MINUTA ANÁLISIS PROYECTO DE LEY DE SISTEMA DE GARANTÍAS DE LA NIÑEZ (BOLETÍN 950-263)

8-08-2017

Carmen Domínguez Hidalgo

Profesora Titular Derecho Civil PUC

Directora Centro UC de la Familia

Consejera Colegio de Abogados de Chile. A.G

1) Cuestiones generales

   Resaltar importancia de la materia en juego: infancia.

2) Necesidad de elaborar y desarrollar una política de infancia estatal y no gubernamental ante la realidad de que tenemos: a) una legislación dispersa, no coordinada, b) donde ha habido una proliferación de planes que revelan una ausencia de mirada de largo plazo (plan protege MINJU 2016, Plan RPA Minju 2015, planes presentados ya creada la Comisión nacional de Infancia) insuficiente reacción (1303 muertes) y c) diagnóstico complejo, envuelve a todos los poderes del Estado y al mundo privado.

3) Complejidad de análisis del Proyecto de Garantías
   a) No puede juzgarse por sí solo sino en conexión con los otros proyectos en trámite y otros que debiesen haberse enviado. Esa valoración conjunta se hace compleja por la técnica legislativa adoptada al enviarse los proyectos a distintas Cámaras. La Comisión Especial de Infancia creada en el Senado debiese estar viendo en conjunto todos ellos como única forma de hacer una revisión global y sistémica.
   b) Por todo lo anterior, sino están conectados y no se aprueba una institucionalidad entera este proyecto puede quedar en una declaración programática de buenas intenciones
   c) En particular, ello depende de dos aspectos imprescindibles que deben ser apuntados de entrada:
      c.1) disponibilidad de recursos destinados a financiar el sistema general. El proyecto aprobado por la Cámara avanza al modificar la fórmula del proyecto original en que parecía que todo estaba condicionado a si se disponían de recursos y lo sustituye por la fórmula dispuesta en la

Convención de los derechos del niño de “hasta el máximo de los recursos disponibles en el país, debiendo el Estado en caso de no ser suficientes, acudir a la cooperación internacional”.

No obstante, la disposición financiera debe ser la primera cuestión a despejar.

c.2) responsabilidad directa de las autoridades encargadas de desarrollar la política. Otro elemento esencial para que lo que se diseña y legisla sea efectivo es la determinación anticipada de responsabilidad en quienes están encargados de llevar a cabo los planes o programas acordados. Así lo revela la experiencia comparada. El proyecto aprobado por la Cámara avanza en ese sentido al incluir en las rendiciones de cuenta por parte de los órganos de la administración del Estado (arts10 y repetido en el 11) en el art.10 en lo relativo a gestión de políticas públicas, planes, etc y en el art.11 del cumplimiento del principio de prioridad en la formulación y ejecución de las políticas públicas en la materia.

Pero se requiere una asignación expresa de responsabilidad.

Un ejemplo claro y muy importante de cómo puede legislarse cubriendo los dos aspectos recién referidos porque corresponde a un país con una realidad económica y social muy cercana a la nuestra es la de Colombia en su Código de la Infancia y de la Adolescencia de 2006 (Ley 1098 de Colombia de 2006) cuyo artículo 204 dispone que: Son responsables del diseño, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas de infancia y adolescencia en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal, el Presidente de la República, los gobernadores y los alcaldes. Su cumplimiento será sancionado disciplinariamente como causal de mala conducta. La responsabilidad es indelegable y conlleva a la rendición pública de cuentas. En el nivel territorial se deberá contar con una política pública diferencial y prioritaria de infancia y adolescencia que propicie la articulación entre los Concejos Municipales, Asambleas y Congreso Nacional, para garantizar la definición y asignación de los recursos para la ejecución de la política pública propuesta.

El Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación, con la asesoría técnica del ICBF deberá diseñar los lineamientos técnicos mínimos que deberán contener los planes de desarrollo, en materia de infancia y adolescencia teniendo en cuenta el ciclo de vida, el enfoque de garantía y restablecimiento de derechos.

El gobernador y el alcalde, dentro de los primeros cuatro (4) meses de su mandato, realizarán el diagnóstico de la situación de la niñez y la adolescencia en su departamento y municipio, con el fin de establecer las problemáticas prioritarias que deberán atender en su Plan de Desarrollo, así como determinar las estrategias a corto, mediano y largo plazo que se implementarán para ello".

Esta norma ha determinado todo un sistema de medición permanente del estado de avance de las políticas de infancia, absolutamente original en el contexto latinoamericano.

4) Rápida revisión del proyecto (muchos aspectos que apuntar).

La revisión de un proyecto que aspira a la protección integral o general y que debe distinguirse del de protección especializada obliga a escrutarlo desde los elementos que ella supone. Seguiremos ese orden entonces.

4.1) Perspectiva de reconocimiento de sujeto de derechos del niño

El proyecto cumple con ello intentando hacer una ordenación sistemática de derechos o principios. La mayor parte de ellos ya forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, sea mediante leyes (Código Civil, Ley Tribunales de Familia, Ley de Matrimonio Civil) o por incorporación de la Convención de los Derechos del Niño. Por lo mismo, uno podría preguntarse la utilidad de reiterarlos, pero se entiende que lo que se pretende es sistematizarlos o llenar de contenido algunas garantías constitucionales en materia específica de infancia.

4.1.1) Avances del proyecto aprobado en la Cámara:

En esa tarea, se avanza en algunos casos: a) precisión de criterios para determinar el interés superior del niño, relevante al ser concepto jurídico indeterminado, sigue modelo de la ley española (art. 2 Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia) pero los modifica y convendría revisar si esas modificaciones se justifican a la luz de la experiencia española (los textos no deben copiarse sino previa revisión de su aplicación práctica); b) introducción expresa del principio de no separación de los hermanos biológicos (art. 20), c) incorporación del derecho a la representación, en especial a la judicial especializada que es uno de los aspectos más relevados por los jueces de

familia y que es uno de los proyectos más urgentes a aprobar (art. 35) En el contexto de ese marco de garantías, se apunta como una necesidad urgente la de garantizar de forma efectiva a los niños con una asesoría y defensa técnica para la representación de sus intereses en el juicio a fin de garantizar una adecuada defensa.

Ello no se satisface con la posibilidad genérica de la designación por el juez de un curador *ad litem* como sucede actualmente, pues esta se traduce, en la mayoría de los casos, en una designación automática de un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial solo para casos en que los intereses del niño son independientes o contradictorios frente a sus representantes legales, obviándose el caso de que ellos carezcan de representante legal.

4.1.2) Aspectos a mejorar

Por otro lado, deben relevarse distintos aspectos que deben ser perfeccionados

a) El proyecto al ser uno de protección integral plantea la complejidad de establecer una normativa que responda a las necesidades de las distintas realidades de infancia (niños que viven con sus padres comprometidos en su formación, niños que viven con padres enfrentados en ellos, niños que viven con uno solo de los padres y en el abandono del otro, niños cuyos derechos son vulnerados por sus padres o entorno familiar o que carecen de padres o familia). Debe entonces encontrarse un equilibrio en la intervención estatal pues, en la mayor parte de los casos ella es injustificada y vulnera la soberanía familiar pero, en otros, los menos ella es plenamente justificada.

   En ese sentido, el proyecto debe ser perfeccionado para evitar que algunas de sus normas sean leídas como lo ya lo han sido como una vulneración del deber preferente de los padres de educar a sus hijos garantizado constitucionalmente en el art.19 n°10.

   En ese sentido, debe ser revisada la formulación de los arts. 22 (libertad de expresión sin censura previa, expresión de opiniones por sí mismo salvo que esté impedido de hacerlo, búsqueda de información libre, olvidando que el rol de los padres ahí es esencial pues es expresión y opinión, no orientada pueden causar graves daños al niño y a otros, la realidad de los adolescentes actuales con el uso de los medios,art.23 no pueden modificarse los derechos fundamentales consagrados en el 19

nro. 6 la libertad no es de pensamiento sino de conciencia, art. 25 (derecho a la vida privada, debe conciliarse mejor el inc.1 con el 2, los padres deben siempre poder promover y orientar), art.27 revisar parte final inc1 acceso a la información pública, art. 28 modifica garantía del art.19.n10 que es el derecho y deber preferente de los padres a educar sus hijos y no como se está consignando, art. 34 debe ajustarse a las normas de capacidad del Código Civil, se refiere a autonomía en general lo que es no es correcto, por lo pronto, no puede abarcar la contractual o la sanitaria sin entrar en contradicción con otros cuerpos legales

Debe insistirse en que el legislador puede llenar de contenido las garantías constitucionales, pero no puede modificarlas ni afectarlas en esencia por la reserva legal.

Debe perfeccionarse la referencia del compromiso del Estado con las familias: Perfeccionar art. 15 que es insuficiente porque sólo se refiere a ayudarles a asumir su responsabilidad cuando en realidad debe propender a darles las oportunidades para que ejerzan el derecho y deber que les asiste. En efecto, el gran problema de muchas familias en Chile y Latinoamérica es que simplemente no disponen de los medios para poder cumplir con ese deber.

Lo mismo sucede con el art. 20, de nada sirve consagrar un derecho a vivir en familia sin reforzar medios para poder hacerlo, esto tiene especial importancia respecto de la medida de separación de la familia en caso de vulneración de derechos que debe ser siempre medida de última ratio y siempre que no se hayan verificado una serie de medidas anteriores (ejemplo ley argentina).

b) El proyecto debe ser concordado con el Código Civil que es el cuerpo legal que, por esencia, consagra el estatuto de capacidad de la persona.

Se debe concordar el estatuto de capacidad del niño, niña o adolescente con el deber preferente, pero además porque no puede olvidarse que los actos de los hijos comprometen civilmente a sus padres. De este modo, no puede reconocerse plena libertad para actuar y luego pretender que estos respondan por ellos, sino habría que derogar el 2320 del Código Civil en este punto lo que constituiría summa injuria para la víctima del daño causado por los hijos.

En ese sentido, se pierde la oportunidad de contribuir a establecer principios que hagan más coherente la capacidad del adolescente que, en el presente, es completamente asistemática y sin fundamentos (sin evidencia científica). ¿Qué hace más capaz al adolescente para poder recibir la anticoncepción de emergencia, pero menos capaz para comprar cigarrillos? ¿Para ser considerado imputable, pero no para celebrar un contrato de compraventa? Son preguntas que carecen de respuesta coherente.

c) Dado que ello supone entrar de lleno en el principio de autonomía progresiva que el proyecto quiere consagrar como rector, ello obliga a llenarlo de mayor contenido, al igual que como sucede con el principio del interés superior del niño.

4.2) Garantía y efectividad de sus derechos

El proyecto avanza en reformular la referencia a los aspectos presupuestarios y en introducir el deber de rendición de cuenta, pero falta atribuir expresamente responsabilidades como ya se ha señalado, profundizar más en este deber.

Además, debe perfeccionarse todo lo relativo al deber de representación judicial efectiva que debiese tener los principios que la orientarán en esta ley.

4.3) Prevención de su amenaza o vulneración

Todos los actores coinciden en que la prevención es clave en esta materia. Sin embargo, en general las políticas públicas han sido sólo reactivas, debiendo estar enfocadas a la prevención.

La respuesta en Chile, en cambio, es siempre fragmentaria, lo que la convierte en inoportuna e incompleta, produciendo como consecuencia que los derechos de los niños que se intentan proteger se vean vulnerados igualmente.

En este esencial aspecto es donde el proyecto debe ser perfeccionado y debe desarrollarse el plan de prevención. Ese es uno que corresponde a la sede administrativa propiamente tal.
En tal sentido, se eliminó lo administrativo del proyecto por las críticas formuladas durante su tramitación, pero, en mi opinión, ellas apuntaban a la atribución de facultades jurisdiccionales a la administración lo que es

inconstitucional, pero no a la tarea preventiva que es por definición del ámbito administrativo. Esto debe ser completado en el proyecto.

No puedo explayarme, pero se requiere desarrollar todo el sistema que, en el plano territorial, permita detectar a tiempo al niño que se encuentra en situación de riesgo de forma a poder apoyar a su familia o red familiar y dotarla de capacidades y medios que le permitan efectivamente poder acompañar al niño en su desarrollo,

4.4) Seguridad de su restablecimiento

El proyecto debe ser también completado en este esencial aspecto. No basta con señalar que se debe restablecer o reparar, se requiere mayor precisión. Ahí un largo trabajo pendiente.

5) Conclusiones

Se han apuntado, en apretada síntesis, una opinión general del proyecto en trámite.

Como puede concluirse, el proyecto requiere ser perfeccionado para que cumpla la utilidad que está llamado a tener y no quede como un mero proyecto programático, de buenas intenciones pero que, en síntesis, impida avanzar en regular adecuadamente la cruda realidad que afecta a tantos niños en nuestro país.