacidad del niño o un miembro de su familia (sección 6 (2)(d)). Esta disposición, además, debe interpretarse a la luz del Art. 28, sección 1 de la Constitución de Sudáfrica que dispone, entre otras cosas, que cada niño tiene derecho a:“(d) ser protegido de maltrato, negligencia, abuso o degradación”³².

En **Francia**, la Ley sobre la protección de la Infancia modificó **varios cuerpos legales**³³. Como se anotará más adelante, algunas de estas modificaciones reformaron leyes en materia de NNA con capacidades diversas y migrantes.

31 Children's Act 38, 2005 (modificada por las leyes 41 de 2007 y 75 de 2008).

32 Constitución de la República de África del Sur, No. 108 de 1996.

33 Ley 2007-293, de 5 de marzo de 2007.

III DEBILIDADES DEL SISTEMA LEGAL CHILENO PARA LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La Constitución Política de la República de Chile contiene una serie de disposiciones que reconocen el principio de igualdad constitucional. Sin ir más lejos, principia reconociendo que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Art. 1 inc. 1º). Para efectos de lo que acá interesa, la Constitución dispone en su Art. 19 N° 2 que asegura a todas las personas:

La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

La doctrina tradicionalmente ha aceptado que la cláusula constitucional protege la igualdad *ante la ley*, así como la igualdad *en la ley*³⁴. Este criterio ha sido refrendado por el Tribunal Constitucional³⁵, que ha considerado discriminatorias aquellas decisiones de la autoridad que, a pesar de no tener como objetivo establecer una distinción arbitraria entre las personas, terminen, en los hechos, produciendo “un resultado de carácter arbitrario”³⁶.

Respecto de las *obligaciones positivas*, y en concordancia con lo anteriormente señalado, no debiera existir duda que estas se encuentran permitidas constitucionalmente—esto, pese a la escasa elaboración dogmática al respecto, tanto a nivel legal como constitucional³⁷. El legislador encuentra fundamento para aprobar medidas positivas en la necesidad de eliminar o reducir los

34 Rodolfo Figueroa, *Igualdad y discriminación*, en *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* 9 (Felipe González ed. 2000); Enrique Navarro, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 26 *Actualidad Jurídica* 63 (2012).

35 “[...]en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad ‘en la ley’, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”. Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol N° 986-2007, 30 de enero 2008, cons. 29-30.

36 Id.

37 Véase Fernando Muñoz. *No al ‘separados pero iguales’ en Chile: un análisis del derecho antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia*, 11 *Estudios Constitucionales* 201 (2013) p. 203.

privilegios de hecho que favorecen a ciertos grupos sociales o individuos en contra de otros³⁸. Que una medida se encuentre fundamentada no deja de poseer una especial relevancia para efectos de determinar su procedencia constitucional. De hecho, las distinciones que la Constitución prohíbe son, justamente, aquellas que carecen de fundamento³⁹. Por ello es que la jurisprudencia ha entendido que el principio de igualdad constitucional no puede aplicarse en forma rígida y dogmática. Entenderlo así llevaría a concluir que toda forma de distinción es automáticamente arbitraria y por ello inconstitucional, lo que sería no otra cosa que una contravención al texto expreso de la Constitución⁴⁰. El legislador, por tanto, se encuentra facultado –cuando no obligado por las circunstancias sociales⁴¹– para adoptar medidas que busquen la protección de ciertos grupos sociales que se encuentran en espaciales condiciones de vulnerabilidad⁴².

A pesar de este marco constitucional general, a nivel legislativo, Chile no otorga una protección completa y adecuada en materia de igualdad y no discriminación respecto de los NNA. En este sentido, es necesario que Chile avance en la implementación de legislación específica que se haga cargo de las particulares condiciones de vulnerabilidad en que viven NNA. Los criterios normativos ausentes en la legislación chilena y que debieran suplirse, son los siguientes:

a) Ausencia de reconocimiento expreso de los NNA como titulares del derecho a la igualdad y no discriminación

Las leyes de garantía reforzada de la infancia consideran a NNA en una doble dimensión. De una parte, NNA son considerados como sujetos de especial protección –lo que justifica la garantía reforzada. De otra, y en concordancia con el *status* de sujeto de derechos que la CDN atribuye a NNA, estos son considerados titulares de los derechos y garantías contra la discriminación⁴³.

38 Rodolfo Figueroa, *¿Son constitucionales las cuotas de género para el Parlamento?*, Revista Chilena de Derecho (manuscrito en poder del autor y aceptado para su publicación en junio de 2014) pp. 5-6.

39 Ibid. p. 13.

40 Ibid. pp. 17-18.

41 Ibid. pp. 18-21.

42 Cecilia Valenzuela y Alejandra Zúñiga, *Leyes de cuota electorales, Constitución y democracia*, 27 Revista de Derecho (Valdivia) 191 (2014), p. 203. La práctica legislativa apoya esta comprensión, no obstante se trata de medidas que han comenzado a implementarse en forma lenta y precaria. De una parte, la legislación nacional ha adoptado disposiciones que materializan el deber prohibir y sancionar legalmente los actos discriminatorios. Así, por ejemplo, es cómo debe comprenderse la disposición integrada al Código Penal y que considera una agravante “[c]ometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca” (Art. 12 N° 21). Cfr., Sebastián Salinero, *La nueva agravante penal de discriminación. Los “delitos de odio”*, XLI Revista de Derecho de la PUC Valparaíso 263 (2013).

43 Besson, *The principle of non-discrimination in the Convention of the Rights of the Child*, supra nota 6, pp. 113-114.

En este sentido, la legislación chilena se encuentra en deuda. Ninguna de las leyes que confieren protección reforzada en materia de igualdad exhibe un reconocimiento adecuado a la vulnerabilidad particular de los NNA en esta materia, con la sola excepción de la Ley Nº 20.422, sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad⁴⁴. En efecto, y a excepción de la Ley 20.422, la legislación nacional relativa a la igualdad y no discriminación no ha tenido en vista a NNA como titulares de los derechos allí enunciados.

b) Ausencia de “hipótesis amplias” de discriminación contra NNA

En segundo lugar, las hipótesis de discriminación, como se ha mostrado, son amplias y no se reducen a categorías cerradas. Las normas comparadas revisadas, como se observa, siguen el patrón establecido por la CDN que se refiere a “cualquier otra condición del niño” en adición a las categorías sospechosas tradicionalmente prohibidas (raza, color, sexo, religión, etc.). Esto entrega mayor latitud a la legislación y a las instancias encargadas de su aplicación (administrativas y judiciales) para atender adecuadamente la especificidad propia que la protección de los derechos de la infancia exige. A este respecto, la legislación chilena, nuevamente, no contiene ejemplos específicos en materia de infancia y adolescencia.

c) Necesidad de incluir el ámbito familiar del NNA

Así como NNA pueden verse seriamente perturbados en sus derechos por actos/omisiones que no dependen de ellos, la protección de sus derechos debe considerar su situación fáctica de dependencia. En otras palabras, y en concordancia con la CDN, las leyes de garantía reforzada incluyen a la familia extendida de NNA. Como veremos más adelante, la extensión del ámbito familiar del NNA para la debida protección de su derecho a la igualdad y la no discriminación es particularmente relevante en materia de NNA indígenas, migrantes, con capacidades diversas y LGTBI.

d) Necesidad de contar con obligaciones negativas y positivas para superar la discriminación contra NNA

Las normas de garantía reforzada de la igualdad de NNA incorporan medidas tanto negativas como positivas. Mientras las leyes y disposiciones antidiscriminación son en sí mismas medidas positivas⁴⁵, éstas deben complementarse con otras medidas que permitan hacer

44 Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad, D. Of. 10.02.2010. Esta ley sí contempla disposiciones específicas para NNA. En línea con la CDN, reconoce a NNA como uno de los grupos de “personas con discapacidad en situación de especial vulnerabilidad” (Título I, párrafo 2).

45 Así, siguiendo a Bruce Abramson, debe advertirse que el deber de adoptar medidas legislativas adecuadas para satisfacer los derechos de la CDN incluye el deber de aprobar legislación antidiscriminación que contenga mecanismos adecuados de ejecución, de una parte, y que identifique específicamente a NNA como titulares de derechos y objetos de protección de la ley, de otra. Abramson, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, *supra* nota 2, pp. 97-98.

eficaces estas declaraciones genéricas⁴⁶. En el caso chileno, la legislación en materia de discriminación contiene escasos ejemplos de medidas positivas⁴⁷ y ninguno de ellos, en relación directa a los NNA. La legislación más emblemática en materia de protección del derecho a la igualdad, la denominada Ley Antidiscriminación, dispone escasas obligaciones positivas para el Estado que, además de ser vagas y genéricas, se dirigen únicamente a la administración del Estado⁴⁸. De otra parte, la aplicación de la ley por parte de los tribunales tampoco ha entendido que es tarea de estos hacerse cargo de la falta de medidas especiales, pues se ha privilegiado una interpretación estricta donde se asume que se protege solo frente a una “restricción, distinción o exclusión”⁴⁹. Vale reiterarlo, esta ley tampoco contiene referencias específicas para NNA—una de las formas de incumplimiento de las obligaciones que impone la CDN⁵⁰.

-
- 46 El Art. 11 inc. 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Salvador, por ejemplo, dispone que el deber principio general de no discriminación “no se opone al establecimiento de medidas especiales de acción positiva a favor de determinados grupos o colectivos de niñas, niños o adolescentes”. En México, el Art. 16 inc. 2 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, después de reconocer el deber general de no discriminación, establece el deber general del Estado: “Es deber de las autoridades adoptar las medidas apropiadas para garantizar el goce de su derecho a la igualdad en todas sus formas”. En República Dominicana, el Principio VII del Código para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes pone de cargo del “Estado, como representante de toda la sociedad, (...) la obligación indeclinable de tomar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole que sean necesarias y apropiadas para garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes disfruten plena y efectivamente de sus derechos, y no podrá alegar limitaciones presupuestarias para incumplir las obligaciones establecidas. En este sentido, el Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades y garantizará a los niños, niñas y adolescentes el acceso a los programas y servicios para el disfrute de todos los derechos consagrados en este Código”. En el Art. 33 de la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en Argentina se reconoce que “[l]a amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente”. Finalmente, el Art. 11 inc. 2 del Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia dispone que el “Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.
- 47 La Ley Indígena sí establece una serie de deberes positivos para el Estado, canalizados a través de la CONADI, en materias de fondo de tierras y aguas (Art. 21), desarrollo indígena (Art. 23), áreas de desarrollo indígena (Art. 26) y cultura y educación indígena (Art. 28) —en especial el Art. 33, el que dispone que: “La ley de presupuestos del sector público considerará recursos especiales para el Ministerio de Educación destinados a satisfacer un programa de becas indígenas”. Este deber se ha reglamentado por medio del Decreto 126 (Ministerio de Educación), Que Reglamente Becas Indígenas y fija su texto refundido, D. Of. 21.02.2006. Las becas contemplan recursos para educación básica, media y universitaria. Sin embargo, como se ha dicho antes, ésta no contempla disposiciones específicas para NNA.
- 48 Art 1 Inc. 1º: “Corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Sobre los límites de esta ley para terminar con las discriminaciones o crear política pública en la materia, Cfr., Ximena Gauché, *Análisis crítico de la Ley 20.609, que establece medidas contra la discriminación, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y las convenciones de la OEA sobre discriminación de 2013*, 5 Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política 11 (2014), p. 37 y; Tomás Vial, *La nueva Ley Antidiscriminación: propuestas para avanzar en su perfeccionamiento*, 2013 Anuario de Derechos Humanos 183 (2013), pp. 184-185.
- 49 Véase, en general, Lidia Casas y Catalina Lagos, *Análisis crítico de la acción de no discriminación arbitraria a la luz de los primeros casos*, 2014 Anuario de Derechos Humanos 127 (2014) pp. 131-132.
- 50 Abramson, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, *supra* nota 2, pp. 97-98.

IV GARANTÍAS REFORZADAS PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONDICIÓN DE ESPECIAL VULNERABILIDAD

Como se ha apuntado en la sección anterior, las disposiciones en materia de protección de la igualdad que confieren titularidad de derechos para NNA, son una forma de especificación del derecho general a la no discriminación. Son las condiciones de vulnerabilidad de NNA, como también se dijo, las que hacen necesaria una garantía reforzada. En esta sección se intenta demostrar que, de conformidad a las propias disposiciones de la CDN, existen grupos de NNA que pueden, por sus especiales condiciones de vida, estar situados en condiciones más apremiantes de vulnerabilidad⁵¹. A su vez, y utilizando la experiencia comparada, se sugiere que la forma más idónea para asegurar el respeto al derecho a la igualdad y no discriminación de estos grupos en Chile, descansa en la elaboración de criterios normativos específicos para la protección de derechos de NNA: **garantías reforzadas**.

En el caso de NNA migrantes y refugiados, la CDN busca asegurar la igualdad material y que se adopten, cuando sea necesario, las medidas positivas que permitan dicha igualdad⁵². Este deber *especial* de protección nace de las condiciones específicas en que se encuentran NNA migrantes, circunstancia que es de particular gravedad cuando se trata de aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular⁵³. Por su parte, en el caso de NNA con capacidades diversas, la CDN impone a los Estados la obligación de adoptar medidas positivas cuando sea necesario —que se suma al deber de no discriminación— con el objeto de asegurar la igualdad material⁵⁴. A su vez,

51 *Estas circunstancias más apremiantes de vulnerabilidad* se deben, principalmente, a las condiciones y variables que concurren en la configuración de formas estructurales de desigualdad y que afectan, dentro de NNA, a unos más que a otros. Estas circunstancias, como se ha documentado en la literatura, incluyen factores tanto sociales (tales como estereotipos y condicionantes culturales) como institucionales (como legislación hostil a ciertas minorías) que contribuyen a perpetuar desproporcionadamente la posición desmejorada de estos colectivos. Esta posición desmejorada redundando no solo en menos derechos (comparativamente a otros miembros de la comunidad), sino que incluso en ciertas formas de violencia. Véase Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia* (Cátedra: 2000), pp. 71-110. Sobre algunos ejemplos de violencia institucional, véase *Derechos del niño*, en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009 (Nicolás Espejo ed., Universidad Diego Portales: 2009), pp. 320-333.

52 Besson, *The principle of non-discrimination in the Convention of the Rights of the Child*, supra nota 6, p. 114.

53 Nicolás Espejo y Andrea Balart, *Los derechos de los niños migrantes: desafíos para la legislación migratoria chilena*, en *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos* 9 (ACNUR-OIM-UNICEF: 2010), p. 12.

54 Besson, *The principle of non-discrimination in the Convention of the Rights of the Child*, supra nota 6, p. 114-115.

el Estado está también obligado a adoptar medidas especiales de protección y acciones positivas a favor de NNA indígenas⁵⁵. NNA indígenas se ven afectados por una discriminación estructural “que se traduce en mayores niveles de pobreza y exclusión social”⁵⁶. Finalmente, NNA LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales) pertenecen a uno de los grupos sociales que se encuentran más expuestos a ser discriminados arbitrariamente⁵⁷. Como lo ha señalado recientemente el Consejo de la Unión Europea, la orientación sexual y la identidad de género siguen siendo utilizadas como razón para cometer serias violaciones a los derechos humanos de las personas LGBTI, NNA incluidos⁵⁸.

Chile carece de legislación específica que aborde las preocupantes condiciones en que viven estos grupos de NNA; no solo no ofrece una concreción normativa necesaria del derecho a la igualdad, sino que tampoco responde al deber reforzado de garantía que debe concederse a grupos específicos de NNA que están en particulares condiciones de vulnerabilidad frente a la discriminación. La excepción, está representada por la Ley 20.422 y por algunas iniciativas administrativas que, aunque encomiables, carecen de la fuerza y la estabilidad de la legislación⁵⁹.

A efectos de determinar aquellas garantías reforzadas o medidas positivas de igualdad que se requieren en el ámbito interno, resulta de utilidad revisar la experiencia de los sistemas jurídicos comparados. En concreto, puede ser de utilidad tener en especial consideración medidas positivas de igualdad, esto es, tanto acciones afirmativas como medidas especiales de acomodo. Para efectos de este estudio, se entiende por **acciones afirmativas** el uso deliberado de criterios como el género, la raza o el sexo, entre otros, con el objeto de beneficiar a individuos o grupos desaventajados. Se trata de categorías, como se ha venido señalando acá, cuyo recurso estaría prohibido salvo porque, en este caso concreto, se las considera a efectos de satisfacer o alcanzar igualdad. Justamente porque en las acciones afirmativas las categorías protegidas por las normas antidiscriminación son utilizadas, el objetivo a satisfacer es una igualdad material o sustantiva, y

55 Ibid., p. 115.

56 CEPAL-UNICEF, *Los derechos de las niñas y los niños indígenas*, 14 Desafíos (2012), p. 4.

57 Pese a que se trata de un grupo social por el que los Estados han empezado solo muy recientemente a mostrar preocupación, vale la pena advertir esfuerzos por sistematizar las obligaciones estatales al respecto. Véase, en general, Lucas Ramón Mendos, *Niñas, Niños y Adolescentes LGBTI como sujetos de derecho frente al hostigamiento escolar*, 29 *American University International Law Review* 905 (2014).

58 Council of the European Union, *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgendered and intersex (LGBTI) persons*, Luxemburgo 24 de junio de 2013, para. 2. Los indicadores de discriminación de las ‘guidelines’ incluyen la revisión de la situación de NNA que sufran discriminación como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género.

59 Así, por ejemplo, en materia de NNA migrantes se han conocido importantes iniciativas, como el convenio de colaboración entre la Municipalidad de Santiago y la Subsecretaría del Interior (Departamento de Extranjería y Migración) (Santiago, 8 de agosto de 2014). El objetivo de dicho acuerdo es ofrecer a NNA migrantes medidas que faciliten y promuevan su incorporación a establecimientos educacionales, con independencia de la condición migratoria de sus padres. Sin embargo, este tipo de iniciativas administrativas no permiten destrabar las barreras generales y estructurales que enfrentan los NNA con alguna vulnerabilidad especial, para el pleno goce de sus derechos.

no una puramente formal—que cede en beneficio de la primera⁶⁰. Por **acomodos razonables** o **ajustes necesarios** se entiende, en tanto, las obligaciones que actores tanto públicos como privados deben adoptar, con el objetivo de “acomodar las necesidades específicas del individuo con discapacidad, sin que estos se transformen en una carga desproporcionada para el obligado”⁶¹.

1. NNA CON CAPACIDADES DIVERSAS

El criterio normativo que atraviesa las regulaciones en materia de NNA con capacidades diversas apunta al deber estatal de adoptar medidas positivas que permitan su integración social en igualdad de oportunidades. Dicha integración debe lograrse con respeto a la autonomía de NNA. El Art. 7 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece —entre otras disposiciones referentes a los derechos de NNA— el deber primordial de los Estados a este respecto. Así, dispone que:

Los Estados Parte tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

Es en el **ámbito educacional** donde se presenta la mayor cantidad de demandas por acomodos razonables para NNA con capacidades diversas⁶². Aquí, los problemas no son solo de accesibilidad al espacio físico, sino que variados y complejos y que incluyen los procesos de admisión y selección, barreras comunicacionales, bajos niveles de preocupación por la discapacidad y, más generalmente, el discurso institucional sobre la discapacidad⁶³.

60 Véase Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford University Press: 2011), pp. 232-233, 235-237.

61 Oliver De Schutter, *International Human Rights Law* (Cambridge University Press: 2010), p. 641.

62 La misma Convención dispone, a estos efectos, que el Estado debe satisfacer la obligación de no exclusión de la educación. Esto quiere decir que la discapacidad no puede ser una razón para que NNA no puedan recibir la educación primaria y secundaria gratuita que se garantiza a la población (Art. 24.2.a). De otra parte, el Estado tiene el deber especial de asegurar que, “la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social” (Art. 24.3.c).

63 Bronagh Byrne y Laura Lundy, *Introduction: Protections for students with disabilities in International Law? en The Legal Rights of Students with Disabilities: International perspectives 1* (Charles Russo ed., Rowman & Littlefield: 2011).

1.1 Jurisprudencia comparada sobre garantías reforzadas para NNA con capacidades diversas

En materia de acceso al espacio físico los tribunales han tenido pocos problemas en afirmar el deber positivo de acomodados que permitan a NNA con discapacidades físicas disfrutar del derecho a la educación en igualdad de condiciones. En **Australia**, por ejemplo, se ha sostenido que los colegios que rechazan matrículas de NNA con discapacidad por no contar con los espacios físicos adecuados incurrir en discriminación –a menos que demuestren que la implementación de dichos acomodados impone un deber injustificado⁶⁴. Así, en *Travers by her next friend Wendy Travers v. New South Wales*, un tribunal sostuvo que la negativa de un colegio de acomodar sus baños para que pudieran ser utilizados por una niña de 12 años con espina bífida, equivalía a una discriminación⁶⁵. El colegio había rechazado la matrícula a la niña, alegando que no podía disponer en su favor de baños adecuados para sus necesidades especiales. El tribunal, en cambio, advirtiendo la discriminación indirecta que había causado la decisión del colegio ordenó a la institución disponer de los acomodados necesarios.

El acceso al espacio educacional requiere, en ciertos casos, que el Estado se haga cargo de asegurar la movilidad de NNA con discapacidad al recinto educacional. Así lo decidió la *Corte Constitucional* de **Colombia** al resolver una acción de tutela interpuesta a favor de una niña de nueve años, quien había sido rechazada del transporte escolar al presentar su solicitud fuera de plazo⁶⁶. Advirtiendo que NNA son titulares de una especial protección que se acrecienta cuando tienen alguna discapacidad, estimó que las autoridades deben adoptar medidas especiales para garantizar el acceso y la permanencia en el sistema educativo de NNA con capacidades diversas.

En la jurisprudencia comparada también se ha enfatizado el deber de adoptar medidas positivas que permitan asegurar el acceso material a la educación en condiciones igualitarias. Estas decisiones, en general, ordenan al Estado preferir, como regla general, la inclusión de NNA con capacidades diversas en establecimientos educacionales generales, postergando la enseñanza especial solo para casos que la hagan ineludible. Para que el objetivo primordial de la inclusión sea satisfecho es necesario el deber positivo de proveer acomodados razonables

64 Al menos para el caso australiano, un acomodo aparece como injustificado solo después de un examen que realiza un tribunal en el que se deben considerar todas las variables posibles. Dicho de otro modo, un acomodo no puede considerarse como injustificado si se han considerado, únicamente, los reclamos de la institución llamada a implementarlos, sino que solo si todos los intereses en juego se han balanceado adecuadamente, incluyendo los beneficios que un acceso igualitario a la educación traen para el NNA y sus compañeros de clase. Véase, Sally Varnham y Jim Jackson, *Australia*, en *The Legal Rights of Students with Disabilities: International perspectives* 21, supra nota 63, pp. 31-32. En un sentido similar, la Corte Federal del Distrito de Columbia, en Estados Unidos, sostuvo en *Mills* que estaba constitucionalmente prohibido para las escuelas decidir unilateralmente acaso contaban o no con los recursos adecuados para satisfacer la necesidades de NNA con discapacidad. Edwin W. Martin et al., *The Legislative and Litigation History of Special Education*, 6 *Special Education for Students with Disabilities* 25 (1996), p. 28.

65 *Stephanie Travers v State of New South Wales* [2001] FMC 18 (21 de marzo de 2001).

66 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-862/11, 15 de noviembre de 2011.

para NNA. En Colombia, la Corte Constitucional de ese país también ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que el Estado se encuentra obligado a realizar todos los esfuerzos para procurar el acceso de los NNA con discapacidad a la educación ordinaria. Así, se ha sostenido que, atendiendo a las circunstancias concretas, la educación especial puede contribuir a radicalizar las condiciones de exclusión antes que contribuir a materializar una igualdad de oportunidades —el fin de toda educación⁶⁷. Por ello, la Corte también ha manifestado que el principio fundamental que rige el derecho a la educación de NNA con discapacidad es el del *modelo inclusivo*; el entendimiento que la regla general debe ser la inclusión en las aulas regulares, reservando la educación especial para casos excepcionales⁶⁸. Aquí la Corte destacó que NNA con discapacidad son “sujetos de especial protección constitucional”⁶⁹ frente a los que el Estado debe garantizar disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad:

Para empezar, se ha reiterado en la jurisprudencia que el derecho a la educación comprende una dimensión de asequibilidad o disponibilidad del servicio, que exige garantizar la existencia de infraestructura, docentes y programas de enseñanza en cantidad suficiente y a disposición de todos los niños y niñas. La segunda dimensión, denominada accesibilidad, exige eliminar todo tipo de discriminación en el ingreso al sistema educativo, y brindar facilidades desde el punto de vista geográfico y económico para acceder al servicio. En tercer lugar, el derecho a la educación tiene un componente de adaptabilidad de acuerdo con el cual las autoridades deben implementar acciones tendientes a garantizar la permanencia en el sistema educativo. Por último, el componente de aceptabilidad está relacionado con la obligación del Estado de prever mecanismos que contribuyan a asegurar la calidad de los programas, contenidos y métodos de la educación⁷⁰.

En **Estados Unidos**, la Corte Suprema sostuvo en *Irving Independent School District v. Tatro* que ciertos servicios de asistencia para NNA con discapacidad debían considerarse como ‘servicios relacionados’ que debían ser provistos por el colegio⁷¹. La Corte se pronunció sobre el caso de una niña de 8 años de edad que, como consecuencia del síndrome de espina bífida, necesitaba ser cateterizada cada 3 y 4 horas. Solo con este tipo de “acomodos” —sostuvo la Corte— se protege el derecho de NNA a una educación libre y apropiada (“free appropriate education”). En **Francia**, a su vez, se ha sostenido que es deber del Estado asegurar que los establecimientos especiales cuenten

67 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-492/92, 24 de junio de 1992, II.5.

68 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-139/13, 14 de marzo de 2013.

69 Ibid. II.1.6.

70 Ibid. II.1.3.

71 468 U.S. 883 (1984).

con cupos que garanticen a NNA el acceso a la educación⁷². Las decisiones también enfatizan el deber del Estado de disponer de recursos públicos y medidas que permitan a los establecimientos del Estado incluir a los NNA con capacidades diversas⁷³.

Finalmente, debe apuntarse que las medidas positivas en materia de NNA con capacidades diversas no se limitan a la educación, sino que se extienden a las políticas públicas en general. En **Colombia**, a propósito de la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte sostuvo que el Estado es responsable de garantizar por medio de acciones positivas el acceso a la salud para grupos que han sido tradicionalmente afectados por discriminaciones o marginaciones⁷⁴. En 2013 la misma Corte dictó la *sentencia T-586*⁷⁵, en la que se pronunció sobre el caso de un niño de 8 años de edad al que un centro especializado le había negado la atención para su autismo. El tratamiento comprensivo que solicitaba, sostuvo el recinto, no se encontraba incluido en el Plan Obligatorio de Salud. La Corte enfatizó el deber de protección preferente para NNA⁷⁶, sugiriendo que, en ciertas circunstancias, debe preferirse la protección de derechos a la aplicación estricta de la reglamentación legal⁷⁷.

En **Costa Rica**, una recurrente reclamó en contra de la denegación de una pensión estatal para su hijo con discapacidad cerebral. La entidad había escrutado las condiciones sociales de la vivienda de la abuela materna del niño, con quien vivía dadas las apremiantes condiciones económicas en su hogar de origen, y no la de los padres, que querían traerlo de vuelta al hogar⁷⁸. La *Corte Suprema de Costa Rica* sostuvo que los derechos de NNA deben asegurarse sin discriminación⁷⁹, para lo cual consideró primordialmente las normas del Código de la Niñez y de la Adolescencia⁸⁰.

72 En este caso, el Tribunal ordenó pagar una indemnización de €800 a los padres del niño, por concepto de los costos en que debieron incurrir. Mismo criterio se sostuvo en otro caso decidido por un tribunal administrativo de Lyon, donde el Estado fue condenado a pagar €36.000 a los padres de un niño autista de 14 años que no pudo ser escolarizado por más de 3 años, en razón de la falta de disponibilidad de vacantes en establecimientos especializados. El Tribunal, además, indicó que, si bien la administración había realizado todos los esfuerzos posibles para ofrecer una solución satisfactoria para el adolescente, la ausencia de vacantes en establecimientos especializados había puesto sobre los hombros de los padres una carga pública anormal y excesiva que merecía ser indemnizada. Tribunal Administrativo de Lyon, N° 0403829, 29 de septiembre de 2005.

73 En España, el Tribunal Supremo (con sede en Madrid), resolvió el reclamo de padres de niños con Trastorno de Espectro Autista, quienes reclamaron por la inactividad de la Generalidad Valenciana por no dotar de los medios necesarios al Aula de Comunicación y Lenguaje de un colegio. El Tribunal afirmó que pesa sobre el Estado el deber positivo de “asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado”. Tribunal Supremo (con sede en Madrid), Sala Contenciosa, N° 603/2010, 09 de mayo de 2011.

74 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-293/10, 21 de abril de 2010.

75 Corte Constitucional de Colombia, 29 de agosto de 2013.

76 Ibid. II.3.

77 Ibid. II.6.

78 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Res. 2004-11550, 15 de octubre de 2004.

79 Ibid. V.

80 Ibid. VI.

1.2 Legislación comparada sobre garantías reforzadas para NNA con capacidades diversas

La integración social de NNA con capacidades diversas también encuentra concreción normativa en diferentes cuerpos normativos. En **Argentina**, por ejemplo, el Art. 15 inc. 5 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispone que los NNA “con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica”. El Art. 36 del Código de la Infancia y la Adolescencia de **Colombia**, es bastante más comprensivo al reconocer el derecho de los NNA con capacidades diversas a “gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos”. Las acciones y políticas, observa la Ley, deben estar encaminadas a “reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas”.

Esta es una de las pocas áreas en que la legislación chilena recepciona adecuadamente los estándares normativos revisados. Así, la Ley 20.422 declara que su objetivo es garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con capacidades diversas “con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad”⁸¹. Siendo su finalidad garantizar la plena integración social, las obligaciones negativas son, si bien necesarias, insuficientes. Por eso la legislación de personas con capacidades diversas contempla una serie de obligaciones positivas que apuntan a mejorar la accesibilidad a los espacios públicos, la educación, la inserción laboral, el acceso a la información de interés nacional y medios de transporte, entre otras. En términos generales, por ejemplo, establece que:

*[...] el Estado adoptará las acciones conducentes a asegurar a los niños con discapacidad el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en especial el respeto a su dignidad, el derecho a ser parte de una familia y a mantener su fertilidad, en condiciones de igualdad con las demás personas. De igual modo, el Estado adoptará las medidas necesarias para evitar las situaciones de violencia, abuso y discriminación de que puedan ser víctimas las mujeres y niños con discapacidad y las personas con discapacidad mental, en razón de su condición*⁸².

Junto con disponer que “en toda actividad relacionada con niños con discapacidad, se considerará en forma primordial la protección de sus intereses superiores” (Art. 10), contempla obligaciones positivas en materia de educación especial (Art. 35) y la asignación y financiación de servicios y

81 Ley 20.422, Art. 1

82 Ley 20.422, Art. 9, incs. 2 y 3.

ayudas técnicas para menores de seis años (Art. 70)⁸³. A pesar de ello, estudios recientes han llamado la atención sobre la deficiente eficacia práctica de estas disposiciones, especialmente por la falta de medidas positivas⁸⁴.

2. NNA MIGRANTES Y SUS FAMILIARES

Un principio fundamental del Derecho de Infancia es la prohibición de toda discriminación en contra de NNA por su calidad de refugiado, solicitante de asilo o migrante⁸⁵. En términos concretos, este deber importa la obligación del Estado de conferir prioridad a la protección de NNA por sobre las políticas migratorias⁸⁶. En otras palabras, situaciones que en caso de un adulto se resolverían por la aplicación irrestricta de las regulaciones migratorias, en el caso de NNA son llamadas a ser observadas con mayor detención, privilegiando, siempre, el bienestar de NNA involucrados.

NNA migrantes, y en particular aquellos en *situación migratoria irregular*, se encuentran en una especial condición de vulnerabilidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado, recientemente, esta especial condición de vulnerabilidad que afecta a NNA, así como las obligaciones reforzadas de protección que se siguen de ella:

[...] la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles

83 En este sentido, cabe advertir alguna jurisprudencia incipiente relativa al deber del Estado de adoptar las medidas positivas que permitan un trato con igual respeto y consideración para personas con capacidades diversas. Así, la Corte de Apelaciones de Temuco acogió un recurso de protección interpuesto en contra de la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) de Educación, que se habían negado a proveer de fondos necesarios para permitir la educación domiciliaria de un niño viviendo con una discapacidad que le requería permanecer conectado a un ventilador de respiración artificial. La SEREMI se había negado a proporcionar los fondos, alegando la no dictación del reglamento que hace operativa la ley. El tribunal señaló que la repartición estatal había incurrido en discriminación en contra del niño, violando las obligaciones expresas contenidas en la ley y que no requieren de reglamento para su ejecución. Recordando las obligaciones estatales sobre igualdad y no discriminación, señala que “[l]os Estados Partes [de la CDN] tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas” (cons. 5°). En lo medular, la Corte sostuvo que: “al tenor de lo consignado en el fundamento quinto de esta sentencia, se desprende que, en la especie, se ha vulnerado el principio a la no discriminación y el derecho a la Educación, en relación al primero por cuanto el adolescente respecto del cual se recurrió, encontrándose en los casos que contempla la Ley N° 20.422 y estando capacitado para estudiar, en iguales condiciones que adolescentes sanos, no ha recibido del Estado la educación que necesita, por la falta de dictación de un Reglamento, lo que es absoluta responsabilidad del Ministerio de Educación, entidad que debía dar cumplimiento tanto a lo dispuesto por la Ley N° 20.422, como en la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, ratificada por nuestro país, de manera que, forzoso es concluir que a su respecto debe acogerse el recurso intentado, por cuanto es la propia ley la que señala expresamente que es el propio Ministerio de Educación quien debe asegurar la atención escolar en el lugar que, por prescripción médica, deba permanecer el adolescente.” Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N° 408-2011 (RdP), 23 de abril de 2012.

84 *El derecho a la educación inclusiva y de calidad para estudiantes en situación de discapacidad en Chile*, en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2014 (Tomás Vial ed., Universidad Diego Portales: 2014).

85 Véase Ariel Riva y Delfina Lawson, *Estándares internacionales en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado de niños, niñas y adolescentes: garantías y medidas de cuidado*, en Los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y víctimas de trata internacional en Chile. Avances y desafíos supra nota 53, p. 54.

86 Alberto Celesia et al. Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos aplicables a los niños, niñas y adolescentes migrantes (RELAF, Save the Children y UNICEF: 2014), pp. 20-21.

*el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales*⁸⁷.

Este trato preferente, advierte adecuadamente la Corte, arranca del especial énfasis en la protección de los derechos de NNA que reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que incorpora entre los sujetos obligados no solo al Estado, sino también a la familia y a la sociedad toda⁸⁸. En lo que concierne a este estudio –las obligaciones estatales– la Corte afirma que se trata de medidas que deben respetar, entre otros, el principio de no discriminación⁸⁹.

2.1 Jurisprudencia comparada en materia de NNA migrantes y sus familiares

Los casos que a continuación se revisan ilustran acercamientos adecuados a la prohibición de discriminación y situaciones de acción afirmativa a favor de NNA migrantes. Se trata de acercamientos adecuados, toda vez que en ellos se expresa la necesidad de contar con un estándar específicamente diseñado para abordar la situación de vulnerabilidad de NNA migrantes⁹⁰. Las hipótesis que se analizan incluyen situaciones de discriminación directa en contra de NNA migrantes, acceso a la educación y a otros beneficios sociales (como salud) de NNA migrantes en situación irregular e interpretaciones de las regulaciones legales y reglamentarias de extranjería más beneficiosas para NNA –considerando su particular situación. Se incluyen, también, casos en que los estándares legales y administrativos en materia de migrantes se han interpretado con menos rigurosidad a favor de adultos, toda vez que la defensa de los derechos de NNA involucrados –generalmente sus hijos– así lo recomienda.

El primer caso que se revisa involucra una **discriminación directa** en contra de NNA migrantes. La *Corte Constitucional de Colombia* decidió el caso de un estudiante norteamericano a quien,

87 Corte IDH, *Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14, 19 de agosto de 2014, para. 66.

88 Ibid. para. 67 (“En este sentido, el derecho de las niñas o niños a que se adopten las citadas medidas de protección es contemplado en términos más amplios que los otros derechos reconocidos en la Convención, puesto que en este caso no se trata únicamente que el Estado, adoptando las medidas pertinentes, respete un derecho humano o que lo haga respetar en su territorio y por todas las personas sujetas a su jurisdicción, sino que también las correspondientes familia y sociedad, por su parte, las adopten.”).

89 Ibid. para. 69.

90 Como la Corte IDH ha señalado recientemente: “Ahora bien, es necesario reconocer que los elementos de la definición de refugiado fueron tradicionalmente interpretados a partir de las experiencias de personas adultas o mayores de 18 años. Por ende, dado que las niñas y los niños son titulares del derecho a solicitar y recibir asilo y pueden, consecuentemente, presentar solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no, debe darse a los elementos de la definición una interpretación que tenga en cuenta las formas particulares en que puede manifestarse la persecución de niñas y niños, tales como el reclutamiento, la trata y la mutilación genital femenina, así como el modo en que éstos pueden experimentar estas situaciones. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha resaltado la necesidad de que la definición de refugiado se interprete también a la luz de la edad y del género.

Por otra parte, junto con las referidas causas tradicionales de refugio, resulta pertinente alertar sobre los nuevos factores que llevan a las personas y, en particular a las niñas y niños, a desplazarse forzosamente de sus países de origen, entre los cuales destaca el crimen organizado transnacional y la violencia asociada a la actuación de grupos no estatales.” (Ibid. para. 80.).

luego de haber cursado cuatro años de educación en un colegio colombiano, le fue negada la matrícula. El establecimiento sostuvo que “inmigración había conminado al colegio a no recibir extranjeros que no estuvieran debidamente nacionalizados, so pena de incurrir en multa”⁹¹. La Corte comenzó reconociendo la necesidad de prestar especial atención a la situación de NNA quienes, por su especial condición de vulnerabilidad, requieren una protección especial de parte del Estado⁹². Luego de advertir el carácter estructural del derecho a la educación, la Corte añadió que es preciso actuar con mayor latitud al permitir resguardar el derecho a la educación del niño sin discriminaciones⁹³, mientras sus padres regularizan la situación migratoria.

El **acceso a la educación** de NNA migrantes en situación irregular ofrece una amplia gama de casos. En todos ellos la condición de migrantes y la falta de regulación de dicha situación han implicado alguna forma de perturbación al derecho a la educación de NNA. En *Plyler v. Doe*, la *Corte Suprema* de los **Estados Unidos** declaró inconstitucional una ley del Estado de Texas que permitía negar recursos públicos para las escuelas que matricularan a migrantes en situación irregular⁹⁴. La Corte sostuvo que la regulación violaba la cláusula de igual protección –para estos efectos, razonó el tribunal, los migrantes, aun indocumentados, son personas y se ven beneficiados por ella.

El *Tribunal Constitucional* de **España** se pronunció en 2007 sobre algunos apartados de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa. En concreto, se reclamaba en contra de un precepto que aseguraba el derecho de migrantes residentes a la educación básica, pero que (i) no aseguraba la educación posterior y que (ii) dejaba fuera a estudiantes sin residencia. El Tribunal sostuvo que la educación era un proceso continuo que no justificaba la distinción efectuada por la ley, de la que no pueden ser privados los extranjeros en España aun cuando no cuenten con permiso de residencia⁹⁵.

*Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor*⁹⁶.

Los casos de acceso a la educación tienen un correlato más extenso en materia de acceso a otros **beneficios sociales** para NNA migrantes en situación irregular. En **Argentina**, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* extendió los beneficios de una pensión de invalidez para una niña boliviana

91 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-660/13, 23 de septiembre de 2013, I.1.4.

92 Ibid. III.3.1.

93 Ibid. III. 3.3 y 3.5.

94 457 U.S. 202 (1982).

95 Tribunal Constitucional de España, Sentencia 236/07, 7 de noviembre de 2007, II.8.

96 Id.

con una discapacidad que le impedía la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente y alimentarse por cuenta propia⁹⁷. La Corte declaró inconstitucional regulaciones que establecían que, para acceder a la pensión por discapacidad, se requería, en caso de ser ciudadano extranjero, contar con una residencia legal no menor a veinte 20 años. Los ministros Petracchi y Arigbay, que concurrieron a la inconstitucionalidad, fueron de la opinión de acoger el recurso en virtud de la discriminación de trato entre nacionales y extranjeros⁹⁸.

La *Corte Suprema* de **Francia** sostuvo que no puede condicionarse el acceso de NNA a los beneficios sociales establecidos para la infancia al hecho que demuestren una condición migratoria regular. Hacerlo, sostuvo el tribunal, frustraba los derechos de los involucrados⁹⁹. La misma Corte ha sostenido que los migrantes que obtienen su permiso de residencia son, por ese solo hecho, titulares de todos los beneficios sociales establecidos para NNA con efecto retroactivo. La fecha que establece desde cuándo se transforman en beneficiarios de los planes sociales, la determina la fecha en que se presentó la solicitud de asilo –para el caso de los refugiados¹⁰⁰. Finalmente, la misma Corte sostuvo que las zonas de tránsito en los aeropuertos se encontraban bajo tutela judicial y administrativa de Francia. De ello se sigue, sostuvo la Corte, que los NNA migrantes que viajan solos o separados y que se encuentran en dichas zonas, aunque cuando se esté definiendo su condición migratoria, tienen derecho a todas las medidas de protección establecidas en las leyes para los casos en que su salud, seguridad e integridad moral o su acceso a la educación se encuentren gravemente comprometidas¹⁰¹.

Las **regulaciones legales y reglamentarias en materia de migración** presentan uno de los mayores desafíos para el respeto adecuado de los derechos de NNA migrantes. Esto porque, bajo la pretendida aplicación igualitaria de las reglas, se termina obviando la situación específica de NNA migrantes que, por sus especiales condiciones, merecen una consideración específica. Los casos que ahora se revisan así lo demuestran.

Recientemente en **España**, el *Tribunal Supremo* prohibió la realización de las llamadas pruebas de edad a los NNA migrantes no acompañados, disponiendo que, mientras el pasaporte de estos certificara que son NNA bajo las reglas de la CDN (menores de 18 años de edad), no sería necesaria la realización de pruebas complementarias para determinar la edad. De esta forma, el Tribunal zanjó la discusión respecto a la forma en que se interpretaban algunas disposiciones de la Ley de

97 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Reyes Aguilera”, D. C Estadio Nacional/ Sent., 4 de septiembre de 2007.

98 Considerando 11 de su voto.

99 Corte Suprema, N° 04-30.837 (Cour de Cassation, 2e Chambre Civile), 14 de septiembre de 2006 y N° 05-12.666, 6 de diciembre de 2006.

100 Corte Suprema, N° 07-11.328 (Cour de Cassation, 2e Chambre Civile), 23 de octubre de 2008.

101 Corte Suprema, N° 08-14.125 (Cour de Cassation, 1e Chambre Civile), 25 de marzo de 2009.

Extranjería. El Tribunal dispuso que, tratándose de NNA, no había razones para desconfiar de los documentos de identidad, por lo que no podía considerárseles migrantes indocumentados. Más importante aún, en el caso de personas indocumentadas, las pruebas médicas invasivas para determinar la edad no podrían aplicarse indiscriminadamente a NNA¹⁰².

En **Francia**, el *Consejo de Estado* revocó una decisión administrativa que había denegado el permiso de reunión a un niño turco de 4 años de edad con su madre. La madre del niño vivía en Francia bajo un permiso de residencia de 10 años. Sin embargo, el niño había sido ingresado a Francia de manera irregular, lo que le había bastado a la instancia administrativa para declarar la ilegalidad. El Consejo, en cambio, sostuvo que, tomando en cuenta las circunstancias concretas del caso —en especial que el niño no contaba con nadie en Turquía que pudiera hacerse cargo de él—, aconsejaba permitir la permanencia del niño en el país mientras regularizaba su situación¹⁰³.

Finalmente, debe recordarse que la CDN establece el principio de no discriminación no solo a favor de NNA, sino que lo extiende, también, a las condiciones de sus **padres o de sus representantes legales**. En este sentido, la condición migratoria irregular de los padres y las consecuencias legales que de ella se derivan —muchas veces en perjuicio para NNA—, son las que han llevado a diversas instancias a considerar cómo mejor satisfacer los derechos de estos. Antes que preferir una aplicación irrestricta de las reglas, varios ejemplos muestran que cuando se toman en cuenta los probables perjuicios para NNA es posible arribar a una interpretación donde los derechos de NNA y su bienestar sean consideraciones primordiales¹⁰⁴.

102 La sentencia está pendiente de publicación. La información se ha tomado de la nota de prensa emitida por el Poder Judicial de España. *El Tribunal Supremo prohíbe realizar pruebas de edad generalizadas a inmigrantes con pasaporte válido*, Poder Judicial de España, 18 de julio de 2014, disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Sala_de_Prensa/Notas_de_prensa/El_Tribunal_Supremo_prohibe_realizar_pruebas_de_edad_generalizadas_a_inmigrantes_con_pasaporte_valido

103 Consejo de Estado, N°161364 (Conseil d'Etat, 2e et 6e Sous-Sections Réunies), 22 de septiembre 1997. En 2001, un tribunal juvenil impidió la deportación de dos niños cameruneses de 2 y 14 años. Los niños habían ingresado irregularmente a Francia, acompañados de su madre, quien contaba con un permiso de residencia. El tribunal, considerando las circunstancias específicas —que no había nadie en Camerún que pudiera hacerse cargo de ellos— sostuvo que los niños eran beneficiarios del derecho a la reunión familiar con la madre, aunque cuando los requisitos procedimentales específicos no se hubieran completado. El tribunal, además, afirmó que no cuestionaba la legalidad del procedimiento de deportación aplicado, sino la forma específica en que no se habían considerado las circunstancias urgentes del caso, Corte Juvenil (Tribunal pour Enfants de Bobigny, 1 de septiembre de 2001.). Lo que acá interesa relevar es que las instancias decisorias consideran las circunstancias específicas en que se encuentran NNA para proceder a mirar con mayor distancia normas que, aplicadas sin consideración a los derechos y condiciones específicas de los involucrados, terminarían afectando definitivamente la vida de NNA. Dicho de otra forma, interesa destacar el efecto que una comprensión adecuada del principio de igualdad y no discriminación impone sobre el accionar del Estado, de lo que no se sigue que otros estándares del derecho internacional de los derechos humanos entren, también, en juego. En este caso, por ejemplo, los Estados deben sopesar si acaso están considerando adecuadamente el derecho a la vida familiar y la reunificación. Alberto Celesia et al. Manual sobre estándares internacionales de derechos humanos, supra nota 86, pp. 32-35.

104 Los casos que ahora se revisan dependen, en general, de la discrecionalidad de la que gozan algunas instancias de decisión para, en ciertas situaciones, preferir estas otras consideraciones a la aplicación estricta de las reglas. A modo de ejemplo, la sección 25(1) de la Ley de Inmigración y Protección a Refugiados de Canadá (2001) establece que hay ciertas consideraciones humanitarias que pueden llevar a la autoridad a conceder un estatus legal de refugiado a personas que no satisfagan los demás requisitos legales. El interés superior del niño ha sido invocado varias veces como parte de esas consideraciones humanitarias.

En *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, caso en el que se conocía el reclamo de una madre de varios niños canadienses y cuya deportación había sido ordenada por haber extendido su permanencia de conformidad a los términos de su visa, la *Corte Suprema* de **Canadá** sostuvo, precisamente, que las autoridades de inmigración que adoptaban decisiones sobre padres debían considerar el interés superior de los niños involucrados¹⁰⁵.

En 2003, el *Consejo de Estado* de **Francia** detuvo la deportación de un ciudadano polaco a quien se le había negado el permiso de residencia permanente. Para ello, consideró que la deportación implicaría la separación del padre e hijo –quien quedaría solo con su madre libanesa que contaba con permiso de residencia válido¹⁰⁶. En 2008, una Corte de Apelaciones de ese país sostuvo que mantener a un niño de un año de edad en un centro de detención para migrantes constituía un trato inhumano que debía remediarse. Si bien los padres del niño habían sido expulsados de Francia al no contar con los permisos requeridos, la corte sostuvo que la medida era desproporcionada al fin perseguido¹⁰⁷.

En **España**, por su parte, el *Tribunal Constitucional* de ese país se pronunció sobre una denegación de renovación de permiso de trabajo y residencia que se basaba en antecedentes penales del solicitante. El recurrente argumentó a su favor, entre otras razones, que tenía dos hijos, uno de ellos de nacionalidad española. El Tribunal descansa en jurisprudencia anterior –en la que se advierte el especial cuidado que debe tenerse frente a medidas de expulsión que acarrear la consiguiente expulsión de ciudadanos españoles– para decidir que el caso presenta circunstancias excepcionales, entre otras, la de involucrar derechos del niño hijo del recurrente¹⁰⁸.

En **Costa Rica**, la *Corte Suprema* de ese país, teniendo en cuenta similares criterios, ha suspendido procedimientos de expulsión cuando hay niños nacionales involucrados¹⁰⁹. También se pronunció sobre el caso de una migrante a quien se le negó la renovación del permiso de residencia por haber cometido un delito. La recurrente, al momento de la decisión, era madre de dos niños costarricenses (de 8 y 5 años de edad). Según la Corte, si bien es constitucional que las autoridades establezcan diferencias entre nacionales y extranjeros, esas diferencias deben ser proporcionadas y no deben resultar contrarias a la dignidad humana¹¹⁰. Dentro de los criterios conforme a los cuales se evalúa la proporcionalidad de las distinciones –sostuvo la Corte– se encuentra el deber

105 [1999] S.C.J. No. 39.

106 Consejo de Estado, N° 236148 (5e Sous-Section), 2 de junio de 2003.

107 Corte de Apelaciones, N° 271/2008 (Cour d'Appel de Rennes), 29 de septiembre de 2008.

108 Tribunal Constitucional de España, Sentencia 1695/11, 7 de abril de 2014.

109 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Res. 2002-08790, 10 de septiembre de 2002.

110 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Res. 2008-0176398790, 5 de diciembre de 2008, IV.

de protección reforzada de la familia¹¹¹, deber que no puede comprenderse sino en consonancia con los derechos de protección de la infancia. Así, la Corte afirmó que NNA gozan de una serie de derechos “independientemente, de su raza o nacionalidad”, tales como el derecho a la familia o a ser cuidados por sus padres¹¹². Además, la Corte anota que es deber del Estado adoptar todas las medidas para hacer efectivos estos derechos. La Corte señala, en este sentido, la especial relevancia de las normas infra-constitucionales:

Así, el Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley N° 7739), al definir su ámbito de aplicación preceptúa que se aplicará a todo menor de edad “... sin distinción alguna, independientemente de la etnia... la nacionalidad...” (artículo 3º) y puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada debe ser el interés superior del niño (artículo 5º). El ordinal 17 de ese cuerpo normativo, estipula que los menores de edad no pueden ser sujetos, entre otros supuestos, de deportación del territorio nacional “... salvo en resguardo de su propio interés, de acuerdo con los criterios determinados por el interés superior de este grupo”. El numeral 30 establece el Derecho a la Vida Familiar, al indicar que los menores de edad “... tendrán derecho a conocer a su padre y madre; asimismo, a crecer y desarrollarse a su lado y ser cuidados por ellos...” y el precepto 33 regula el Derecho a la permanencia con la familia al disponer que los menores de edad “... no podrán ser separados de su familia, salvo en circunstancias especiales establecidas por la ley...”¹¹³.

La Corte termina sosteniendo que, si bien la recurrente “no reúne los requisitos para que se le renueve su estatus de residente permanente libre de condición –por lo que, en principio, se considera razonable su decisión de negar la gestión de la amparada”, se han obviado los derechos de los NNA involucrados. En este sentido –concluye el tribunal– “el interés superior de los niños, enerva toda posibilidad de privarlos de contar con el cuidado, apoyo y presencia de la figura materna”, por lo que resuelve confiriendo el amparo¹¹⁴.

Más recientemente, la *Corte Suprema* de **Inglaterra** sostuvo que las decisiones migratorias donde se decide la suerte de NNA, debían considerar el bienestar de estos y su interés superior. Ello, en el contexto de un procedimiento de deportación de dos migrantes indocumentados que, no obstante, tenían hijos británicos. Los padres reclamaron que si eran deportados deberían dejar a sus hijos solos o, si los llevaban con ellos, los privarían de su derecho legal a residir en suelo inglés. La Corte, como se ha dicho, sostuvo que el estatus migratorio de los padres no podía ser una excusa para afectar el bienestar de NNA¹¹⁵.

111 Ibid. V.

112 Id.

113 Id.

114 Ibid. VI.

115 *ZH (Tanzania) v. Sec’y of State for the Home Dep’t* [2011] UKSC 4.

2.2 Legislación comparada en materia de NNA migrantes y sus familiares.

Como se ha mostrado, los casos sobre NNA migrantes ofrecen una variada gama de situaciones y respuestas. Aquí, la forma en que el Estado se hace cargo de evitar discriminaciones y de promover la igualdad por medio de acciones afirmativas adopta diversas formas. En general, puede decirse que se trata de encontrar acomodos que permitan a NNA migrantes en situación irregular gozar de los mismos beneficios que los NNA nacionales de un país –por ejemplo, accediendo al sistema de educación o a otros beneficios sociales fundamentales. Para que ello sea posible, los casos comparados nos enseñan que las autoridades deben estar dispuestas a establecer excepciones a las reglas generales –las que se justifican en la situación concreta de vulnerabilidad en que se encuentran NNA migrantes– con el objetivo de impedir los perjuicios en contra de NNA, muchos de los cuales, como se ha apuntado, escapan a su propia voluntad (como cuando estos perjuicios son consecuencia de la condición migratoria de los padres).

La experiencia comparada también ofrece diferentes alternativas de concreción normativa. Así, el **Art. 10.3 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de España**, dispone que “[l]os menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España”¹¹⁶. En **Francia**, la **Ley 2007-293**, que modificó diversos cuerpos legales, dispone que, no obstante las autoridades tienen facultades y el derecho a restringir

116 A esto deben sumarse, además, las disposiciones generales de protección de migrantes contenidas en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (11 de enero de 2000). Así, el Art. 23 dispone que:

“1. A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.

2. En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

e) Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

Artículo 24. Aplicabilidad del procedimiento sumario.

La tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos”.

el acceso al país a NNA y sus familias que no cuenten con los documentos y visados requeridos por la ley, deben observar ciertas excepciones tratándose de NNA no acompañados. Así, para el caso de NNA no acompañados y que ya se encuentren en el territorio –pese a haber violado las disposiciones generales sobre requerimientos y visados– la regla general será la no expulsión del país y el reenvío al país de origen, a menos que un tribunal de menores establezca que aquella decisión se aviene con el interés superior del niño. En **México**, la **Ley de Migración**¹¹⁷ reconoce como principios rectores la unidad familiar y el interés superior del niño (Art. 2), ordena la obligación de proporcionar asistencia social para la atención de NNA no acompañados (Art. 29 I.), con la especial obligación de “[o]rtorgar facilidades de estancia y garantizar la protección de niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados en tanto el Instituto resuelva su situación migratoria...” (Art. 29 II.).

En **Chile** las normas sobre migración son de antigua data y carecen de adecuación a los estándares más básicos del derecho internacional de los derechos humanos, no obstante se encuentran actualmente en revisión¹¹⁸. Donde sí ha habido recientes avances es en materia de refugio, donde se ha aprobado la **Ley 20.430 que Establece disposiciones sobre Protección de Refugiados**¹¹⁹. En ella, sin embargo, existe solo una vaga referencia a los derechos del niño que, si se comparan, por ejemplo, con otras legislaciones de la región, denotan las deficiencias:

117 DOF 25-05-2011.

118 Espejo y Balart, *Los derechos de los niños migrantes*, supra nota 53.

119 D. Of. 15.04.2010.

	Chile	Uruguay ¹²⁰	México ¹²¹
Regulaciones con referencia a los derechos de NNA	<p>Art. 40. Procedimiento. Cuando se trate de menores no acompañados o separados de sus familias, se observarán las recomendaciones formuladas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en las Directrices sobre Protección y Cuidados de Niños Refugiados.</p>	<p>Art. 36. (Niños, niñas o adolescentes no acompañados).- Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a solicitar y a que se reconozca su condición de refugiado, en forma independiente a las personas que ejercen su representación legal. Cuando la solicitud sea realizada por un niño, niña o adolescente no acompañado, la Secretaría Permanente le asegurará la designación de asistencia letrada obligatoria dándole trámite en forma prioritaria. Asimismo, deberá comunicar el hecho en forma inmediata al Juez de Familia quien adoptará las medidas pertinentes. Es nula toda actuación que se hubiese realizado sin la presencia del defensor. En caso de duda sobre la edad de la persona se estará a la declarada por ésta mientras no mediaren estudios técnicos que establecieran otra edad. Deberá prevalecer la defensa del interés superior del niño, niña o adolescente a lo largo de todas las instancias del procedimiento. Todas las decisiones que sean adoptadas en el mismo deberán tomarse considerando el desarrollo mental y madurez del niño, niña o adolescente.</p>	<p>Art. 5. En aplicación de esta Ley se observarán, entre otros, los siguientes principios y criterios: III. Interés Superior del Niño</p> <p>Art. 9. En el reconocimiento de la condición de refugiado deberá protegerse la organización y el desarrollo de la familia, así como el interés superior del niño.</p> <p>Art. 20. Durante el procedimiento, la Secretaría tomará las medidas necesarias para garantizar el otorgamiento de asistencia institucional a los solicitantes que requieran atención especial, así como mujeres embarazadas, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, con discapacidad, enfermos crónicos, víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de abuso sexual y violencia de género, de trata de personas o a cualquier otra persona que pudiese encontrarse en situación de vulnerabilidad de conformidad con las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en cada materia.</p> <p>Cuando un solicitante en situación de vulnerabilidad haya sido admitido provisionalmente o se encuentre en alguna estación migratoria, la Secretaría valorará las medidas que mejor favorezcan al solicitante, de conformidad con las circunstancias del caso. En el caso de niñas, niños y adolescentes deberá determinarse su interés superior.</p> <p>Art. 54. La Secretaría, en el ámbito de sus atribuciones, adoptará las medidas necesarias para brindar asistencia institucional a los refugiados, así como auxiliarlos con el objeto de facilitar su integración al país, tomando en consideración el contexto social y cultural de donde provengan, así como si son niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, con discapacidad, mujeres embarazadas, enfermos crónicos, víctimas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de abuso sexual y violencia de género, de trata de personas o a cualquier otra persona que pudiese encontrarse en estado de vulnerabilidad.</p>

120 Ley 18.076 Derecho al Refugio y a los Refugiados (D. O. 5 ene/007 - N° 27154).

121 Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria (DOF 27-01-2011).

3. NNA LESBIANAS, GAYS, TRANSEXUALES, BISEXUALES E INTERSEX (LGTBI)

Como se ha señalado anteriormente, las categorías específicas de NNA que se revisan responden a la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran. Esto, por ser NNA y, además, pertenecer a alguno de los grupos sociales que se encuentran más expuestos a ser discriminados arbitrariamente. El caso de NNA LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales) es particularmente dramático¹²². Como lo ha señalado recientemente el *Consejo de la Unión Europea*, la orientación sexual y la identidad de género siguen siendo utilizadas como razón para cometer serias violaciones a los derechos humanos de las personas LGBTI, NNA incluidos¹²³. Es por ello que, en opinión de *UNICEF*, “[t]odos los niños, con independencia de su orientación sexual real o percibida y de su identidad de género, tienen derecho a una infancia segura y saludable, libre de discriminación”¹²⁴. Esto quiere decir que el cumplimiento de la CDN importa una prohibición del abuso, de la discriminación, explotación, marginalización o violencia de cualquier tipo en razón de la orientación e identidad sexual real o percibida de NNA¹²⁵. El mismo principio, insiste *UNICEF*, se aplica para todos los NNA, “con independencia de la identidad y orientación sexual de sus padres”¹²⁶.

Una investigación reciente sobre el nivel de daño emocional que tienen estudiantes de primero y cuarto año medio en Massachusetts, Estados Unidos, analizó si dicho nivel de daño emocional se encontraba relacionado al hecho de ser tratados de mala forma o derechamente discriminados por ser vistos como LGBTI. La investigación mostró que NNA LGBTI exhibieron una sintomatología depresiva significativamente mayor a la de los demás NNA, lo que tenía como correlato mayor tendencia al suicidio en este subgrupo –en comparación a NNA heterosexuales¹²⁷. Estos antecedentes no son indiferentes para Chile. Según una encuesta elaborada por *UNICEF-Chile*, el 33,3% de los encuestados reconoce haber utilizado la orientación sexual como motivo de burlas¹²⁸. Ello explica,

122 Pese a que se trata de un grupo social por el que los Estados han empezado solo muy recientemente a mostrar preocupación, vale la pena advertir esfuerzos por sistematizar las obligaciones estatales al respecto. Véase, en general, Lucas Ramón Mendos, *Niñas, Niños y Adolescentes LGBTI como sujetos de derecho frente al hostigamiento escolar*, 29 *American University International Law Review* 905 (2014).

123 Council of the European Union, *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgendered and intersex (LGBTI) persons*, Luxemburgo 24 de junio de 2013, para. 2. Los indicadores de discriminación de las ‘guidelines’ incluyen la revisión de la situación de NNA que sufran discriminación como consecuencia de su orientación sexual o identidad de género.

124 *UNICEF, Eliminating discrimination against children and parents based on sexual orientation and/or gender identity*, 9 *Position Paper Nov.* (2014), p. 1.

125 *Id.*

126 *Id.*

127 Joanna Almeida et al., *Emotional Distress among LGBT Youth: The influence of perceived discrimination based on sexual orientation*, 38 *J. Youth Adolescence* 1001 (2009).

128 *UNICEF-Chile, La voz de los Niños, Niñas y Adolescentes y discriminación* (Noviembre 2011), disponible en <http://www.unicef.cl/pdf/PPTLaVozDiscriminacion2011.pdf>

entre otras cosas, que la ideación suicida en NNA LGBTI¹²⁹, de una parte, y la orientación sexual como factor de violencia escolar¹³⁰, de otra, sean preocupaciones de política pública en Chile¹³¹.

3.1 Jurisprudencia comparada sobre NNA LGTBI

Los casos que a continuación se revisan presentan dos tipos de situaciones de discriminación: a) casos en contra de NNA LGBTI y; b) casos en contra de padres de NNA LGBTI. Tal como se indicó en el caso de NNA migrantes, y en concordancia con el Art. 2.2 de la CDN, las discriminaciones arbitrarias en contra de los padres o responsables legales de los NNA pueden acarrear perjuicios y daños graves para estos últimos.

En primer lugar, por su mayor recurrencia, cabe advertir **situaciones de discriminación directa** frente a las que las cortes reaccionan. En 1998, la *Corte Constitucional* de **Colombia** acogió una acción presentada por dos adolescentes a quienes se les negó un cupo en el colegio por su condición homosexual. Se ordenó al establecimiento garantizar su derecho a educación, asegurándoles los cupos escolares solicitados para seguir con sus estudios. Sobre el particular, la Corte recordó haber señalado que:

[...] los homosexuales no pueden ser objeto de discriminación en razón de su condición de tales. El hecho de que su conducta sexual no sea la misma que adopta la mayoría de la población no justifica tratamiento desigual. Los homosexuales tienen su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando en la exteriorización de su conducta no lesionen los intereses de otras personas ni se conviertan en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia. Un trato justo, hacia los homosexuales, tiene que basarse en el respeto, la consideración y la tolerancia, por tratarse de seres humanos titulares de los mismos derechos fundamentales de los demás en condiciones de plena igualdad, así no sean idénticos en su modo de ser a los demás. Si los homosexuales adoptan una conducta diferente a la de los heterosexuales no por ello jurídicamente carecen de legitimidad. En aras del principio de igualdad, consagrado en la Carta como derecho fundamental de toda persona humana, no hay título jurídico que permita discriminar a un homosexual¹³².

129 Gobierno de Chile-Ministerio de Salud, *Situación actual del suicidio adolescente en Chile, con perspectiva de género* (Diciembre 2013), disponible en <http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/SituacionActualdelSuicidioAdolescente.pdf>, p. 5.

130 Gobierno de Chile-Ministerio de Educación, *Discriminación en el contexto escolar: orientaciones para promover una escuela inclusiva* (2013), disponible en http://www.mineduc.cl/usuarios/convivencia_escolar/doc/201309131534370.Discriminacionenelespacioescolar.pdf

131 No en vano, un reciente estudio publicado en los Estados Unidos demuestra que NNA LGBTI que viven en ciudades que cuentan con escuelas de ambiente protegido, se encuentran en menor riesgo de planear e intentar suicidarse. Mark L. Hatzenbuehler et al., *Protective school climates and reduced risk for suicide ideation in sexual minority youths*, 104 American Journal of Public Health 279 (2014).

132 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-101/98, 24 de marzo de 1998, 4.1. Cabe advertir que la Corte reprochó, especialmente, que el acto discriminatorio ocurriera en un establecimiento educacional, en especial por el rol que estos ocupan en la formación de ciudadanos para la democracia.

En 2002, la misma *Corte Constitucional* de Colombia se pronunció sobre el caso de una niña a quien la directora de un colegio había negado la matrícula. La razón: “dudaba de su identidad sexual”. Si bien la Corte no consideró que hubo violación al derecho de educación de la niña –estimó que la decisión de cancelar la matrícula fue fundamentada (disciplinariamente)– la actuación del colegio frente a su orientación sexual había sido violatoria de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar. Por consiguiente, la Corte acogió la acción y ordenó al colegio abstenerse de adelantar ese tipo de actuaciones frente a decisiones que pertenecen al ámbito privado e íntimo de sus estudiantes¹³³.

En segundo término, la experiencia comparada también informa sobre **medidas positivas**, esto es, sobre situaciones en que el respeto a los derechos de NNA LGBTI no se satisface únicamente al no discriminar.

En una serie de decisiones sucesivas los tribunales de familia en **Australia** han estado decidiendo casos de NNA con *Gender Identity Dysphoria* (GID). La GID implica una discordancia entre el sexo de nacimiento de conformidad a los genitales externos, de una parte, y la propia idea o experiencia de feminidad o masculinidad, de otra¹³⁴, que causa una fuerte disconformidad en NNA. Para evitar dicha disconformidad, en una primera fase es posible realizar un tratamiento con hormonas para suprimir la pubertad (etapa uno). El objetivo es eliminar toda aflicción psicológica causada por el desarrollo no deseado del sexo biológico durante la pubertad¹³⁵, permitiendo decidir *posteriormente* si acaso se procede a un cambio de género por medio de la administración de hormonas correspondientes a la identidad de género asumida (etapa dos).

En *Re Jodie*, el *Tribunal de Familia* de Australia autorizó a la madre de una niña de 12 años de edad a comenzar la etapa uno del tratamiento¹³⁶. El tribunal basó su decisión en la responsabilidad

133 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-435/02, 30 de mayo de 2002, III.2.3 (“la represión legítima de una opción personal debe tener lugar exclusivamente frente a circunstancias que generen violaciones reales a los derechos de los demás o al ordenamiento jurídico, y no simplemente frente a vulneraciones hipotéticas o ficticias. En este sentido, el libre desarrollo de la personalidad no puede limitarse por simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa”).

“[E]l proceso educativo no puede incluir prácticas o metodologías que vulneren o desconozcan el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues ciertamente debe respetar los proyectos de vida de los educandos, mientras éstos se basen en principios y valores constitucionalmente aceptados y protegidos. En este sentido, ‘sólo quien practica la tolerancia, quien respeta la diversidad y reconoce en el “otro” a uno igual a sí mismo, tendrá capacidad y legitimidad para contribuir desde el proceso educativo a formar a los niños y a los jóvenes en un paradigma ético sustentado en dichos principios”’).

134 John Money, *The concept of gender identity disorder in childhood and adolescence after 39 years*, 20 *Journal of Sex & Marital Therapy* 163 (1994).

135 Jacqueline K. Hewitt et al., *Hormone treatment of gender identity disorder in a cohort of children and adolescents*, 196 *Medical Journal of Australia* 578 (2012).

136 *Re Jodie* [2013] FamCA 62. Al momento de decidirse este caso, la apelación de *Re Jamie* (ver infra 139) se encontraba pendiente. En *Re Jamie*, como se explicará más abajo, el Tribunal tomaría la decisión de no considerar los tratamientos de la etapa uno como tratamientos médicos, cuya autorización requiere la intervención de un tribunal, sino como facultades dentro de la autoridad parental.

parental conferida a la madre y en el interés superior del niño¹³⁷. Esto último, en atención a los severos daños sociales (sentirse diferente y desconectada con sus pares) y psicológicos (depresión y daños) que experimentaría la niña en caso de no comenzar el tratamiento prontamente¹³⁸.

En *Re Jamie*, el Pleno del Tribunal de Familia sostuvo que las decisiones relativas a los tratamientos hormonales de la etapa uno no requerían de autorización judicial¹³⁹. Para ello, el tribunal sostuvo que dichos tratamientos no correspondían a procedimientos médicos y, por lo tanto, se trataba de decisiones que se encontraban dentro de la autoridad parental. Para ello, el tribunal puso especial énfasis en el carácter reversible del tratamiento en esta etapa¹⁴⁰.

Que los tratamientos hormonales no hayan sido considerados tratamientos médicos, entonces, resultó de especial importancia para la decisión del caso —e impacta necesariamente el ejercicio de derecho de NNA— toda vez que, de conformidad a la *Family Law Act* australiana, los procedimientos médicos sí requieren de autorización judicial¹⁴¹. Como contrapartida, el tribunal sostuvo que las únicas circunstancias en las que es necesaria una intervención judicial son aquellas en que existe controversia o desacuerdo: (a) entre los padres; (b) entre los médicos tratantes y el NNA; (c) o entre un NNA competente para tomar la decisión respecto a un tratamiento médico —lo que es materia de evaluación judicial— y sus padres. En todo caso, concluyó la decisión, para la etapa dos del tratamiento y tratándose de un NNA competente para tomar la decisión, el NNA se encuentra

137 *Re Jodie*, paras. 96 y 99.

138 *Ibid.* para. 106. Citando fuentes médicas, la Corte asiente en que:

“without puberty suppression treatment she will look more and more masculine and this will increase the sense of feeling different, isolated and disconnected from her peers. I believe she will suffer significant depression and likely to feel despairing and hopeless.

I believe increasing physical masculinisation will put her at significant risk for depression and self-harm. It is also likely to undermine her personal dreams and ambitions, adding to a sense of hopelessness”.

(*Ibid.* paras. 112-113).

139 *Re Jamie* [2013] FamCAFC 110.

140 La Corte agrega:

“In summary, I conclude that stage one treatment of childhood gender identity disorder is reversible, is not attended by grave risk if a wrong decision is made, and is for the treatment of a malfunction or disease, being a psychological rather than physiological disease. As such, and absent controversy, it falls within the wide ambit of parental responsibility reposing in parents when a child is not yet able to make his or her own decisions about treatment.” *Ibid.* para. 108.

141 En rigor, bajo la s67ZC de la *Family Law Act* (1975), los tribunales se adjudicaban la facultad de autorizar tratamientos médicos que comprendían como relacionados al bienestar de NNA. La s67ZC dispone, en efecto:

“Orders relating to welfare of children

(1) In addition to the jurisdiction that a court has under this Part in relation to children, the court also has jurisdiction to make orders relating to the welfare of children.

(2) In deciding whether to make an order under subsection (1) in relation to a child, a court must regard the best interests of the child as the paramount consideration”.

libre para consentir en aquél –salvo que exista controversia¹⁴². El tribunal mencionó como criterio para decidir el caso una ley de 2013 contra la discriminación por orientación sexual, identidad de género y estatus intersexual, conforme a la cual debe respetarse el derecho de los transgéneros a vivir como miembros plenos del sexo con el que ellos se sienten compatibles¹⁴³.

Similar razonamiento se siguió en el caso de los niños *Sam y Terry*, donde el *Tribunal de Familia* confirmó la naturaleza no médica del tratamiento en etapa uno y, por ende, el derecho de los padres a consentir en el tratamiento sin intervención judicial¹⁴⁴. Sin embargo, el tribunal fue claro en establecer que uno de los límites para el ejercicio de dicha autoridad parental lo constituye el propio consentimiento del NNA –cuya competencia para tomar la decisión haya sido aceptada por el tribunal¹⁴⁵. Al igual que en los casos antes revisados, acá el tribunal también concluyó que el tratamiento satisfacía el interés superior de los niños involucrados, pues ayudaba a prevenir depresiones severas y le permitía a Terry –nacido biológicamente niña– “salir y llevar una vida normal como adolescente”¹⁴⁶, según sus propias palabras.

Las discriminaciones en contra de NNA producto de la **condición de sus padres, tutores o familiares** presentan un importante desafío para la protección de la infancia. Ello porque, no en pocas ocasiones, los daños y perjuicios en contra de NNA resultan invisibilizados frente a la situación de los adultos involucrados. Esto no quiere decir que la discriminación de la que son objeto los adultos (padres, tutores y familiares) no deba ser reparada. Lo que significa es que un acercamiento comprensivo y reforzado de la protección para NNA debe incorporar, en esas formas de reparación, los daños y perjuicios que puedan sufrir los NNA involucrados.

En **Colombia**, la *Corte Constitucional* decidió un caso de discriminación en contra de un ciudadano de los Estados Unidos de Norteamérica, en un proceso de adopción¹⁴⁷. Después de haber sido mentor de dos niños de 13 y 9 años de edad y de haberlos recibido en su casa en una visita a los Estados Unidos, solicitó su adopción al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). La agencia de adopción declaró al accionante padre adoptivo de los niños. Cuando el peticionario se presentó al ICBF junto con los niños –con el fin de despedirse de algunos funcionarios porque

142 Ibid. para. 140 d).

“If there is a dispute between the parents, child and treating medical practitioners, or any of them, regarding the treatment and/or whether or not the child is Gillick competent, the court should make an assessment about whether to authorise stage two having regard to the best interests of the child as the paramount consideration. In making this assessment, the court should give significant weight to the views of the child in accordance with his or her age or maturity”.

(Ibid. para. 140 f))

143 Ibid. para. 10 (*Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013 (Cth)*).

144 *Re Sam and Terry*, [2013] FamCA 563.

145 Ibid. paras. 64-65.

146 Ibid. paras. 107 y 109.

147 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-276/12, 11 de abril de 2012.

esa misma noche dejaban Colombia para viajar a los Estados Unidos— se entrevistó con la Subdirectora de Adopciones, ocasión en que le manifestó “su inquietud por el temor que existe en Colombia frente a la adopción por parte de personas homosexuales y dio a entender que siendo él un hombre gay, nunca fue considerado no apto para adoptar”¹⁴⁸. Una vez que dejaron el ICBF se dirigieron a la Embajada de Estados Unidos a recoger los pasaportes de los niños con las respectivas visas, momento en que se les informó que debido a una comunicación remitida por el ICBF las visas habían sido negadas. El ICBF acusó una situación de posible amenaza y procedió a ubicar a los niños en el hogar de menores del que habían salido. La Corte Constitucional revocó la medida al conocer una petición por discriminación arbitraria en razón de la orientación sexual del padre, entre otras vulneraciones. Para ello, sostuvo que el ICBF no acreditó la situación de amenaza que reclamó para revocar la medida de adopción¹⁴⁹.

A nivel regional, como se ha mencionado antes, la Corte Interamericana sostuvo en el caso *Atala*¹⁵⁰ que la orientación sexual es una categoría protegida por el principio de no discriminación reconocido en el Art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁵¹. En este sentido, y a propósito de la protección del interés superior del niño, la Corte fue enfática al disponer que,

[...] la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.

Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia¹⁵².

Más aún, la Corte sostuvo que el interés superior del niño se veía adecuadamente protegido cuando se lo invocaba de forma abstracta, “a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño...”¹⁵³. En palabras de la Corte,

[...] considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la

148 Ibid. 1.2.6.

149 Ibid. 3.3. Cfr., en el mismo sentido, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-617/14, 28 de agosto 2014 y; Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, 16 de agosto de 2010.

150 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, supra nota 14.

151 Ibid. paras. 83-93.

152 Ibid. para. 109.

153 Ibid. para. 111.

orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños¹⁵⁴.

3.2 Legislación comparada sobre NNA LGTBI

Como ha señalado UNICEF, una alternativa eficaz en la lucha contra la discriminación debe incluir medidas sociales positivas que “reconozcan y den la bienvenida” a la diversidad sexual, con el objetivo de “reconocer, proteger y promover los derechos humanos de todas las personas, con independencia de su orientación e identidad sexual real o percibida”¹⁵⁵. Tal es el caso, como se vio, de las acciones que ordenaron cirugías de reasignación sexual en Argentina, o los casos de disforia de género en Australia, donde los tribunales ordenaron la iniciación de tratamientos. Solo así, se sostuvo en dichos casos, se impedirán daños psicológicos, de una parte, y se permitirá a NNA incorporarse como miembros plenos en la sociedad.

Además de estos aportes jurisprudenciales, resulta útil considerar algunas experiencias recientes de concreción normativa en los Estados Unidos. Se trata de los reglamentos educacionales dictados en los **Estados de Massachusetts y California**, los que permiten apreciar el tipo de medidas afirmativas que la niñez LGTBI necesita para la satisfacción de sus derechos.

En *Massachusetts*, el Departamento de Educación primaria y secundaria del estado dictó unas guías destinadas a promover un ambiente inclusivo y respetuoso de los derechos de NNA¹⁵⁶. De conformidad a estas guías:

*[...] ninguna persona podrá ser excluida o discriminada en la admisión a las escuelas públicas de cualquier ciudad, o de participar en los beneficios, privilegios y cursos de estudios de aquellas escuelas, en razón de su raza, color, sexo, identidad de género, religión, origen nacional u orientación sexual*¹⁵⁷.

Las guías no solo contienen una detallada descripción de qué debe entenderse por identidad de género, sino que, además, establecen el deber de educación y capacitación del personal de las escuelas para poder tratar a NNA de una forma que sea respetuosa de su identidad de género.

Por otra parte, el *Estado de California* incorporó en su Código Educacional (sección 221.5) el derecho de los estudiantes a participar en los programas y a ocupar las instalaciones (como baños y camarines) de su elección, de conformidad a su identidad de género¹⁵⁸.

En sentido similar, cabe mencionar la legislación comparada en materia de identidad de género.

155 UNICEF, *Eliminating discrimination against children and parents*, supra nota 124, p. 1.

156 Massachusetts Department of Elementary and Secondary Education, *Guidance for Massachusetts Public Schools Creating Safe and Supportive School Environment: Nondiscrimination on the basis of Gender Identity* (2012).

157 Id.

158 Assembly Bill No. 1266, Chapter 85, An act to amend Section 221.5 of the Education Code, relating to pupil Rights (2013).

En efecto, y en términos generales, debe anotarse que la identidad de género es manifestación indisoluble de la personalidad y, por lo mismo, criterio fundamental en las relaciones sociales –de familia y con terceras personas¹⁵⁹. Para el caso de NNA, en especial, el derecho a la identidad reconocido expresamente en la CDN importa una protección no solo de aspectos relativos a su “nombre, nacionalidad u origen familiar”¹⁶⁰, sino que se extiende, también, a “su historia personal desde el nacimiento, su raza, cultura, religión, lengua, apariencia física, habilidades, identidad de género y orientación sexual”¹⁶¹.

La legislación comparada muestra avances en esta materia. La *Ley 26.743 sobre Identidad de Género*, en **Argentina**¹⁶², por ejemplo, reconoce que toda persona tiene derecho a “ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada” (Art. 1 c)). Respecto a NNA, la ley dispone que, si bien la solicitud de rectificación registral debe ser solicitada por los padres, esta debe presentarse con la anuencia expresa del NNA. Así, el Art. 5 dispone:

Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

De otra parte, que la solicitud de rectificación sea de resorte de los padres no equivale a sostener que estos gocen de discrecionalidad para iniciar el procedimiento. Así, el inc. 2º del precepto recién transcrito establece que:

Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumariísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

159 Nicolás Espejo y Fabiola Lathrop, *Identidad de género, relaciones familiares y derechos de niños, niñas y adolescentes*, Presentación ante la Comisión de Derechos Humanos del Senado de Chile, 2014, p. 3.

160 *Ibid.*, p. 11.

161 *Id.*

162 De fecha 23 de mayo de 2012.

En consonancia con lo que sostienen Espejo y Lathrop, a saber, que la identidad de género debe evaluarse en sus efectos más allá del solo cambio registral incorporando sus variantes sociales, culturales y materiales¹⁶³, el Art. 12 de la ley argentina establece:

Trato digno. Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Alguna **legislación autonómica española** es también de relevancia. Anotando una comprensión amplia de los efectos que acarrea un tratamiento adecuado de la identidad sexual o de género, el Art. 1 de la Ley Foral 12/2009 de Navarra¹⁶⁴ establece que:

El objeto de la presente Ley... es el de garantizar el derecho de las personas que adoptan socialmente el sexo contrario al asignado en su nacimiento, a recibir de la Administración Foral una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, dentro del ámbito competencial que corresponde a Navarra.

Respecto de NNA, la ley dispone en su Art. 5 que “[l]as personas transexuales menores de edad tienen pleno derecho a recibir el oportuno diagnóstico y tratamiento médico relativo a su transexualidad, especialmente la terapia hormonal”¹⁶⁵.

La Ley N° 139 de Andalucía¹⁶⁶, por su parte, dispone varias obligaciones para la Comunidad. Por su importancia, se cita en extenso:

Menores de edad.

1. Los menores de edad incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley tienen derecho a recibir de la Comunidad Autónoma de Andalucía la protección y la atención necesarias para

163 Espejo y Lathrop, *Identidad de género*, supra nota 159.

164 De no Discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, de fecha 30 de noviembre de 2009.

165 Dicha atención queda sujeta a las normas generales sobre derechos del paciente. La Ley 11/2002, de fecha 6 de mayo de 2002, establece que “b) En los casos de incapacidad legal, de personas internadas por trastornos psíquicos y de menores, el consentimiento debe darlo quien tenga la tutela o curatela. Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años”. La Ley 17/2010, sobre derechos y deberes de las personas en materia de salud, de fecha 8 de noviembre de 2010, también complementa las disposiciones en comento al reconocer que “[l]as decisiones de los menores no emancipados sobre su propia salud vendrán determinadas por su capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de las actuaciones sobre la misma, y deberán ser respetadas con los límites previstos en la legislación vigente” (Art. 48.3).

166 Ley Integral para la No Discriminación por motivos de Identidad de Género y Reconocimiento de los Derechos de las Personas Transexuales de Andalucía, de fecha 18 de julio de 2014.

promover su desarrollo integral, mediante actuaciones eficaces para su integración familiar y social.

2. En relación con lo establecido en el apartado anterior, y con pleno respeto a las competencias de la Administración del Estado, toda intervención de la Administración de la Junta de Andalucía estará presidida por el criterio rector del interés superior de los menores, evitando en lo posible situaciones de indefensión. Primará el interés superior de los menores frente a cualquier otro interés legítimo.

3. Se reconoce el derecho de los menores con disconformidad de su identidad de género a desarrollarse física, mental y socialmente en forma saludable y plena, así como en condiciones de libertad y dignidad. Ello incluye la determinación y el desarrollo evolutivo de su propia identidad de género y el derecho a utilizar libremente el nombre que hayan elegido.

4. A los efectos previstos en el apartado anterior, sus padres, tutores o representantes legales, con la expresa conformidad de los menores, que serán oídos teniendo en cuenta los principios de aptitud y capacidad progresiva, y de acuerdo con lo estipulado en la legislación nacional y autonómica en vigor, facilitarán y colaborarán con la Administración autonómica a fin de garantizar los derechos de los menores establecidos en los artículos 9 y 15 de la presente Ley.

5. Cuando por causa injustificada sea imposible tramitar las solicitudes a las que se refiere el artículo 9 de la presente Ley por parte de los padres, tutores o representantes legales de la persona menor de edad, se podrá recabar por parte de la Consejería competente en materia de atención a la infancia y adolescencia la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los menores.

6. Los menores incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley tienen pleno derecho a recibir la atención sanitaria necesaria para garantizar el desarrollo equilibrado y saludable de su identidad de género, con especial atención en la etapa de la pubertad, de conformidad con las recomendaciones médicas internacionales en materia de transexualidad, que en todo caso han de ser compatibles con los principios inspiradores de esta Ley. En todos los casos, la atención sanitaria que se les preste se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, aprobada por el Parlamento de Andalucía, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

7. La Consejería competente en materia de atención a la infancia y adolescencia velará por los derechos de las personas menores en relación a los problemas específicos de identidad de género.

Finalmente, como se anotaba antes, su ámbito de preocupación trasciende los aspectos formales de la identidad de género¹⁶⁷

4. NNA INDÍGENAS

Tomando las palabras del Comité de los Derechos del Niño, el estándar normativo de esta sección asume el deber de los Estados de reconocer y respetar “la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado”, motivo por el cual los Estados son llamados a garantizar su preservación¹⁶⁸.

Las amenazas contra estos objetivos son especialmente preocupantes en el caso de NNA indígenas. Ser niño e indígena, implica estar relacionado con barreras producto de la pobreza, ingresos, educación y cultura, trabajo, salud, acceso a la vivienda e instituciones de cuidado y justicia¹⁶⁹. Resulta difícil pensar en circunstancias más propicias para profundizar la vulnerabilidad de NNA. Los niños indígenas afrontan considerables dificultades para ejercer sus derechos. En contra de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, los niños indígenas continúan siendo objeto de graves discriminaciones en una serie de ámbitos, en particular su acceso a la atención de salud y a la educación¹⁷⁰. Para afrontar esta especial condición de vulnerabilidad de la niñez indígena, el Comité de los Derechos del Niño ha llamado a considerar a NNA como parte de los grupos que necesitan de medidas positivas que salvaguarden sus derechos. Así, indica que:

[...] los niños indígenas están comprendidos entre los que necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños. En particular, se insta a los Estados partes a que consideren la aplicación de medidas especiales para que los niños indígenas puedan acceder a servicios culturalmente apropiados en los ámbitos de la salud, la nutrición, la educación, las actividades recreativas, los deportes, los servicios sociales, la vivienda, el saneamiento y la justicia juvenil¹⁷¹.

167 La Ley dispone, además, de medidas de intervención más amplias. Así, por ejemplo, el Art. 15 d) señala que es deber de la Comunidad Autónoma de Andalucía,

“d) Crear y promover programas de coordinación entre los sistemas educativo, sanitario y social, orientados especialmente a la detección y a la intervención ante situaciones de riesgo que pongan en peligro el desarrollo integral de los menores que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer”.

168 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 11 (2009), Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, CRC/C/GC/11, para. 18.

169 Mary Ellen Turpel-Lafond, *More than Words: Promoting and protecting the rights of indigenous children with international human rights instruments*, en *Realizing the UN Declaration on the rights of Indigenous Peoples: Triumph, Hope, and Action* 169 (Jackie Hartley et al. eds., Purich: 2010), p. 172.

170 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 11, *supra* nota 168, para. 5.

171 *Ibid.*, para 25. El destacado es nuestro.

Como se advierte de la Observación General Nº 11 del Comité de los Derechos del Niño, la especificidad que reclaman las regulaciones para NNA indígenas estriban en la especial, pero ineludible, consideración que debe darse al acceso “culturalmente apropiado” a los derechos. Esto quiere decir no solamente que el contenido sustantivo de los derechos debe ser culturalmente adecuado, sino que, también, los procedimientos conforme a los cuales se evalúa el mayor o menor respeto del deber estatal. Se trata no solo de reconocer la variedad cultural, sino que, además, de “otorgar legitimidad a las representaciones y concepciones culturalmente distintas como también a sus prácticas”¹⁷². Para ello es preciso avanzar en el reconocimiento de la desigualdad (social, cultural y material) imperante para, desde allí, construir una nueva forma de ciudadanía “que convi[va] a partir de relaciones cada vez más horizontales”¹⁷³, que impacte sus prácticas institucionales.

La práctica que se evalúa a continuación muestra que, tratándose de NNA, el deber estatal no se satisface confiriendo a las comunidades un control total sobre la suerte (en términos de la satisfacción) de los derechos de NNA¹⁷⁴. La práctica muestra, mejor dicho, que se buscan mecanismos y modelos que permitan garantizar la protección del derecho a la igualdad y no discriminación, alcanzando un balance adecuado entre el interés del Estado de asegurar y garantizar los derechos de NNA, por un lado, y el respeto al derecho de las comunidades indígenas a la autodeterminación, por otro¹⁷⁵. En cualquier caso, esta especificidad (medidas positivas, acceso culturalmente apropiado, protección de derechos y la consideración al derecho al autogobierno de las comunidades) no puede resolverse sino a través de medidas igualmente específicas que permitan flexibilizar las prácticas institucionales construidas, a veces irreflexivamente, sobre la base de una hegemonía cultural¹⁷⁶.

4.1 Jurisprudencia comparada sobre NNA indígenas

Con motivo de casos en materia de **acceso a la educación**, la *Corte Constitucional* de **Colombia** ha desarrollado el deber de especificidad de los derechos para NNA indígenas. En términos generales, la Corte sostiene que el Estado tiene el deber de garantizar a NNA indígenas los derechos generales consagrados en la Constitución y las leyes, pero que, además, tiene el deber de dotar a estos derechos de la propia especificidad cultural que reclama su satisfacción en el contexto de comunidades indígenas¹⁷⁷. A propósito de acciones de tutela presentadas por comunidades

172 UNICEF-Universidad Católica de Temuco, *Interculturas: instrumento para la medición de criterios interculturales en los programas que trabajan con infancia* (UNICEF: 2013), p. 4.

173 *Ibid.*, p. 5.

174 *Id.* (“El cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas no es sólo una cuestión que compete a los pueblos indígenas de manera aislada, sino que involucra al conjunto de la sociedad”).

175 Sonia Harris-Short, *Aboriginal Child Welfare, Self-Government and the Rights of Indigenous Children: Protecting the vulnerable under International Law* (Ashgate: 2012), p. 15.

176 UNICEF-Universidad Católica de Temuco, *Interculturas*, *supra* 172, p. 9.

177 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-049/13, 5 de febrero de 2013.

indígenas de ese país que reclamaban la falta de nombramiento “en propiedad” de etnoprofesores para las escuelas en territorios indígenas, la corte sostuvo que existía una violación a los derechos “colectivos a la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, a la no intervención del gobierno en la esfera del gobierno indígena, al derecho a guiarse por sus usos y costumbres, y especialmente a la protección de su identidad cultural mediante la garantía de una educación especial o etnoeducación”¹⁷⁸.

La Corte sostuvo que:

[...] a los miembros de las comunidades indígenas les asisten no solo todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, sino que adicionalmente son adjudicatarios de derechos específicos con enfoque diferencial. Así, estas comunidades son titulares de derechos colectivos fundamentales cuyo reconocimiento y garantía es necesaria para su existencia y conservación como sujetos jurídicos con autonomía e identidad propia, dentro de los cuales adquiere una relevancia especial para su permanencia y desarrollo, el derecho a una educación especial, étnica y cultural, que corresponda a su cultura y responda a sus específicas necesidades de conservación étnica y cultural (...)

*Igualmente, este Tribunal ha resaltado el doble aspecto que proyecta el derecho fundamental a la educación cuando de las comunidades indígenas y de sus miembros se trata, ya que en este caso su fundamentalidad no sólo se deriva de su carácter universal, sino también de la aplicación de un enfoque diferencial étnico, esto es, del derecho fundamental a la diversidad e identidad étnica y cultural, propio de estas*¹⁷⁹.

Este deber de enfoque diferencial para satisfacer los derechos de NNA indígenas, ha sostenido la Corte, impone al Estado el deber de garantizar el acceso material a un modelo educativo en tales condiciones. Así, la misma Corte había sostenido en su sentencia T-907/11¹⁸⁰ que:

*[...] el Estado debe garantizar un modelo de sistema educativo congruente con sus manifestaciones culturales y forma de vida. De igual manera, el ingreso y la administración de dicho sistema educativo debe hacerse en concertación con los miembros de las comunidades indígenas. En efecto, es a través de la educación, que los bienes inmateriales de una cultura se transmiten de una generación a otra, y es por medio de aquella que se asegura la supervivencia de las etnias en su condición de entidades jurídicas y sociales con autonomía e identidad propia*¹⁸¹.

178 Ibid. 2.

179 Ibid. 5.1.

180 Corte Constitucional de Colombia, 1 de diciembre 2011.

181 Ibid. 2.5.5.

En concordancia con lo indicado más arriba, no basta que el Estado garantice y provea de un sistema educativo con enfoque diferencial. Debe, además, diseñar e implementar ese modelo educativo “en concertación con los miembros de las comunidades indígenas”¹⁸².

En **Canadá**, las partes en disputa por el cuidado personal y relación directa y regular de NNA, deben presentar (con evidencia) planes de cuidado y crianza para el NNA. En ese contexto, una corte de Ontario sostuvo en *Karaim v. Karaim* (1991) que, cuando un NNA ha sido criado en un entorno de fuerte herencia cultural, el plan de cuidado y crianza debe incluir referencias encaminadas a demostrar que dicha herencia se mantendrá¹⁸³. La necesidad de mantener contacto con la herencia cultural y religiosa, sobre todo en casos en que el padre con derechos de cuidado personal activamente afecte su mantención, puede operar como un criterio para conferir derechos de relación directa y regular—como sostuvo una corte de Ontario en *Cormier v. Abu-Safat*, 2004¹⁸⁴. En *Kelly v. Kelly* (2004), finalmente, una corte de Ontario confirió el cuidado personal a la madre, luego que esta demostrara en su propuesta de plan de cuidado, que se aseguraría que el niño seguiría en estrecho contacto con, y activa participación en, la comunidad indígena del padre¹⁸⁵.

De allí que el estándar en casos en que se decide la suerte de un NNA indígena sea el de considerar la herencia y cultura aborígen. Desde luego, de esto no se sigue que la sola herencia cultural, y el deber de preservar los lazos con ella y la comunidad, sea el único criterio que se tomará en cuenta, pero sí que la determinación de cuál es el interés superior del niño lo considerará¹⁸⁶. En *Algonquins of Pikwakanagan First Nation v. Children’s Aid Society of Toronto*,¹⁸⁷ la Corte Superior de Ontario debía decidir sobre la adopción de tres niños. El servicio social de Toronto había entregado los niños al cuidado de los padres que postulaban a su adopción. La comunidad *Algonquins of Pikwakanagan* presentó un recurso para impedir la finalización del procedimiento en curso y para que, en cambio, se confiriera la adopción a una familia de la misma comunidad. La Corte rechazó el recurso, no sin antes hacer importantes apreciaciones para lo que acá concierne. En primer término, la Corte sostuvo que el servicio social cuenta con procedimientos que aseguran que la herencia cultural de los niños será reconocida y preservada—esto, en concordancia con la

182 Id. En sentido similar, la Corte sostuvo, en su sentencia T-049, que:

“Finalmente, es de resaltar la especial importancia que connota la participación de la comunidad étnica como requisito necesario y obligatorio para la garantía efectiva del derecho fundamental a la etnoeducación de las comunidades étnicas. La participación de la comunidad étnica tiene importancia crucial para la satisfacción de los anteriores componentes reseñados del derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los miembros de dichos pueblos. A este respecto, el Relator de Naciones Unidas ha enfatizado que se requiere que las comunidades étnicas “puedan participar libremente en todas las etapas de planeación, diseño, implementación y evaluación de estas reformas [a la etnoeducación]” (6.2. vi).

183 Sheilagh O’Connell y Anita Volikis, *The 2010 Annotated Ontario Children’s Law Reform Act* (Carswell: 2009), p. 123.

184 Id.

185 Ibid. p. 124.

186 Olthuis, Kleer y Townshend LLP, *Aboriginal Law Handbook* (Carswell: 2012 4ª ed.), p. 347.

187 [2004] O.J. No. 1740.

ley¹⁸⁸. Sin embargo, continuó la Corte, el reconocimiento y preservación de la herencia indígena es uno de los diferentes criterios que concurren en la determinación de las medidas que mejor satisfacen el interés superior del niño¹⁸⁹.

De todas formas, cabe anotar que la disposición de la Corte en este caso aparece clara cuando esta niega que se hubiera acreditado que la crianza de la comunidad de los *Algonquins of Pikwakanagan* fuera única o especial y por ende protegida constitucionalmente¹⁹⁰. En rigor ello no es lo que demanda la ley, sino que el reconocimiento y mantención de la herencia cultural. Adoptando un razonamiento extremadamente formal, la Corte sostuvo que dicha herencia era reconocida, y no se ponía en peligro, por el solo hecho que los niños seguirían manteniendo su estatus de indígenas y su calidad de miembros de la comunidad¹⁹¹.

Finalmente, debe advertirse que en materia de **justicia criminal** algunas jurisdicciones, como Canadá, han abierto espacios para medidas alternativas de justicia o, como se la he denominado en Colombia, justicia especial indígena. De conformidad a la regla general establecida en el Código Criminal de Canadá, los tribunales deben considerar el hecho que las personas indígenas que cometen delitos se enfrentan a, y provienen de, diferentes circunstancias culturales y sistemáticas¹⁹². El mismo mandato se incorporó en la Ley de Justicia Adolescente (*Youth Criminal Justice Act*) en 2002¹⁹³. Esto, según estableciera la Corte Suprema de Canadá en *R. v. Gladue*, supone que el objetivo de la ley es reducir los elevados niveles de sobrerrepresentación de indígenas en las prisiones¹⁹⁴. Para ello –insistió el tribunal– los tribunales deben alcanzar un ajuste y sentenciar adecuadamente según las circunstancias del caso concreto¹⁹⁵. Los tribunales deben atender las

188 Ibid., para. 24.

189 Id.

190 Ibid., para. 41.

191 Ibid., para. 46.

192 Olthuis, Kleer y Townshend LLP, *Aboriginal Law Handbook*, *supra* nota 186, p. 590.

193 De conformidad a la sección 38.2(d) de la Ley,

“(2) A youth justice court that imposes a youth sentence on a young person shall determine the sentence in accordance with the principles set out in section 3 and the following principles,

(d) all available sanctions other than custody that are reasonable in the circumstances should be considered for all young persons, with particular attention to the circumstances of aboriginal young persons”.

194 Desde luego que los objetivos están lejos de ser satisfechos. En Canadá, como en otros países con población indígena, la presencia penal adolescente indígena sometida a la justicia criminal se encuentra sobrerrepresentada en comparación a la población no indígena. Véase National Council of Welfare, *First Nations, Métis and Inuit Children and Youth: Tome to Act* (National Council of Welfare: 2007), pp. 95-96. En sentido similar, se ha sugerido que la falta de establecimientos y, finalmente, de inversión del Estado en mecanismos alternativos (distintos a la privación de libertad) de cumplimiento de sentencias puede terminar afectando los efectos declarados de la ley. Sanjee v Anand, *Crafting youth sentences: the roles of rehabilitation, proportionality, restraint, restorative justice, and race under the Youth Criminal Justice Act*, 40 Alta. L. Rev. 943 (2002-2003).

195 Olthuis, Kleer y Townshend LLP, *Aboriginal Law Handbook*, *supra* nota 186, p. 591.

circunstancias específicas de la vida indígena y que difieren de las personas no indígenas¹⁹⁶. Específicamente, los que comenzaron desde entonces a ser conocidos como los principios *Gladue* ordenan considerar los factores de contexto y trasfondo que pueden haber influido en la comisión del delito. Tomando en cuenta esos factores, el tribunal debe ponderar cuál de los diferentes cursos de decisión mejor recoge la herencia y conexión indígena del imputado¹⁹⁷. Esto no quiere decir que las sentencias para NNA indígenas serán necesariamente diferentes de las sentencias contra NNA no indígenas, pero sí que el acercamiento del tribunal a la hora de determinar qué forma de sentencia mejor satisface los objetivos de la ley lo será¹⁹⁸.

Estos principios, según se ha apuntado, imponen nuevos criterios normativos que influyen en la asistencia legal, en la forma de funcionar (y decidir) de los tribunales y en las propias comunidades¹⁹⁹. En primer lugar, los abogados y las abogadas deberán recopilar la información necesaria que les permita acercarse a las circunstancias específicas de imputados indígenas y así, de paso, informar al tribunal. Esto supone que los tribunales contemplen los espacios de tiempo adecuado para que ello ocurra²⁰⁰ y que supervisen el trabajo de la defensa²⁰¹. De otra parte, la defensa deberá ser activa en proponer al tribunal un enfoque de justicia restaurativa, ofreciendo, de conformidad a las circunstancias específicas recopiladas para el caso concreto, medidas alternativas a la prisión de libertad. Medidas, en otras palabras, que mejor respondan a las circunstancias culturales, sociales y materiales del imputado (y, por extensión, de su comunidad)²⁰². En segundo lugar, los principios también afectan el trabajo de los tribunales: Jueces deberán capacitarse en la historia de los pueblos indígenas, así como contemplar tiempos más largos para lograr un juzgamiento adecuado²⁰³. Finalmente, las comunidades indígenas también se ven impactadas por *Gladue* al tener que acercarse e involucrarse con el proceso de decisión.

196 [1999] 1 S.C.R. 688, para. 66:

“How are sentencing judges to play their remedial role? The words of s.718.2(e) instruct the sentencing judge to pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders, with the implication that those circumstances are significantly different from those of nonaboriginal offenders. The background considerations regarding the distinct situation of aboriginal peoples in Canada encompass a wide range of unique circumstances, including, most particularly:

(A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and

(B) The types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection”.

197 Olthuis, Klee y Townshend LLP, *Aboriginal Law Handbook*, *supra* nota 186, p. 591.

198 *Id.*

199 Judge M.E. Turpel-Lafond, *Sentencing with a Restorative Justice Paradigm: procedural implications of R. v. Gladue*, 43 *Crim. L. Q.* 34 (1999-2000).

200 Una corte de Saskatchewan, por ejemplo, aplazó las audiencias de un juicio por meses para permitir una asistencia legal adecuada, entre lo que consideró esta recopilación de información. *Ibid.* p. 38.

201 *Ibid.* p. 39.

202 *Ibid.* pp. 41-42.

203 *Ibid.* p. 45.

Por ejemplo, y considerando una práctica que muestra los nuevos roles tanto para tribunales como para comunidades, varias cortes han implementado mecanismos alternativos de juzgamiento conocidos como los círculos de sentencia o de reparación (*sentencing/healing circles*)²⁰⁴. Estos círculos se componen de miembros de la comunidad indígena, la víctima, el imputado, la policía, el (que en este caso sería) Ministerio Público y la defensa. En ocasiones, además, concurre el juez. El objetivo de estos círculos es el de adoptar una forma de justicia restaurativa que está mejor capacitada para comprender y considerar el contexto cultural de los miembros de las comunidades indígenas asociadas. Además, operan como mecanismos de castigo y prevención dentro de las propias comunidades. En efecto, en dichos círculos se recogen testimonios de todas las personas involucradas, que apuntan a entender el impacto del comportamiento criminal del involucrado²⁰⁵. Su objetivo es lograr un consenso respecto a la solución a adoptar, consenso que, en todo caso, no obliga al tribunal²⁰⁶.

En **Colombia**, por su parte, la *Corte Constitucional* ha tenido la oportunidad de delinear los criterios para la justicia especial indígena en relación con el respeto y remoción de los derechos de NNA²⁰⁷. Invocando el Código de la Infancia y Adolescencia, la Corte sostuvo que es deber del Estado “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”²⁰⁸. Además, identificó lo que denominó el interés superior del niño indígena. Al respecto, sostuvo que:

*[...] el principio pro infans se ha venido reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada*²⁰⁹.

Esta especificidad en la protección de NNA indígenas, afirma con fuerza la Corte, está encaminada a revisar y, según corresponda, derogar y modificar toda práctica de asimilación que impida a NNA indígenas mantener su identidad²¹⁰. En concreto, citando el principio del interés superior del niño indígena, la Corte sostiene que:

204 Nicholas Bala, *Youth Criminal Justice Law* (Irwin Law: 2003), p. 49.

205 *Ibid.* p. 424.

206 Desde luego, si el consenso involucra el consentimiento de la víctima será especialmente considerado por el tribunal. *Id.*

207 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-001/12, 11 de enero de 2012 (acogiendo tutela y permitiendo, de esta forma, que una madre y su hija, menor de edad, recurrieran a la justicia ordinaria a efectos de decidir sobre el cuidado personal de la hija de esta).

208 *Ibid.* 4.3.3.

209 *Ibid.* 4.3.5.

210 *Ibid.* 4.3.6-13

[...] existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio proinfans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad²¹¹.

Como resulta evidente y la Corte colombiana ha resuelto en consonancia, habrá casos en que la justicia especial indígena deberá ceder (principio que, debe advertirse con especial énfasis, opera también en caso de la justicia ordinaria) frente a la protección de los derechos fundamentales de NNA, sin que se deje de observar la especial condición de estos en tanto indígenas. Acá la Corte entrega un interesante criterio de solución normativa para estas disputas (jurisdiccionales). Preferir lo que denomina consenso intercultural, antes que la imposición de parámetros extraños a las comunidades. Así, señala que estos conflictos deben apuntar al:

[...] consenso intercultural y la solución de las tensiones a partir de instancias de diálogo, comunicación y concertación. De esta manera se constata la irrupción de una normatividad reglamentaria de carácter ‘mixto’ o ‘sincretica’ ya que se conjugan para la solución de los casos relacionados con niños indígenas, instancias gubernamentales y autoridades indígenas, proveyendo igualmente la participación a los menores de edad en las decisiones que les afectan²¹².

4.2 Legislación comparada en materia de NNA indígenas

En conclusión, las obligaciones del Estado respecto de NNA indígenas deben obedecer al deber transversal de tomar en consideración su cultura. No de cualquier forma, sino que –como indicara el Comité– apropiadamente. Esto significa que el Estado no cumple sus obligaciones si diseña y/o implementa mecanismos de garantía de derechos sin la participación de los pueblos afectados. Por el contrario, el Estado debe permitir la intervención de la comunidad indígena (incluidos los

211 Ibid. 4.3.23.

212 Id.

propios NNA indígenas) de conformidad a sus procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas²¹³.

Como se ha señalado, en especial respecto a la justicia criminal, en muchas ocasiones las medidas positivas que adopta el Estado tienen por finalidad reparar las injusticias históricas cometidas en contra de los pueblos indígenas. Más, todavía, si se considera que estas formas de injusticia histórica se traducen en afectaciones concretas a la igualdad material de las comunidades (como ocurre con las altas tasas de privación de libertad).

Un modelo intercultural está orientado a abrir espacios significativos –entendidos como capaces de producir influencia– para la participación de las comunidades indígenas a las que pertenecen los individuos. La experiencia legislativa comparada muestra que ha existido un tránsito desde el reconocimiento de la especificidad cultural indígena a la demanda por intervención y autodeterminación de la comunidad indígena sobre la vida familiar de sus miembros. A partir del resurgimiento de esta demanda desde las comunidades, y su relativa recepción en los diferentes arreglos legislativos, Terri Libesman identifica cuatro modelos: (i) modelos de completa autonomía, donde se reconoce jurisdicción indígena sobre todos los asuntos legislativos, judiciales y administrativos referentes a NNA indígenas; (ii) modelos de jurisdicción compartida, donde destaca la transferencia de algunas funciones a las comunidades indígenas; (iii) delegación de alguna autoridad y funciones de cuidado de NNA a las comunidades indígenas, pero con jurisdicción para decidir en manos del Estado; y, (iv) modelos tradicionales donde las comunidades indígenas participan solo proveyendo información (de diferente índole) a las estructuras ya existentes²¹⁴.

Colombia asoma como una experiencia particularmente rica a observar. En primer lugar, debe anotarse que el *Código de la Infancia y la Adolescencia* reconoce en su Art. 3º a los NNA como titulares de derechos. Respecto de NNA indígenas, el Parágrafo 2º de ese mismo precepto establece que:

En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política.

El Art. 13 de la misma ley, establece el principio de amplitud de derechos, estos es, reconoce que los NNA indígenas gozarán de los derechos de los que gozan las demás personas, “sin perjuicio de

213 Parfraseando el lenguaje de las obligaciones de consulta que impone el Convenio No 169 de la OIT (Art. 6. 1 letra a).

214 Terri Libesman, *Child welfare approaches for Indigenous communities: international perspectives*, 20 Australian Institute of Family Studies (Autumn 2004), pp. 3-4.

los principios que rigen sus culturas y organización social”²¹⁵. La realidad de Colombia contrasta con la reglamentación chilena pues, como se ha señalado, en el marco legal de Chile no hay referencias a NNA indígenas como titulares de derechos. Sí hay, en cambio –por su especificidad– alguna reglamentación de la ley en materia de becas para el acceso a la educación.

La *Child and Family Services Authorities Act* de Manitoba, **Canadá**, por ejemplo, reconoce que todos los padres, las familias, las familias extendidas y las comunidades tienen el derecho y la responsabilidad relativos a la mantención de la unidad familiar. Para ello, dispone la ley, “el desarrollo e implementación de programas... debe respetar los valores, creencias, costumbres y comunidades tradicionales [de los pueblos indígenas], reconociendo el rol tradicional que ha cabido a la mujer en la adopción de decisiones relativas a la familia y la comunidad”²¹⁶.

A su vez, la *Children, Young Persons, and their Families Act*, de **Nueva Zelanda** (1989), al identificar los principios que rigen la aplicación de la ley, dispone que, cuando sea posible, “la relación del niño o adolescente con su familia, whanau hapu, iwi, y grupo familiar debe mantenerse y fortalecerse” (S.5 (b)).

La experiencia comparada también ilustra el deber del enfoque diferencial o de interculturalidad. Un ejemplo de ello es la **prohibición de políticas educativas que fuercen (o hayan forzado) la asimilación** de NNA indígenas al modelo educativo general. Esto puede ocurrir, por ejemplo, mediante la imposición del deber de asistir a las escuelas en comunidades en que se carece de una oferta educativa intercultural. Mientras los Estados –como hemos visto anteriormente– reclamarán que deben velar por el derecho de NNA a recibir educación, para el caso de NNA indígenas hemos visto que este deber es más exigente al demandar condiciones culturales apropiadas. Es por ello, por ejemplo, que la *Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades de Australia*, al revisar la política de asimilación educativa forzosa de NNA indígenas, concluyó recomendando (i) la reforma inclusiva de los currículos escolares, con el objeto de incluir módulos sobre la historia y los continuos efectos de la remoción forzada de NNA indígenas de sus comunidades; y (ii) asegurar que las organizaciones indígenas se encuentren adecuadamente financiadas para proveer a las comunidades indígenas de educación sobre la historia y los efectos de la remoción forzada de NNA indígenas; entre otras²¹⁷.

215 El texto completo es el siguiente:

“Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social”.

216 Preámbulo de la *Child and Family Services Authorities Act* (C.C.S.M. c. C90, 2003).

217 Barbara Ann Hocking y Margaret Stephenson, *Why the persistent absence of a foundational principle? Indigenous Australians, proprietary and family reparations, en* Reparations for Indigenous Peoples. International and Comparative Perspectives (Federico Lorenzini ed., Oxford University Press: 2008), pp. 483-487.

Ahora bien, de lo que se ha dicho hasta aquí no se sigue que los intereses de la comunidad siempre triunfarán por sobre los del Estado –aunque esto dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. La *Child and Family Services Act* de Ontario, **Canadá**, por caso, reconoce una preferencia para que las comunidades indígenas puedan proveer sus propios servicios de asistencia a la familia y NNA. Ello, por cierto, con el objetivo de asegurar que dicha provisión se realice de una manera que sea culturalmente apropiada²¹⁸. Sin embargo, es la propia ley la que declara que este es un objetivo primordial adicional (“*additional purposes of this act*,” en el lenguaje de la S.1 1(2)) que debe interpretarse consistentemente con el interés primordial principal de la ley, a saber, “la promoción del interés superior, la promoción y el bienestar del niño” (S.1 1(1)).

Muy recientemente, la *Corte Suprema* de los **Estados Unidos** decidió un caso entre el padre biológico de una niña (Verónica) y los padres adoptivos de esta²¹⁹. De conformidad a los hechos, el padre –miembro de la Nación Cherokee– terminó su relación con la madre de Verónica mientras esta estaba embarazada, cediendo sus derechos parentales. Nacida Verónica, la madre inició los procesos para conferirla en adopción. Mientras el trámite de adopción se encontraba pendiente, el padre invocó la *Indian Child Welfare Act* (ICWA) para impedir la materialización y solicitar la custodia de la niña. No obstante la Corte Suprema decidió mantener el procedimiento de adopción, resulta de interés advertir las regulaciones de la ICWA.

La ICWA tiene por propósito evitar la separación involuntaria de NNA y sus familias indígenas²²⁰. La Corte explicó los elevados estándares que, de conformidad a la legislación en comento, deben satisfacerse para que la separación sea posible. En primer lugar, cualquier parte que busque poner término involuntario a la relación de un NNA con su familia debe acreditar que se han adoptado esfuerzos activos (i.e. programas de rehabilitación o servicios de reparación familiar) para impedir la separación. Segundo, los tribunales no podrán ordenar la separación involuntaria sino cuando se acredite “con evidencia más allá de toda duda razonable, incluyendo el testimonio de testigos expertos, que de continuar el NNA con su padre o tutor indígena es posible que resulte un serio daño emocional o físico para el niño”²²¹. Tercero, en lo que concierne a la determinación

218 S.1 1(2) “The additional purposes of this Act, so long as they are consistent with the best interests, protection and well being of children, are:

4. To recognize that, wherever possible, services to children and their families should be provided in a manner that respects cultural, religious and regional differences.

5. To recognize that Indian and native people should be entitled to provide, wherever possible, their own child and family services, and that all services to Indian and native children and families should be provided in a manner that recognizes their culture, heritage and traditions and the concept of the extended family”.

219 *Adoptive Couple v. Baby Girl*, 133 S.Ct. 2552 (2013).

220 *Ibid.* p. 2557.

221 *Ibid.* pp. 2557-2558.

del lugar de adopción, la Corte sostuvo que habrá de preferirse “(1) a un miembro de la familia extendida del NNA; (2) a otro miembro de la comunidad indígena (Indian child’s tribe); (3) a otras familias indígenas”²²². Similar criterio se estableció en la *Children, Young Persons and their Families Act neozelandesa*²²³. Como se aprecia, se trata de un estándar difícil de satisfacer, de una parte, pero donde la definición de los intereses en juego incorpora a la comunidad indígena de los involucrados, de otra²²⁴.

También se ha involucrado a la comunidad indígena en el deber de preservar la herencia cultural indígena. Esto quiere decir que dicho deber no queda solo en manos de los padres de los NNA involucrados. La Ley de Servicios de Familia e Infancia de Ontario, por ejemplo, confiere un rol amplio para que la comunidad indígena participe en las audiencias que definen el futuro de un NNA indígena. Así, en los procedimientos en que se busca transferir el cuidado personal de un NNA a los servicios de asistencia para la infancia, la comunidad debe ser informada. Ello la habilitará para designar representantes y participar en las audiencias²²⁵. En *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. F (R.L.)*, por ejemplo, la Corte Suprema de Nueva Escocia confirió los derechos de cuidado personal al padre no indígena, pero lo hizo bajo la condición de que este informara al jefe de la comunidad indígena su dirección y teléfono y que lo consultara formalmente en materias relativas a la enseñanza de la cultura indígena al niño²²⁶.

222 Ibid. p. 2558.

223 S.13 (2) “In determining the welfare and interests of a child or young person, the court or person must be guided by the principle that children and young people must be protected from harm and have their rights upheld, and also the principles in section 5 as well as the following principles:

(b) the principle that the primary role in caring for and protecting a child or young person lies with the child’s or young person’s family, whanau, hapu, iwi, and family group, and that accordingly—

(i) a child’s or young person’s family, whanau, hapu, iwi, and family group should be supported, assisted, and protected as much as possible; and

(ii) intervention into family life should be the minimum necessary to ensure a child’s or young person’s safety and protection”.

224 En el caso en comento, la Corte estimó que el padre, al haber cedido sus derechos parentales antes del nacimiento de la niña, había quedado fuera de las hipótesis de protección de la ley que resguardan los derechos “del padre que haya ejercido el cuidado *continuo* del niño.” En ese contexto —determinó la Corte— el procedimiento de adopción estaba lejos de ser una remoción involuntaria. Se trata, de todas formas, de un asunto en desarrollo. Algunos comentaristas han sugerido que la lectura que las cortes han hecho de la ICWA la ha dejado sin significancia práctica o que la Corte ha adoptado la interpretación más estrecha y menos protectora de los derechos de las comunidades indígenas. *Vease* Mike Gottlieb, *Details: Adoptive Couple v. Baby Girl*, disponible en <http://www.scotusblog.com/2013/06/details-adoptive-couple-v-baby-girl/>

225 Ibid. pp. 348-349.

226 [2002] 1 C.N.L.R. 221 (N.S.S.C.).

V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El orden constitucional chileno contiene disposiciones relevantes, pero insuficientes, cuando se las mira desde la óptica de la protección de los derechos de NNA. A su vez, la legislación ordinaria contiene disposiciones que se expresan en un lenguaje amplio y vago –de textura abierta– y, por lo mismo, llevan a debates relativos a las obligaciones que específicamente pesan sobre el Estado. Este ha sido, por ejemplo, el problema que presentan algunos de los preceptos de la denominada Ley Antidiscriminación. ¿Establece esta la ley obligaciones positivas a favor de las personas (incluidos los NNA)?

Las legislaciones comparadas en materia de igualdad y no discriminación y, más específicamente, las leyes de protección integral de la infancia (o las disposiciones que en las leyes antidiscriminación hacen mención expresa de NNA como titulares de los derechos allí enunciados), vienen a llenar ese vacío. Estas disposiciones, como se ha mostrado, tienen la virtud de conferir una protección adecuada e integral a los derechos de NNA.

En particular, el desarrollo jurisprudencial y legislativo comparado contiene diversos ejemplos de garantías reforzadas a favor de los NNA en general, y ciertos grupos especialmente vulnerables de ellos. En esta situación se encuentran los NNA con capacidades diversas, los NNA migrantes y sus familiares, los NNA LGTBI y los NNA indígenas. Dada su especial posición de vulnerabilidad frente al ejercicio material de sus derechos (igualdad, educación, salud, identidad, vida familiar, entre otros), resulta indispensable reconocer un catálogo expreso de garantías reforzadas en su favor. Dichas garantías, como se ha sugerido a lo largo de este estudio, dan cumplimiento al interés superior del niño y al derecho a la igualdad y la no discriminación, en particular.

En base a estas consideraciones generales y particulares, para una protección integral de los derechos de NNA a la luz del principio de igualdad y no discriminación, se formulan las siguientes recomendaciones:

1. El principio de igualdad y no discriminación requiere tomar en cuenta la experiencia general de vulnerabilidad de los NNA frente al mundo adulto. De lo anterior se desprende la necesidad de que el legislador *precise expresamente* aquellos estándares de protección de los derechos de NNA en materia de igualdad, además de las referencias generales al interés superior del niño.

2. A su vez, la especificidad del principio de igualdad y no discriminación implica reconocer e intentar revertir la especial posición de vulnerabilidad que experimentan *ciertos tipos de NNA*.
3. En base a esta obligación general, es altamente recomendable que las leyes de protección integral o de garantías de los derechos de la infancia identifiquen expresamente una serie de *garantías reforzadas* para el derecho a la igualdad y la no discriminación de NNA, en especial: a) titularidad de derecho a la igualdad y no discriminación, con mención expresa a la prohibición de discriminación; b) reconocimiento amplio de las categorías o causas de discriminación y; c) ampliar la protección de la cláusula de igualdad y no discriminación a la familia extendida del NNA.
4. Además, y en línea con la CDN y la legislación comparada, estas disposiciones deben incluir expresamente entre los motivos prohibidos de discriminación, aquellas categorías que sitúan a NNA en condiciones de *especial vulnerabilidad*, entre ellos:
 - a. NNA con capacidades diversas
 - b. NNA migrantes y sus familiares (estatus migratorio)
 - a. NNA LGTBI (identidad de género)
 - a. NNA indígenas
5. Sin perjuicio de ello, y por la especial posición de vulnerabilidad en la que se encuentran, las leyes de protección integral o de garantías de los derechos de la infancia, debieran incluir *algunas normas explícitas* a favor de NNA con capacidades diversas, migrantes, LGTBI e indígenas. Entre dichas normas explícitas se podrían encontrar, por ejemplo, el derecho de los NNA migrantes a: a) ser inscriptos, tener un nombre y una nacionalidad, con independencia del estatus migratorio de sus padres; b) acceder a los derechos sociales y; c) a la protección de la familia migrante.
6. En este mismo orden, resulta necesario que una ley de protección integral o de garantías de los derechos de la infancia reconozca expresamente el derecho de los NNA con capacidades diversas a: a) que el Estado y los privados realicen “*ajustes razonables*” en el espacio físico y social; b) acceder y permanecer, en condiciones de igualdad e inclusión, en el sistema educacional y; c) gozar de su pleno derecho a la salud física y mental, incluida su salud sexual y reproductiva.
7. En el mismo sentido, necesario para cautelar los derechos de los NNA LGTBI, que una ley de protección integral o de garantías de los derechos de la infancia incluya disposiciones tendientes a: a) reconocer y facilitar el ejercicio de su derecho a la identidad civil o

- registral, conforme a criterios de auto-identificación; b) prevenir y protegerlos de toda forma de discriminación y violencia, especialmente en el ámbito escolar y; c) promover una cultura de inclusión y respeto por la diferencia de género.
8. Finalmente, respecto a los NNA indígenas, una ley de protección integral o de garantías a los derechos de la infancia debiera contemplar, a lo menos, garantías explícitas que:
 - a) reconozcan el derecho de estos NNA a la protección de su propia cultura, incluida su lengua y costumbres ancestrales;
 - b) los protejan de toda forma de violencia, incluida aquella de carácter estructural e institucional;
 - c) consideren sus necesidades particulares y;
 - d) precisen el derecho que les asiste a participar y ser consultados, en toda materia que les afecte (incluida la propia determinación del contenido de una ley de protección integral o de garantías a los derechos de la infancia).
 9. Sin perjuicio de aquellas disposiciones fundamentales a favor de ciertos NNA en una ley general de protección integral o de garantías a los derechos de la infancia, ellas no debieran ser entendidas como suficientes. Tales normas deben ser consideradas, en cambio, como complementarias a otras reglas especiales a favor de los NNA, que deben ser precisadas en las leyes sectoriales o temáticas (ej: ley de migraciones; ley de responsabilidad penal adolescente; leyes de educación, salud, etc.).
 10. La protección adecuada de la igualdad, así como la prevención de la discriminación, importa el reconocimiento expreso del deber del Estado de no discriminar, como asimismo el deber de adoptar las *acciones positivas* que permitan alcanzar una igualdad material.
 11. Esto implica que el deber del Estado comprende una serie de obligaciones que trascienden la sola adopción de medidas administrativas, judiciales y legislativas, para transformarse en materias de la *Política Nacional de Infancia* (y del Plan de Acción que le siga). El Estado debe, así, prever recursos financieros y humanos, así como determinar las estructuras institucionales que faciliten, promuevan y garanticen que las garantías legales reforzadas a favor de los NNA, se cumplan materialmente.
 12. El desafío institucional por contar con garantías reforzadas a favor de la igualdad de NNA migrantes y sus familias, con capacidades diversas, LGTBI e indígenas debe ir acompañado del desarrollo expreso de una *cultura* de la igualdad, la no-discriminación, la interculturalidad y la inclusión social, con pleno respeto a la diferencia. Dicho desafío debiera estar explícitamente reconocido en la Política Nacional de Infancia (y el Plan de Acción respectivo).

