



| | |
|----------------------------------|---|
| OBJETIVO | EL PROYECTO BUSCA SER UNA LEY MARCO PARA LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE LA NIÑEZ QUE BUSCA IMPLEMENTAR EL GOBIERNO. EL PROYECTO PUEDE ANALIZARSE, PRINCIPALMENTE, DESDE DOS PUNTOS DE VISTA: POR UNA PARTE, DA CUENTA DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LOS NIÑOS COMO SUJETOS DE DERECHOS CON CAPACIDAD PLENA PARA EJERCERLOS POR SÍ MISMOS. POR OTRA, OTORGA UN ROL MÁS FUERTE DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS. |
| TRAMITACIÓN | SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, SENADO (DISCUSIÓN GENERAL) |
| ORIGEN DE LA INICIATIVA | MENSAJE |
| NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL | LOS INCISOS CUARTO Y QUINTO DEL ARTÍCULO 26, SON NORMAS DE QUÓRUM CALIFICADO (LA LEY QUE ESTABLEZCA DELITOS Y ABUSOS EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EMITIR OPINIÓN Y LA DE INFORMAR, DEBE SER DE QUÓRUM CALIFICADO) Y LOS ARTÍCULOS 31, INCISO QUINTO, Y 37, INCISO SEGUNDO, SON NORMAS DE RANGO ORGÁNICO CONSTITUCIONAL (ESTABLECEN LOS REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBERÁN EXIGIRSE EN CADA UNO DE LOS NIVELES DE LA ENSEÑANZA BÁSICA Y MEDIA, ASÍ COMO LAS NORMAS OBJETIVAS, DE GENERAL APLICACIÓN, QUE PERMITAN AL ESTADO VELAR POR SU CUMPLIMIENTO). |
| URGENCIA | SIMPLE |
| COMISIÓN | COMISIÓN ESPECIAL ENCARGADA DE TRAMITAR PROYECTOS DE LEY RELACIONADOS CON LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. |
| SUGERENCIA DE VOTACIÓN | ABSTENCIÓN |

I. ESTRUCTURA DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto se estructura a la base de cuarenta y cuatro artículos permanentes, distribuidos en cuatro Títulos, y de dos disposiciones transitorias:

- **Título I: Cuestiones preliminares.** Sus artículos incluyen definiciones, objeto de la ley y normas de aplicación e interpretación de la ley.
- **Título II: Principios, Derechos y Garantías.** Dentro de los principios destacan los siguientes: autonomía progresiva del niño, derecho y deber preferente de los padres y/o madres a orientar y educar a sus hijos, igualdad y no discriminación arbitraria, interés superior del niño. Dentro de los Derechos y Garantías, destacan los siguientes: derecho a la vida, derecho a vivir en familia, derecho a ser oído, libertad de expresión, derecho de participación, derecho a la vida privada, derecho a la información, derecho preferente del niño a ser educado y orientado por sus padres, derecho a la educación, derecho a la salud, protección contra la violencia, libertad personal, entre otros.
- **Título III: Sistema de Protección Administrativa y Judicial.** Sólo contempla dos artículos referentes a que “Todo niño tiene derecho a contar con la debida defensa jurídica especializada y autónoma ante los tribunales de justicia” y al deber general de los órganos de la Administración del Estado de “proveer los servicios sociales que correspondan para propender a la plena satisfacción de los derechos de los niños en forma oportuna y eficaz”.
- **Título IV: Institucionalidad.** El título sólo incluye un artículo referente a “Principio de participación, colaboración ciudadana y participación de los niños”.
- **Título V: De la Política Nacional de la Niñez y su Plan de Acción.** Sus artículos explican que la Política Nacional de la Niñez “deberá contener, a lo menos, sus objetivos y fines estratégicos, distinguiendo áreas y materias; orientaciones y ejes de acción dirigidos al cumplimiento de dichos objetivos y fines, considerando criterios de descentralización y desconcentración, según corresponda” (artículo 41). Además, explica que la Política Nacional de la Niñez se implementará a través de un Plan de Acción (artículo 42) cuyo contenido mínimo (artículo 43) incluye: Los programas o líneas programáticas que lo integran, las acciones y medidas específicas a ejecutar, los plazos de ejecución, los órganos y cargos responsables, las metas para sus acciones y medidas y los indicadores necesarios para su evaluación. Sumado a lo anterior, se establece el procedimiento de formulación y aprobación de la política nacional de la niñez y su plan de acción, las que serán elaborados a través de un proceso coordinado por el Ministerio de Desarrollo Social y cuyo proceso deberá considerar la participación de las organizaciones de la sociedad civil.
- **Disposiciones transitorias:** indican que “La política nacional de la niñez deberá dictarse dentro del plazo de un año contado desde la publicación de esta ley” (artículo primero) y que “Las normas del título III regirán a contar de la fecha de entrada en funcionamiento del Servicio Nacional de Protección de la Infancia, cualquiera sea su denominación legal.” (artículo segundo).

II. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto busca adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales ratificados por Chile, mediante la creación, por una parte, de un ordenamiento coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales denominado Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez que da cuenta de una nueva concepción de los niños como sujetos de derechos, lo que se conoce como el principio de autonomía progresiva, en contraposición a la concepción de padres propios de la definición tradicional de familia, donde estos cumplen un rol formador y son los principales educadores de sus hijos.

Por otra parte, como indica la fundamentación del Mensaje, el proyecto pretende sentar “las bases institucionales para prevenir la vulneración de sus derechos, como asimismo, asegura su efectivo cumplimiento y velar por el pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños, el que considera, además, su identidad cultural y pertenencia a pueblos indígenas, que permitan favorecer su desarrollo integral”. Veremos que el proyecto no logra, en la práctica, concretar su objetivo.

El Mensaje crea un Sistema de Garantías de la Niñez que, de acuerdo lo indica su artículo 1, “estará integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a respetar, promover y proteger el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, cultural y social de los niños hasta el máximo de los recursos disponibles en el país, debiendo el Estado en caso de no ser suficientes, acudir a la cooperación internacional, en especial, en su versión de colaboración institucional.”

Además, indica que este sistema estará integrado, entre otros, por *“los tribunales de justicia, el Congreso Nacional, los órganos de la Administración del Estado, el Defensor de los Derechos de la Niñez, y las instituciones señaladas en el Título IV, que en el ámbito de sus competencias deban ejecutar acciones de protección, promoción, prevención, restitución o reparación para el acceso, ejercicio y goce efectivo de los derechos del niño.”*

Sumado a lo anterior, define como a niño a toda persona menor de 18 años. En caso de duda sobre si es menor de edad o no, para efectos del ejercicio de sus derechos, se tendrá por menor de edad.

De esta forma, el proyecto establece principios generales dirigidos a la protección y promoción de derechos de los niños e incluye obligaciones y deberes para el Estado y los padres, sin embargo, no se logra aterrizar ciertos procedimientos o medidas concretas para proteger derechos de la niñez en vista a que el Ejecutivo espera aprobar otras iniciativas legales que lo hagan. No consideramos necesario crear una ley marco para luego concretar las medidas de protección a través de otros proyectos de ley puesto que los derechos de los menores de edad ya se encuentran contemplados en la Convención del Niño, ratificada y vigente en Chile, y en nuestra Constitución.

III. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

PROTECCION PARA LA INFANCIA



FUENTE: Consejo Nacional de la Infancia.

Francisco Solorio • LA TERCERA

Esta iniciativa se constituye como una “ley marco” para el establecimiento de un sistema de garantía y protección del ejercicio de los derechos de la infancia en Chile. Para su materialización, el gobierno ha decidido enviar una serie de proyectos de ley¹:

Subsecretaría de la Niñez (10314-06)

Ingreso: Senado (Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización), 29 de septiembre de 2016.

¹ Véase: <http://www.latercera.com/noticia/proyecto-de-garantias-de-derechos-de-la-ninez-inicia-reforma-de-proteccion-a-menores/>

Estado de tramitación actual: Segundo trámite constitucional, Cámara de Diputados (Comisión de Gobierno Interior). Aún no se ha votado en general en la comisión.

Urgencia: Suma.

Descripción general del proyecto: tiene por objeto crear la Subsecretaría de la Niñez como un órgano de colaboración directa del Ministro de Desarrollo Social en la elaboración de políticas y planes, la promoción de derechos, diseño y administración de instrumentos de prevención, la elaboración de informes para organismos internacionales, entre otros, en las materias de su competencia en el ámbito de los derechos de los niños. Así, **la Subsecretaría será la encargada de implementar el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez.** No ahonda en la forma o procedimientos a través de los cuales lo hará, sino que se limita a crear un Comité Interministerial (igual al que actualmente tiene el Ministerio de Desarrollo Social pero incluyendo además el Ministerio del Deporte y el de Justicia y Derechos Humanos).

Defensoría de los Derechos de la Niñez (10584-07)

Ingreso: Senado, 22 de marzo de 2016.

Estado de tramitación actual: Segundo trámite constitucional, Cámara de Diputados. Se está votando en particular en la comisión de Familia y Adulto Mayor.

Urgencia: Suma.

Descripción general del proyecto: La figura se crea como un órgano de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Como indica el Mensaje, “en el derecho comparado, las Defensorías se definen como magistraturas de opinión y persuasión, es decir, su actividad es de influencia y de apoyo a los niños y niñas, por lo que carecen de competencias de control vinculante, como las de aquellos órganos que ejercen jurisdicción. (...) De ese modo, se destaca que el objeto de la Defensoría será la difusión, promoción y protección de los derechos de los niños y niñas.”. En vista de lo anterior, el proyecto de Defensoría de la Niñez no incluye como potestad de este el representar judicialmente a los niños vulnerados en sus derechos.

Su rol persuasivo tiene notorias similitudes con el que actualmente cumple el INDH, por lo que, considerando la crisis en que se encuentra la infancia vulnerada en Chile, este no es una figura de primera urgencia.

Proyecto que crea el Servicio Nacional de Protección Especializada de Niños, a cargo del Ministerio de Desarrollo Social (11176-07)

Ingreso: Cámara de Diputados, 4 de abril de 2017.

Estado de tramitación actual: Primer trámite constitucional. Se aprobó en general en la comisión el martes 1 de agosto de 2017.

Urgencia: Simple.

Descripción general del proyecto: Este es uno de los dos proyectos que busca reemplazar el actual Sename. Con la creación de este Servicio, el Ministerio de Desarrollo Social asumiría la generación de políticas sociales para los niños vulnerados.² A su vez, este Servicio será radicado

² Véase: <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/noticias-portada/2017/04/proyectos-ley-infancia-no-fortalecen-rol-la-sociedad-civil/>

en la Subsecretaría de la Niñez. Con esto se buscarán los lineamientos del sistema de certificación de las instituciones colaboradoras, a través de una unidad de acreditación, mientras que el servicio se encargará de fiscalizar su cumplimiento.³

Proyecto que crea el Servicio Nacional de Reinserción Juvenil, a cargo del Ministerio de Justicia (11174-07)

Ingreso: Cámara de Diputados, 4 de abril de 2017.

Estado de tramitación actual: Primer trámite constitucional. Aprobado en general en la comisión con fecha 23 de agosto de 2017.

Urgencia: Simple.

Descripción general del proyecto: Este es uno de los dos proyectos que busca reemplazar el actual Sename. Con la creación de este Servicio, el Ministerio de Justicia asumiría la responsabilidad de coordinar los programas del sistema de ejecución de sanciones y el proceso de reinserción social para los adolescentes infractores de ley.⁴

Conclusiones:

Hasta ahora los proyectos del gobierno en materia de infancia (especialmente los que crean el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, la Subsecretaría de la Niñez y la Defensoría de la Niñez) tienen un contenido meramente declarativo que no resguarda ni entrega soluciones y herramientas claras de protección a los derechos de los niños vulnerados. Esto, sumado a que los proyectos que reemplazan el Sename, que podría ser lo más cercano a una solución a dichos grupos vulnerables, siguen en primer trámite constitucional sin que aún hayan sido votados en general en sus respectivas comisiones.

A un escenario igual de desalentador se enfrenta otro proyecto urgente para la infancia vulnerable: la Reforma integral al sistema de adopciones en Chile, cuya tramitación se encuentra estancada desde 2015, luego de que el Ejecutivo se comprometiera a presentar una nueva indicación sustitutiva que acelerara el proceso de adopción (puesto que la indicación sustitutiva que había hecho al proyecto presentado por el gobierno del Presidente Piñera, sólo generaba aún más demoras en el sistema).

De esta forma, a pesar de la grave y evidente crisis que protagoniza la infancia vulnerada y el sistema del Sename, el Ejecutivo ha preferido priorizar proyectos que no otorgan una solución real a los problemas más urgentes de la infancia vulnerada. Lo anterior se explica, no sólo por un tema presupuestario (como de forma explícita se consagró, por ejemplo, en el texto original del proyecto de Sistema de Garantías de la Niñez), sino también porque ha preferido dar urgencia a

³ Véase: <http://www.eldinamo.cl/nacional/2017/03/25/asi-es-la-reforma-al-sename-que-envio-michelle-bachelet-y-que-lo-dividira-en-dos-entidades/>

⁴ Véase: <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/noticias-portada/2017/04/proyectos-ley-infancia-no-fortalecen-rol-la-sociedad-civil/>

proyectos que, al menos en su texto original, daban un giro a la visión que hoy tenemos del rol protector del Estado respecto a la infancia en nuestro país.

Así, como se mencionó respecto del proyecto de Garantías de la Niñez (proyecto que será el marco jurídico que rija todo el sistema de protección de la infancia en Chile), el Gobierno ha concentrado sus esfuerzos en sentar bases ideológicas que fortalezcan el rol del Estado en desmedro del rol protector de la familia y el rol educador que los padres cumplen respecto de sus hijos. De esta forma, lamentablemente, ninguno de los proyectos que mayor avance han tenido en su tramitación entrega las herramientas o la institucionalidad necesaria para mejorar la calidad de la intervención que se entrega a los niños vulnerados y el apoyo suficiente a sus familias.

IV. COMENTARIOS GENERALES RESPECTO DEL PROYECTO

1. No se ha priorizado la infancia vulnerada: el proyecto no entrega herramientas concretas que solucionen los problemas más urgentes de la infancia.

Las más de 30 urgencias que el Gobierno ha dado a este proyecto y la demora en el ingreso de los proyectos que servicios especializados que reemplazan al Sename (ambos ingresaron hace poco más de 4 meses), dan cuenta que no ha priorizado la búsqueda de soluciones concretas para la infancia vulnerada y sus problemas más urgentes, los que son más propios de la protección especializada y no de la universal.

En general, el proyecto de Garantías de la Niñez, luego de que se eliminasen sus títulos III y IV en el primer trámite constitucional (que establecían una protección administrativa de la infancia que, como se mencionará más adelante, transgredía el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos) se limita a repetir derechos ya consagrados por nuestro ordenamiento jurídico y la Convención de los Derechos del Niño pero es en aquellos puntos innovadores en los que deja de manifiesto su intención de sentar bases de tinte ideológico en nuestra legislación, como se mencionará a continuación.

2. Falta un mayor apoyo a las familias de manera de prevenir posibles vulneraciones a los derechos de los niños.

Ya que se busca establecer un marco de protección universal de la infancia, cabe destacar que este **no es un proyecto enfocado a los niños que no tienen familia, sino que se dirige a proteger a todos los niños**, se encuentren estos en situación de vulnerabilidad o no (protección universal de la infancia).

Es por esto que no se entiende que, a pesar de que la regla general es que el niño viva con su familia (y que esta sea fuente de protección y no de vulneración del menor), el proyecto no enfoque sus esfuerzos en fortalecer dicho núcleo familiar a través de, por ejemplo, programas de

apoyo en la crianza, como se prometía en el Mensaje⁵ y se menciona, sin un desarrollo adecuado, en el artículo 15⁶ del proyecto de ley.

De hecho, el texto original del proyecto (incluido los títulos eliminados referentes a la protección administrativa) basaba su articulado en una concepción del niño como una persona desvinculada de su familia, ya que daba a entender que la relación de jerarquía naturalmente existente entre los padres y sus hijos sería fuente de vulneraciones a sus derechos.

La versión original del Gobierno se basaba en una visión absolutista de la autonomía progresiva del niño, en virtud de la cual, un menor de edad podría tomar decisiones y ejercer derechos por sí mismo, de acuerdo a su edad y grado de madurez. El problema recaía en que el encargado de determinar ese grado de madurez era el Estado, a través de la protección administrativa que se proponía (títulos III y IV originales), y no los padres, lo que devela la intención final del gobierno en esta materia.

La falta de enfoque en la familia se demuestra también en que el texto original del proyecto ni siquiera contemplaba el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, derecho que costó muchísimo incluir en el proyecto durante el primer trámite y que, debido a su redacción actual, aún no se encuentra resguardado adecuadamente en todos los artículos, como se indicará más adelante.

3. Protección administrativa e institucionalidad (títulos III y IV originales)

El proyecto original incluía una protección administrativa que podía generar problemas al interior de aquellas familias donde no existía una vulneración de derechos de los niños puesto que se otorgaba un **rol preponderante al Estado en la protección de la infancia, incluso en desmedro de los padres.**

⁵ *“El proyecto contempla programas, asistencia y apoyo a los padres y a la familia, con el objeto de propiciar oportunidades efectivas y adecuadas para cumplir el privilegio que implica el ejercicio de la responsabilidad parental”* (Mensaje del proyecto).

⁶ *“Artículo 15.- Protección social de la infancia. Los órganos del Estado, en el ámbito de sus competencias, deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir y ejercer adecuadamente la responsabilidad del cuidado de los niños, y para que los padres y/o madres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.*

Es deber del Estado, dentro del ámbito de sus competencias, colaborar con las familias, especialmente ofreciendo a éstas la asistencia necesaria para desempeñar las labores de crianza del niño; ayudando a los padres y/o madres y a otras personas responsables a dar efectividad a sus derechos mediante el otorgamiento de asistencia y programas de apoyo que les permitan proveer debidamente la protección, el cuidado y el desarrollo de los niños, haciendo uso con ese fin del máximo de los recursos disponibles en el país, los recursos complementarios de la sociedad civil y, en caso de ser éstos insuficientes, acudir a la cooperación internacional.”

Además, la protección administrativa que originalmente incluía el proyecto, no delimitaba de forma clara sus atribuciones en cuanto se le otorgaban competencias jurisdiccionales, propias del Poder Judicial, a la Administración del Estado.

Lo anterior, sumado a que el informe financiero del proyecto indica que por tratarse de una ley marco **“no involucra un mayor gasto fiscal”**, fueron las razones por las cuales se eliminaron los títulos III y IV referidos a la protección administrativa y la institucionalidad del proyecto.

En este punto, debemos recordar las observaciones respecto de estos títulos hechas por la Corte Suprema en un informe enviado a la comisión técnica durante el primer trámite constitucional:

- *“Que de acuerdo a lo señalado en el mensaje, **al constituir una ley marco, la propuesta normativa no permite conocer el sistema completo de protección que se pretende someter a discusión en el Congreso Nacional, especialmente en lo relativo a su Institucionalidad y a cómo esta va a funcionar e interactuar con el sistema de justicia, lo que claramente dificulta su análisis.**”*
- *“El mensaje anuncia futuros cuerpos normativos que vendrán a complementar la institucionalidad proyectada y a poner en ejecución sus postulados. Sin embargo los **lineamientos en algunas materias son extremadamente generales** y producen más interrogantes que certezas.”*
- *“Parece indispensable que el sistema sobre el cual descansa su efectivización esté plenamente establecido, por lo que **se estima adecuado que el Congreso considere la posibilidad de suspender la tramitación en aquellos aspectos de este proyecto de ley especialmente indeterminados, en particular los títulos III y IV, hasta que no se cuente con la totalidad de las propuestas legales que darán forma completa al sistema que se pretende incorporar en nuestro ordenamiento jurídico.**”*

En conclusión, es cierto que la solución no se traduce en dejar al proyecto como una mera declaración de principios (como actualmente lo es) pero, por lo mencionado anteriormente, esta tampoco se encuentra en la reposición de los títulos originales (sin embargo, el Ejecutivo anunció que los repondrá).

Resulta necesario replantear la protección que se pretende entregar a través de la Administración para que **el foco sea el apoyo a las familias y al desarrollo del niño dentro de estas, no la intervención del Estado en la intimidad familiar.**

V. COMENTARIOS RESPECTO DE ARTÍCULOS ESPECÍFICOS DEL PROYECTO

| ARTÍCULOS DEL PROYECTO DE LEY | COMENTARIO |
|---|---|
| <p>PADRES Y/O MADRES</p> <p>Artículos 2, 7, 8, 9, 10, 15, 18, 19, 20, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 37 y 40.</p> | <p>La redacción de todos los artículos mencionados incluye la expresión “padres y/o madres” al referirse a los padres de un niño. Lo anterior genera los siguientes problemas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En la actualidad, las normas que regulan la materia, entienden que un niño puede tener <u>un</u> padre y/o <u>una</u> madre (por ejemplo, las normas relativas a la patria potestad). Con el proyecto de ley, esa concepción cambia ya que podría entenderse que un niño puede tener más de un padre y/o más de una madre. <p>Artículo 243 del Código Civil. <i>“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados. La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.”</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • En la misma línea anterior, al dejarse explícitamente en una ley la posibilidad de que un niño pueda tener dos padres o dos madres, se está obligando al legislador a clarificar el contenido de esa nueva concepción de familia. Lo anterior, incluso, podría traducirse en una derogación tácita de normas existentes. Esta la excusa perfecta para la aprobación de un proyecto de ley de adopción homoparental o matrimonio homosexual. Esta no es la idea matriz del proyecto por lo que el debate respecto a un cambio en la definición actual de familia debe darse en un proyecto distinto. • Existe una incongruencia en la redacción de este concepto entre los proyectos de ley de niñez que se tramitan actualmente en el congreso puesto que, por ejemplo, en el caso de la Subsecretaría de la Niñez (en tramitación en la Cámara de Diputados) sólo se habla de los “padres”, no de los “padres y/o madres”. |
| <p>REGLAS DE INTERPRETACIÓN</p> <p>Art. 3, inciso 1°: “Reglas de interpretación. En la interpretación de las leyes y normas reglamentarias referidas a la garantía, restablecimiento,</p> | <p>La norma obliga, al interpretar los derechos de los niños, a “atender especialmente” a los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile y a lo contenido en el proyecto de ley, dándoles preferencia respecto de todo el resto del ordenamiento jurídico. Esto genera problemas, principalmente, respecto de dos normas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se excluye a la Constitución, que al ser una norma suprema, obligatoriamente debe ser la base sobre la cual se interpreten las normas de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que incluirla en el inciso es requisito para que esta no sea una norma inconstitucional. Además, es importante incluirla para resguardar el derecho constitucional de los |

| | |
|--|--|
| <p>promoción, prevención o protección de los derechos del niño, <u>se deberá atender especialmente</u> a los derechos y principios contenidos en la <u>Convención sobre los Derechos del Niño</u>, en los <u>demás tratados internacionales ratificados</u> por Chile que se encuentren vigentes y <u>en esta ley.</u>”</p> | <p>padres a educar a sus hijos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Debemos recordar que el proyecto de ley, en toda su redacción, se refiere a los “padres y/o madres” del niño. Esto lo que evidentemente cambia el concepto tradicional de familia, puesto que da a entender que pueden existir familias con dos padres o dos madres. Esto contradice la base misma del derecho de familia y diluye el concepto de patria potestad contenido en nuestro Código Civil: Artículo 243 del Código Civil. <i>“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados.</i> <i>La patria potestad se ejercerá también sobre los derechos eventuales del hijo que está por nacer.”</i> <p>Si unimos dicha redacción con el hecho de que el proyecto de ley deja en una segunda categoría interpretativa a toda norma distinta de las citadas en el artículo propuesto, podría entenderse esto como una derogación tácita de las normas del código civil referentes a la patria potestad y al concepto tradicional de familia. Lo mismo ocurriría respecto a normas de otras leyes, como la ley de adopción.</p> |
| <p>AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO</p> <p>Art. 7: “Autonomía progresiva. Todo niño, en conformidad a la ley, <u>podrá ejercer sus derechos por sí mismo</u>, en consonancia con la evolución de sus facultades, su edad y madurez.</p> <p><u>Los padres y/o madres</u>, representantes legales o las personas que los tengan legalmente a su cuidado deberán prestarles <u>orientación y dirección en el ejercicio de sus derechos.</u>”</p> | <p>Se generan los siguientes problemas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Inciso primero: El artículo de autonomía progresiva otorga capacidad de ejercicio a los niños según parámetros establecidos en la ley. De esta forma, no serán los padres los llamados a definir si sus hijos han alcanzado la madurez suficiente para ejercer ciertos derechos por sí mismos, sino que será el Estado a través de la ley. • Inciso segundo: se nombra el rol de los padres sólo desde una perspectiva orientadora y de dirección frente al ejercicio de derechos de sus hijos (problema que se encuentra presente en toda la redacción de proyecto). Esto genera una derogación tácita de la norma del Código Civil que reconoce y ampara el derecho de los padres a corregir a sus hijos: <p>Artículo 234, inciso primero, del Código Civil: <i>“Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.”</i></p> <p>De esta forma, los padres son considerados en el proyecto de ley como meros consejeros que, a pesar de carecer de capacidad de corrección respecto a las decisiones que tomen sus hijos, son responsables de ellos y de sus actos. Esto último se refleja en los siguientes artículos del Código Civil:</p> <p>Art. 2320. <i>“Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones,</i></p> |

| | |
|--|---|
| | <p>sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. <i>(...) Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.</i></p> <p>Art. 2321. <i>“Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir.”</i></p> <p>Cabe preguntarse entonces, ¿cómo podrán los padres impedir hechos dañinos de sus hijos en terceros o en sí mismos si carecen de capacidad de corregirlos en el ejercicio de sus derechos?</p> <p>Por lo anteriormente señalado, recomendamos hacer Reserva de constitucionalidad por transgresión a los artículos 19 n°10, inciso tercero de la Constitución (derecho preferente de los padres a educar a sus hijos), artículo 1° inciso final de la Constitución (obligación del Estado de proteger y promover el fortalecimiento de la familia) y el artículo 19 n°26 de la Constitución (no afectación de la esencia de los derechos constitucionales).</p> |
| <p>DERECHO PREFERENTE DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS</p> <p>Art. 8: “Derecho y deber preferente de los padres y/o madres a orientar y educar a sus hijos. La <u>responsabilidad por el cuidado, asistencia, protección, desarrollo, formación y educación, así como la guía y orientación en el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley, corresponde preferentemente a los padres y/o madres del niño, sus representantes legales o a quien lo tenga legalmente a su cuidado.</u></p> <p>(...) <u>Es deber del Estado respetar, promover y</u></p> | <p>El artículo 8° es la única instancia en que el proyecto habla de “derecho preferente de los padres a educar a sus hijos” y no de mera responsabilidad de éstos, sin embargo, sólo utiliza la palabra “derecho” en el encabezado y la omite al momento de desarrollar su contenido.</p> <p>Lo anterior genera sospechas puesto que al hacerse referencia al concepto de “responsabilidad” se está reconociendo únicamente la faz de “deber” de la garantía de los padres y no necesariamente se reconoce un derecho de estos, por lo que la norma es confusa.</p> <p>Por ello, resulta necesario ajustar su redacción a aquella contenida en la Constitución para evitar interpretaciones contradictorias que afecten tanto el contenido de esta garantía de los padres como el deber del Estado de protegerla:</p> <p>Art. 19 N°10, inciso tercero, de la Constitución: <i>“Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este <u>derecho.</u>”</i></p> <p>Si el proyecto manda a que el Estado respete solamente la “responsabilidad” de los padres, cabe preguntarse, ¿cómo podría no respetarla? El respeto se da en función de los derechos, no de la responsabilidad. Cada uno tiene derechos en el ámbito de sus competencias, en cambio, la responsabilidad es algo que sigue como consecuencia de nuestras conductas u omisiones. Lo que el Estado debe respetar y promover son los derechos de los padres, no la responsabilidad que el ser padre conlleva.</p> |

| | |
|---|--|
| <p><u>proteger</u> el ejercicio de esta <u>responsabilidad</u>.”</p> | <p>Si no se resguarda adecuadamente el derecho de los padres a proteger, educar y corregir a sus hijos, este artículo no bastará para que se entiendan resguardados dichos derechos de los padres en otros artículos del proyecto de ley (derechos del niño a la vida privada, derecho de participación y asociación, entre otros).</p> <p>Finalmente, cabe recordar la excusa utilizada por el Ejecutivo durante el primer trámite constitucional para no incluir los derechos de los padres en la ley: esta no es una ley que regule los derechos de los padres sino que busca proteger los derechos de los niños. El argumento es malo ya que los niños, por naturaleza, no pueden ser concebidos autónomamente de sus padres. Además, si el proyecto busca reconocer y proteger los derechos contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, no hay excusa para no incluir a los padres ya que dicha Convención indica lo siguiente: “Artículo 3.2. “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, <i>teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley</i> y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”.</p> |
| <p>IDENTIDAD DE GÉNERO</p> <p><u>Art. 9, inciso segundo:</u> “Ningún niño podrá ser discriminado en forma arbitraria en razón de su (...) <u>identidad de género, expresión de género, características sexuales (...)</u>”.</p> <p><u>Art. 19, inciso primero:</u> “<u>Todo niño tiene derecho</u>, desde su nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y una lengua de origen; a conocer la identidad de sus padres y/o madres; a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley; a conocer y ejercer la cultura de su lugar de origen y, en general, <u>a preservar y desarrollar su propia identidad e idiosincrasia, incluida su</u></p> | <ul style="list-style-type: none"> • La “orientación sexual” y la “identidad de género” ya son enumeradas dentro de las posibles razones sobre las cuales puede recaer una discriminación arbitraria en la llamada “Ley Zamudio” (artículo 2 de la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, la que se aplica a todas las personas, sin hacer distinción por razones de mayoría de edad). Sin embargo, en dicha ley no se incluyen las expresiones “características sexuales” y “expresión de género”. Estas son poco precisas por lo que la determinación de la existencia o no de una discriminación arbitraria en el caso concreto podría ser muy difícil y daría paso a una judicialización excesiva. • Por otra parte, cabe recordar que entre los fundamentos de este proyecto de ley se encuentra el reconocer y hacer efectivos los derechos que se encuentran en la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, dicha Convención reconoce el derecho a la identidad del niño - la que se refiere a la obligación de los padres de respetar su identidad bajo criterios como la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia del niño -, sin hacer mención alguna a la palabra “género” en todo su texto. • Finalmente, debemos destacar la falta de consistencia entre este proyecto y el que reconoce el Derecho a la Identidad de Género y el cambio de sexo, que actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado. En la votación en particular de este último, deliberadamente se dejó fuera a los niños ya que en la mayoría de los países donde hay legislación que permite el cambio de sexo existen requisitos para ello, y dentro de esos está la mayoría de edad. Gran parte de las disforias de género (discordancia entre el sexo asignado al nacer y el con que se identifica la persona) se resuelven en la adolescencia, por lo que resulta |

| | |
|--|---|
| <p><u>identidad de género.”</u></p> | <p>razonable esperar a la mayoría de edad para hacerlo.</p> <p>De esta forma, se está incluyendo en el proyecto de Garantías de la Niñez un derecho a preservar y desarrollar su identidad de género. Cabe preguntarse, ¿qué implica la preservación y desarrollo de esa identidad de género? Al sólo nombrar este derecho sin desarrollar su contenido o forma de hacerse efectivo, se obliga al legislador a hacerlo posteriormente a través de otra ley.</p> |
| <p>VALOR VINCULANTE PARA INSTRUMENTOS INTERNACIONALES NO RATIFICADOS POR CHILE</p> <p>Art. 20, inciso cuarto: (Derecho a vivir en familia) “Para cumplir con sus obligaciones de velar por el derecho a vivir en familia, <u>los órganos del Estado</u> en el ámbito de sus competencias <u>podrán tomar en consideración las Directrices de Naciones Unidas</u> sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños, y <u>los demás instrumentos internacionales de igual naturaleza.”</u></p> | <p>En este punto, se le está dando carácter vinculante a instrumentos y recomendaciones internacionales que no son tratados internacionales y que, por lo tanto, no forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. De acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de la Constitución, uno de los límites a la soberanía son los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, por lo que no puede actuar como límite a la soberanía un instrumento internacional que no cumpla dichas características.</p> <p>Resulta necesario recordar que al hablar de órganos del Estado se incluye a los tribunales de justicia, por lo que los jueces no sólo podrían aplicar las normas de nuestro ordenamiento jurídico al momento de dirimir un conflicto en juicio, sino también todas las recomendaciones que algún órgano internacional haya hecho en la materia mencionada.</p> <p>Por lo anterior, recomendamos hacer Reserva de Constitucionalidad del artículo propuesto al transgredir el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución: “<i>El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.</i>”</p> |
| <p>DERECHO A LA VIDA PRIVADA</p> <p>Art. 25: “Vida privada. Todo niño tiene derecho a desarrollar su vida privada, a gozar de intimidad y a mantener comunicaciones sin injerencias arbitrarias o ilegales.</p> <p>Los <u>padres y/o madres</u>, o quienes tengan legalmente el cuidado del niño, o los que por cualquier motivo lo tengan a su cargo, <u>la</u></p> | <p>La redacción de la norma genera los siguientes problemas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sumado a la forma en que se consagra la autonomía progresiva del niño en el proyecto, este artículo podría entenderse como una excepción al principio del derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos. Esto se manifiesta especialmente en el segundo inciso del artículo 25, en el que se exige que este derecho sea respetado, bajo el mismo estándar, tanto por el Estado y terceros como por los padres, eliminando el factor preferente de estos últimos frente al resto de la sociedad. • Por otra parte, teniendo en cuenta la forma en que el proyecto consagra el rol de los padres como orientadores de los niños, se podría generar un problema respecto del derecho de los padres a proteger a sus hijos (derecho-deber de cuidado)– que es distinto a su derecho a educarlos -. • Lo anterior tiene una implicancia directa e inmediata: por ejemplo, en el caso de que un padre sospeche que su hijo se ha involucrado en el juego de |

| | |
|--|---|
| <p><u>sociedad y las autoridades deben respetar este derecho, promover y orientar su ejercicio, y protegerlo de cualquier quebrantamiento arbitrario de su intimidad.”</u></p> | <p>la ballena azul, este no podría revisar sus redes sociales para corroborarlo y protegerlo a tiempo, con plena certeza de que no será acusado luego de transgredir el derecho a la vida privada de su hijo. Así, un padre podría haber ejercido adecuadamente su derecho a educarlo, advirtiéndole previamente de los riesgos del juego, pero surgen dudas respecto de si queda protegido por el proyecto en el caso mencionado.</p> <p>Por lo anterior, recomendamos hacer <u>Reserva de constitucionalidad</u> por transgresión a los artículos 19 n°10, inciso tercero de la Constitución (derecho preferente de los padres a educar a sus hijos) y el artículo 1° inciso final de la Constitución (obligación del Estado de proteger y promover el fortalecimiento de la familia).</p> |
|--|---|

VI. COMENTARIOS FINALES

Debemos ser claros para no generar falsas esperanzas: el proyecto mejoró bastante respecto de su texto original, sin embargo, sigue teniendo un contenido poco preciso e, incluso, contradictorio en la que se refiere al derecho de los padres. De esta forma, cabe preguntarse qué debe primar, ¿la autonomía progresiva del niño o el derecho a educarlo de sus padres? Esto sigue siendo una incógnita. Lo anterior, no sólo generará problemas de interpretación de la norma sino también, debido a la falta de desarrollo adecuado de su institucionalidad, puede terminar siendo una ley inoperante.

Sumado a lo anterior, el proyecto de Garantías de la Niñez se limita a declarar principios que, en su mayoría, ya se encuentran consagrados por nuestro ordenamiento jurídico y por la Convención de los Derechos del Niño, sin que en él conste una traducción institucional que permita efectivizar territorialmente los derechos enunciados.

El Ejecutivo ya ha anunciado su intención de reponer los títulos III y IV eliminados durante el primer trámite constitucional, los que, por las razones enumeradas precedentemente, transgreden el derecho de los padres a educar a sus hijos y la separación de poderes (se le otorgan atribuciones jurisdiccionales propias del Poder Judicial). Las medidas de protección administrativa deben dirigirse a dar apoyo a las familias en su rol de crianza de los niños, no debe traducirse en una transgresión a la intimidad familiar, lo que sí se produce con el texto que se buscará reponer.

En razón de lo anterior, **recomendamos abstenerse en la votación en general** del proyecto en estudio.