

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señora Campillai y señor Castro González, que modifica la ley N° 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia, con el objeto de conceder a niños, niñas y adolescentes el derecho a otorgar su consentimiento para la realización de tratamientos médicos, en las circunstancias que indica.

I. Idea Matriz

Modificar el artículo 40 de la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, fortaleciendo los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la atención en salud.

I. Fundamentos

Este proyecto forma parte de uno de los tres proyectos que presentaremos con el objeto de desarrollar y materializar en nuestra legislación de una manera más exhaustiva los derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser informado, emitir opinión, ser escuchado e incidir en las decisiones que les afectan.

Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, y por lo tanto obligatoria para nuestro país, establece en su artículo 12 estableciendo los derechos del niño a formarse un juicio propio, expresar su opinión libremente y a ser escuchado, prescribiendo que:

“Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”

Sobre las distintas dimensiones de este derecho consagrado en el artículo 12 de la Convención de derechos del niño, podemos observar que se desprenden distintos derechos de los cuales son

sujetos los niños niñas y adolescentes, como el de ser informado, emitir opinión, ser escuchado e incidir en las decisiones. Al respecto, la UNICEF ha afirmado:

A partir del artículo 12 de la CDN, podemos extraer los siguientes componentes fundamentales de la participación:

SER INFORMADO: niños, niñas y adolescentes participantes reciben información sobre los temas que les interesan, adaptada a sus capacidades y adecuada en cantidad y calidad.

EMITIR OPINIÓN: oportunidad que tienen niños, niñas y adolescentes de contar con un espacio que les permita exponer ideas y propuestas sobre temas que los involucran directamente o que les interesan, dándoles la posibilidad de formarse una opinión propia a nivel individual y/o colectivo.

SER ESCUCHADO: derecho que tienen niñas, niños y adolescentes a que sus opiniones sobre distintos temas que les interesan o involucran directamente sean recibidas y respetadas por los adultos.

INCIDIR EN LAS DECISIONES: derecho que tienen niños, niñas y adolescentes a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en las decisiones que se toman sobre los asuntos que los involucran directamente o que les interesan”².

A pesar de este reconocimiento internacional, y que a su vez la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, garantiza el derecho a ser escuchado de los niños niñas y adolescentes en el artículo 28³, todavía existen ciertos aspectos

² UNICEF. Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes, serie de formación sobre el enfoque basado en los derechos de la niñez, módulo 4, p. 5. Disponible en la página web: <https://www.unicef.org/chile/media/7031/file/Mod%204%20derecho%20participacion.pdf>

³ Artículo 28.- Derecho a ser oído. Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que sus opiniones sean oídas y debidamente consideradas, de acuerdo con su edad, madurez y grado de desarrollo, en los procedimientos o actuaciones administrativas o judiciales en que se decida sobre alguna cuestión particular cuya determinación pueda afectar sus derechos o intereses, especialmente en el ámbito familiar, escolar, sanitario, comunitario, administrativo y/o judicial. En el ejercicio del derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidad, seguridad, recepción de apoyo, libertad y adecuación de la situación.

Los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, velarán para que en los procedimientos en que participe directamente un niño, niña o adolescente existan medios adecuados a su edad, madurez y grado de desarrollo, con el objeto que éste pueda formarse un juicio propio y pueda expresarlo. Especialmente, velarán por el empleo de un lenguaje y entrega de información necesaria de un modo adecuado a su capacidad de entendimiento y procurarán que se tengan en cuenta las necesidades lingüísticas de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a grupos que lo requieran.

Los niños, niñas y adolescentes podrán manifestar su opinión por sí mismos o a través de la persona que designen. En los casos en que esto no fuere posible, los órganos de la Administración o la autoridad judicial dispondrán de las medidas necesarias, presenciales o remotas, para el cumplimiento del derecho.

Los órganos del Estado deberán, en el ámbito de sus competencias, establecer mecanismos efectivos para garantizar este derecho en los procedimientos administrativos y judiciales.

Los establecimientos educacionales, de salud o cualquier otra institución que provea servicios destinados a la protección o satisfacción de los derechos del niño, niña o adolescente deberán disponer los medios para oír efectivamente a los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos estén siendo afectados. Cuando no sea posible atender a las opiniones del niño, niña o adolescente, la autoridad respectiva deberá explicarle de un modo comprensible las razones de ello y dejar constancia fundada de esta decisión.

que pueden ser mejorados legislativamente para asegurar la materialización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a formarse un juicio propio, expresar su opinión libremente y a ser escuchado.

Esta situación ha sido identificada por el Comité de los Derechos del Niño, que recomendó en el año 2015 en sus “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile” la realización de reformas para reforzar el derecho a ser escuchado de los niños, niñas y adolescentes, estipulando que:

“29. A la luz de su observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, el Comité recomienda al Estado parte que adopte medidas para reforzar ese derecho con arreglo al artículo 12 de la Convención ”⁴.

Bajo este contexto, uno de los aspectos que hemos identificado en relación con esta temática y que será materia de este proyecto de ley son los derechos que el Estado debe garantizar a los niños, niñas y adolescentes en relación con la atención de salud.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, ha señalado en su Observación General N° 12, relativa al derecho del niño a ser escuchado que los niños, niñas y adolescentes puedan participar en las decisiones relativas a su propia atención médica, estipulando que:

“99. El Comité señala que hay varias cuestiones distintas pero interrelacionadas que es necesario considerar respecto de la participación de los niños en las prácticas y decisiones relativas a su propia atención de salud.

100. Se debe incluir a los niños, incluidos los niños pequeños, en los procesos de adopción de decisiones de modo conforme a la evolución de sus facultades. Se les debe suministrar información sobre los tratamientos que se propongan y sus efectos y resultados, en particular de manera apropiada y accesible para los niños con discapacidades ”⁵.

El Comité ha profundizado en esta obligación desarrollando la confidencialidad de la atención sin el consentimiento de los padres, prescribiendo que:

“101. Es necesario que los Estados partes introduzcan leyes o reglamentos para garantizar el acceso de los niños al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el

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

⁵ Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12.

consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño. Es necesario que los niños tengan ese tipo de acceso, por ejemplo, en los casos en que estén experimentando violencia o maltrato en el hogar o necesiten educación o servicios de salud reproductiva, o en caso de que haya conflictos entre los padres y el niño con respecto al acceso a los servicios de salud. El derecho al asesoramiento y consejo es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad.”⁶.

Además, el Comité ha expresado la posibilidad de establecer una edad fija de consentimiento, sin excluir la posibilidad de que el menor pueda dar su consentimiento de acuerdo a sus capacidades, al afirmar que:

“102. El Comité celebra que en algunos países se haya establecido una edad fija en que el derecho al consentimiento pasa al niño, y alienta a los Estados partes a que consideren la posibilidad de introducir ese tipo de legislación. Así, los niños mayores de esa edad tienen derecho a otorgar su consentimiento sin el requisito de que haya habido una evaluación profesional individual de su capacidad, después de haber consultado a un experto independiente y competente. Sin embargo, el Comité recomienda enérgicamente que los Estados partes garanticen que, cuando un niño menor de esa edad demuestre capacidad para expresar una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento, se tome debidamente en cuenta esa opinión.”⁷.

En el caso de la participación en investigaciones y ensayos clínicos, el Comité ha sido categórico en la necesidad de suministrar información clara, mencionando que:

“103. Los médicos y las instituciones de atención de salud deben suministrar información clara y accesible a los niños sobre sus derechos con respecto a su participación en la investigación pediátrica y los ensayos clínicos. Deben estar informados sobre la investigación para que pueda obtenerse su consentimiento otorgado con conocimiento de causa, aparte de otras salvaguardas de procedimiento.”¹⁷.

En la misma línea, en la Observación General N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, del año 2013, el Comité de los Derechos del Niño estipuló la obligación de los estados de velar por que todos los servicios y programas relacionados con la

⁶ Ibid.

⁷ Comité de los Derechos del Niño (2009). Op. Cit.

salud infantil cumplan los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Dentro del criterio de accesibilidad, el Comité incorporó la no discriminación, a la accesibilidad física, la accesibilidad económica y la accesibilidad a la información, desarrollando el último tipo de accesibilidad bajo el siguiente tenor:

“112. Los Estados deben velar por que todos los servicios y programas relacionados con la salud infantil cumplan los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

b) Accesibilidad

114. El elemento de accesibilidad presenta cuatro dimensiones:

(.. J d) Accesibilidad de la información. Debe proporcionarse a los niños y sus cuidadores información sobre promoción de la salud, estado de salud y opciones de tratamiento en un idioma y un formato que sean accesibles y claramente inteligibles”⁸.

En esta línea el mismo Comité de los Derechos del Niño, recomendó en el año 2015 en sus “Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile”:

“29. A la luz de su observación general núm. 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, el Comité recomienda al Estado parte que adopte medidas para reforzar ese derecho con arreglo al artículo 12 de la Convención. A tal fin, el Comité recomienda al Estado parte que:

*a) Asegure la aplicación efectiva de leyes en que se reconozca el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos relativos a sus derechos, en particular la educación, **la salud**, la justicia y los asuntos relativos a la familia” (el destacado es nuestro)⁹.*

Por su parte, nuestra Defensoría de la Niñez, señaló en su informe "Recomendaciones con enfoque en derechos de la niñez y adolescencia para el periodo presidencial 2022-2026", la necesidad de una reforma de este tipo, expresando:

“Fortalecer la normativa sobre derechos de la niñez y adolescencia en materia sanitaria. Se propone realizar una revisión de las políticas y normativas que apunten a mejorar los procesos de consentimiento, registro de información, posibilidades de diagnóstico y respeto del derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones”¹⁰.

⁸ Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación General N° 15, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, CRC/C/GC/15.

⁹ Comité de los Derechos del Niño (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, CRC/C/CHL/CO/4-5.

¹⁰ Defensoría de la Niñez (2021). Recomendaciones con enfoque en derechos de la niñez y adolescencia para el periodo presidencial 2022-2026, p.41. Disponible en la página web:

<https://www.defensorianinez.cl/recomendaciones-para-periodo-presidencial-2022-2026/>

En este aspecto, podemos observar que la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, ha sido un gran avance en esta materia, al garantizar el derecho a la salud y a los servicios de salud en el artículo 38, expresando en su inciso segundo que los niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en el Título II de la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, de la siguiente manera:

“Artículo 38.- Derecho a la salud y a los servicios de salud. Todo niño, niña y adolescente, con independencia de su edad y estatus migratorio, tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y a servicios y procedimientos de medicina preventiva, tratamiento de las enfermedades y rehabilitación de la salud.

Los niños, niñas y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en el Título II de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, en la forma prescrita en dicha ley y sus reglamentos. En especial, tienen derecho a contar con la compañía de familiares, cuidadores o personas significativas para él, tanto en las atenciones ambulatorias como en las hospitalizaciones, salvo cuando motivos clínicos aconsejen lo contrario, debiendo el Estado velar por la efectividad de este derecho...”

Por su parte, esta misma ley en su artículo 40, ha regulado los deberes de información sobre la salud y el consentimiento informado, estableciendo que:

“Artículo 40.- De la información sobre la salud y el consentimiento informado. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho, de acuerdo con su edad y estado de madurez, a obtener información completa sobre su salud y su desarrollo, así como sobre el proceso sanitario que deban recibir. Los prestadores de salud públicos y privados adoptarán las medidas pertinentes para garantizar este derecho, siempre de conformidad con el principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Asimismo, todo niño, niña o adolescente que se encuentre internado en un establecimiento de salud será informado del tratamiento que recibe y de las demás circunstancias propias de su internación de acuerdo a su edad, madurez, grado de desarrollo y estado, en cada oportunidad que sea examinado.

Para el caso de que se requiera contar con el consentimiento establecido en el artículo 14 de la ley N° 20.584, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, deberá dejarse constancia de que el niño, niña o adolescente ha sido informado y que se le ha oído, tomando en consideración su edad, madurez y grado de desarrollo”.

De esta manera, podemos observar que a pesar de los avances de esta nueva normativa, las obligaciones internacionales contraídas por Chile, y las recomendaciones de los organismos internacionales competentes en esta materia, hacen necesaria la modificación de esta regulación, con el objeto de fortalecer los derechos a ser informado, emitir opinión, ser escuchado e incidir en las decisiones que les afectan de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la atención de la salud.

En este orden de ideas y considerando lo anteriormente expuesto, podemos concluir lo esencial que se vuelve la modificación la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, para poder fortalecer y aterrizar los derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes en el contexto de la atención en salud de acuerdo a la recomendación del Comité de los Derechos del Niño y nuestra propia Defensoría de la Niñez

III. **Contenido**

Considerando el marco regulatorio expuesto en el capítulo anterior, este proyecto modifica la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 40, incorporando nuevos elementos a considerar en cuanto al derecho a información y consentimiento informado de los niños, niñas y adolescentes en la atención sanitaria.

IV. **Proyecto de Ley**

Artículo único. Modifíquese el artículo 40 de la Ley N° 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, incorporándose entre el inciso primero y segundo, los siguientes nuevos incisos segundo y tercero:

“Los niños, niñas y adolescentes, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño, tendrán derecho a otorgar consentimiento respecto de su tratamiento sin autorización alguna de los padres o cuidadores, a los 12 años de edad. Los niños, niñas y adolescentes menores de 12 años, podrán prestar su consentimiento si se demuestra la capacidad para hacerlo por un profesional. No obstante lo anterior, siempre los niños, niñas y adolescentes tendrán la posibilidad de expresar una opinión con conocimiento de causa sobre su tratamiento y a que se tome debidamente en cuenta su opinión por parte de su médico o centro de salud.

Los niños, niñas y adolescentes tendrán acceso al asesoramiento y consejo médico

confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño. Se tendrá especial consideración en el caso de que el niño, niña o adolescente esté experimentando violencia o maltrato en el hogar o necesite educación o servicios de salud reproductiva, o en caso de que haya conflictos entre los padres y el niño, niña o adolescente con respecto al acceso a los servicios de salud".