

**Comentarios sobre el proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de la Niñez.  
Comisión Especial de Niños, Niñas y Adolescentes  
Boletín 10.315 – 18**

## **1. Introducción**

Desde que se ratificara la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1990, tanto los operadores del sistema como las organizaciones de la sociedad civil, hemos demandado una reestructuración de la institucionalidad en materia de infancia, para que ésta estuviera acorde con los desafíos impuestos por la Convención.

Sería injusto, hasta incluso falaz, decir que nada se ha hecho desde 1990 a la fecha. Sin embargo, las modificaciones que ha tenido el Servicio Nacional de Menores (que data desde la década del 70) no están a la altura de estándares mínimos de derechos humanos en materia de niñez. No solo porque se trata de un servicio que solo atiende al 3% de los niños y niñas del país, sino porque los fundamentos normativos no se ajustan a la doctrina del enfoque de derechos que debiera inspirar nuestro sistema.

Cuando cifras de UNICEF indican que el 74% de los niños y niñas del país -de manera transversal a su condición socioeconómica- reconocen haber sido víctimas de alguna forma de maltrato y que frente a ello carecemos de respuesta estatal, y por cierto, la permanente crisis del Sename que arrastra ya varios años; la aprobación de la ley que crea el sistema de garantías de los derechos de la niñez se requiere con urgencia, para que bajo su alero se pueda articular un sistema de protección universal que prevenga, proteja, promueva y garantice los derechos fundamentales de los niños y niñas; y un sistema de protección especializado que logre restituir los derechos humanos vulnerados de niños, niñas y adolescentes.

## **2. Situación actual.**

Nuestro país carece de políticas universales de protección de los niños, niñas y adolescentes, articuladas bajo una ley marco que las elabore, coordine y ejecute. Solo cuenta con un precario sistema de protección especial frente a vulneraciones graves de derechos, que es administrado -en la práctica- por el Poder Judicial, ya que casi la totalidad de la oferta programática con la que cuenta el país a través del Servicio Nacional de Menores y sus organismos colaboradores, solo es accesible a través de una medida de protección decretada por el Tribunal de Familia competente.

Este proyecto que se encuentra en discusión, viene a ser el primer peldaño para el diseño de una nueva institucionalidad, que verdaderamente proteja y promueva los derechos fundamentales de la niñez, y ahí radica la urgencia de su aprobación; toda vez que de esta norma depende que la generación de un sistema institucional fundado en el enfoque de derechos humanos.

### 3. Fortalezas

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo en septiembre de 2015 fue objeto de serias críticas por parte de múltiples actores, como los jueces de familia y la Corte Suprema, la sociedad civil, académicos y expertos en materia de infancia.

Desde Corporación Opción, puntualizamos que nos parecía preocupante que el reconocimiento de derechos quedara sujeta a la disposición presupuestaria, la cual estaba mencionada alrededor de 18 veces a lo largo de todo el proyecto que se presentó a discusión en el Cámara de Diputados. Eso mejoró, pero nos sigue preocupando que el reconocimiento de derechos haya quedado bajo el fraseo “hasta el máximo de recursos disponibles y de no ser suficiente, acudir a la cooperación internacional”; ello, porque baja el estándar de la Convención. Porque hay derechos que son de exigibilidad inmediata, como el derecho a ser oído, el derecho a no ser discriminado o el derecho a vivir en familia. Lo referente a los recursos disponibles, dice relación con los derechos económicos, sociales y culturales, que, por su contenido prestacional, se exige a los estados su aseguramiento progresivo, de acuerdo con los recursos que el Estado dispone y sin regresión una vez que se han garantizados.

En el primer trámite, observamos también, que la definición otorgada en relación con el principio del interés superior era sumamente restrictiva y se formulaba desde una óptica tutelar, que contravenía lo establecido en la CDN y en la observación general número 14 del Comité de los Derechos del Niño. Por ello, estimamos que la actual redacción dispuesta en el artículo 10 es correcta. Y al contrario de lo que la profesora Yasna Otárola exponía la semana pasada, estimamos que el contenido del interés superior del niño debe quedar claramente establecido en la norma, ello, porque su interpretación jamás puede ir en el sentido contrario que éste tiene, que dice relación con la íntegra satisfacción de sus derechos. La jurisprudencia indica que, de no entregar esa definición con claridad, se pueden cometer grandes arbitrariedades como fue el caso de Karen Atala, que significó una condena por parte de la Corte Interamericana contra Chile el año 2012. Por ello, estimamos que se entregan buenos elementos para efectos de poder determinar en el caso concreto el interés superior, saliendo de la lógica tutelar que el proyecto original contenía.

Estimamos que el proyecto de ley, luego de su tramitación, tiene fortalezas que nos importa relevar. Ellas, tienen que ver especialmente con los siguientes puntos:

- Reconoce expresamente que los niños y las niñas, son sujetos de derecho y ello, sin lugar a duda, es un avance respecto de nuestra actual legislación, que tiene como norma fundante la Ley de Menores, la cual está regida por la doctrina de la situación irregular. Asimismo, valoramos la incorporación de la autonomía progresiva como principio fundante de la ley marco, ya que materializa la condición de sujetos de derecho de niños, niñas y adolescentes.

- También celebramos que el proyecto establezca la obligación para los órganos del Estado que en su cuenta pública –que por ley deben rendir año a año- deban incluir información relativa a la gestión de políticas, planes, programas, acciones y a la priorización y ejecución presupuestaria de los recursos destinados a la niñez, a las iniciativas destinadas a ella, aprobadas y en ejecución. Esto, es una norma que insta a los órganos públicos a acciones concretas que deben realizar y además es una norma que facilita la transparencia y el acceso a la información en materia de infancia que, en la actualidad, es sumamente difícil conocer.
- En relación con el catálogo de derechos que el proyecto contempla, nos parece valioso:
  - el reconocimiento expreso al derecho a la protección social de la infancia, contemplado en el artículo 15,
  - el reconocimiento a la protección de la identidad de género dispuesto en el artículo 19, que viene a abordar un tema que ha sido muy resistido en los sectores más conservadores, dejando en la completa indefensión a niños y niñas cuya identidad de género es distinta a su sexo, generando situaciones de discriminación y violencia que hoy no es posible resolver por la vía normativa,
  - la consagración del derecho a ser oído (artículo 21), como un derecho indispensable para materializar el interés superior del niño y el respeto a su autonomía progresiva,
  - el derecho a participar (artículo 24) en los asuntos que le conciernen, generando la obligación para el Estado de velar por la incorporación progresiva de los niños en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades ciudadanas.
  - el derecho a la información (artículo 27), consagrando la obligación de los órganos del Estado de que la información relevante para el desarrollo de los niños sea fácilmente accesible y esté disponible en un formato y lenguaje apropiado, considerando especialmente a los niños en situación de discapacidad,
  - en relación con el derecho a la salud (artículo 29) en su inciso penúltimo hace expresa mención sobre la imposibilidad de negarle derechos sexuales y reproductivos a los niños en situación de discapacidad.

#### **4. Preocupaciones y Desafíos**

Valorando los avances que el proyecto tuvo en su extensa tramitación en la Cámara de Diputados, nos preocupan algunas de las disposiciones que se consagraron toda vez que, en nuestra opinión, desdibujan el objetivo central de una ley de esta naturaleza, cuyo principal propósito es generar un marco de promoción y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Nuestra preocupación, que fue compartida por la relatora para la niñez de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Esmeralda Arosemena, se sitúa en relación con otorgarle titularidad de derechos en forma análoga a los niños y niñas y al feto, lo cual es absolutamente inédito en nuestro ordenamiento jurídico, y probablemente en la región. Otorgar exactamente el mismo reconocimiento a los niños y niñas y al nonato, en primer lugar, estimamos que hace perder el foco de

protección que tiene esta ley marco, que dice relación con el reconocimiento de derechos y establecimiento de garantías de niños, niñas y adolescentes. Ellos, en los hechos, no tienen las mismas condiciones que los nonatos, los cuales son objeto de protección de las leyes propias de la protección de la maternidad. Ya que, si insistimos en igualarlos en protección, se presentan dificultades de orden práctico, como, por ejemplo, si deben pagar Isapre desde su concepción, si son beneficiarios de la asignación familiar, etc. Absurdos como lo anteriormente expuesto, se producen cuándo se intenta regular materias que no son atingentes a este proyecto de ley.

Nuestra opinión es, si el legislador quiere regular materias relativas al nonato, debe hacerlo en virtud de las normas de protección a la maternidad, y no, en una ley de garantías de la niñez; ya que desnaturaliza su finalidad.

Por otra parte, estimamos que este proyecto actual, tiene un déficit importante en materia de institucionalidad y de concretar efectivamente lo que el proyecto pretende, esto es, establecer un sistema de garantías de los derechos de la niñez.

En primer término, nuestra preocupación dice relación con una dificultad orgánica, toda vez que los artículos referidos a la institucionalidad a cargo de materializar los derechos consagrados y garantías establecidas, fueron rechazados por la Cámara, lo cual deja al proyecto sin un área de concreción de sus disposiciones.

Asimismo, el título tercero, cuyo fin era establecer las normas referidas a la protección administrativa y judicial, quedó reducido a dos artículos, uno sobre el derecho de los niños a contar con defensa jurídica y otro que establece un deber general de los órganos de la administración de proveer servicios sociales.

Por una parte, nos parece que esa consagración sobre el derecho a la defensa jurídica es poco clara, y cabe preguntarse qué significa ello en concreto: ¿los niños tendrán capacidad procesal para iniciar procesos?, ¿se les faculta para contratar a un abogado?, ¿quién materializa el derecho a contar con defensa especializada?, ¿ello aplica en procedimientos administrativos y judiciales? Y, por otra parte, esa obligación de deber general de los órganos del Estado solo deja un mar de ambigüedad, ya que no se expresa cómo se realiza esa tarea en los territorios.

Estos dos artículos, son absolutamente insuficientes. Sin perjuicio de entender que esta ley es una ley marco, que pretende hacer una regulación general de las materias relativas a la promoción y protección de los derechos de los niños y niñas, estimamos necesario que a lo menos las definiciones básicas de protección administrativa y judicial deben estar mencionadas en este proyecto; como así también, la enunciación del despliegue territorial institucional que generarán las disposiciones de esta ley.

De lo contrario, nos podemos ver enfrentados a un buen catálogo de derechos, que no tiene mecanismos para su materialización.

Por último, en relación con la preocupación de algunos sectores de incorporar los deberes de los niños y niñas en esta ley, como también lo refirió la profesora Otárola, tal como lo

hizo la legislación española en el año 2015, nos parece absolutamente improcedente. Dicha norma, regula cosas como que “los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas” o “respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible” Más allá de la precisión lingüística de que post Convención, no se usa la denominación “menores”, sino niños, niñas y adolescentes; cabe preguntarse con qué herramientas le pedimos a los niños y niñas que cumplan con ese deber; entendiéndolos como sujetos en desarrollo, que requieren protección reforzada del Estado y tienen el derecho de ser orientados y educados preferentemente por las familias.

Ahora, más relevante aún es indicar que, en materia de derechos humanos, los deberes son para el Estado y no para los sujetos de protección de una norma de esta naturaleza.

Luego, y a mayor abundamiento, entendiendo que a los niños y niñas les asiste el derecho preferente de ser educados y orientados en el ejercicio de sus derechos por sus familias, son éstas quienes impondrán los límites y deberes que estimen necesarios, no el Estado. Y esta es una ley de garantías de los derechos de la niñez que sitúa al Estado como garante de derechos y le impone obligaciones a sus órganos en ese sentido, no como un ente formativo de las conductas de los niños, niñas y adolescentes, que además, en su condición de sujetos de derecho, están subordinados a la ley que norma las conductas sociales de todos quienes forman la comunidad política, con garantías reforzadas atendida su especial condición de vulneración al ser menores de edad.