



INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2016

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2016, 1ª edición, p. 380, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Judith Schönsteiner
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2016.

Materias:

Chile. Derechos Humanos.
Programas de vivienda. Chile.
Empresas, aspectos sociales.
Derechos del niño. Chile
Homosexuales. Aspectos jurídicos.
Chile. Esterilización sexual. Aspectos jurídicos.
Esterilización involuntaria.
Inmigrantes, situación jurídica.
Multiculturalismo, Chile.
Indígenas, educación.
Identidad cultural. Chile.
Funcionarios públicos. Disciplina.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2016

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2016

Primera edición: noviembre de 2016

ISBN 978-956-314-374-4

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-22) 676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

INSTITUCIONALIDAD DE INFANCIA EN CHILE: UNA DEUDA IMPAGA¹

1 Capítulo elaborado por Camila de la Maza Vent y Francisca González Concha.

SÍNTESIS

El presente capítulo revisará las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño en su reciente revisión a Chile, en septiembre de 2015; y a partir de ellas se analizarán los proyectos de ley presentados durante ese año por el Ejecutivo. Dichos proyectos pretenden provocar una profunda reforma a la institucionalidad en materia de infancia y adolescencia, la cual, a 26 años de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, sigue sin ajustar sus normas y políticas públicas a los estándares internacionales a los que el Estado adscribió con la suscripción de dicho tratado.

PALABRAS CLAVE: infancia, institucionalidad, ley de garantías de derechos.

INTRODUCCIÓN

Junto con el regreso de la democracia, Chile se incorporó al sistema universal de protección de derechos humanos con la ratificación y entrada en vigencia de una serie de tratados internacionales relativos a la promoción y protección de los derechos humanos. Así, en 1990, ratifica la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) que, como ha sido indicado en las pasadas ediciones del *Informe*, significaría un cambio de paradigma en el tratamiento dado por el Estado a las temáticas referidas a niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA); transitando desde la doctrina de la situación irregular² hacia la concepción de los NNA como sujetos de derecho y, por lo tanto, no solo objetos de las políticas públicas.

Cabe señalar que, históricamente, la aproximación del órgano público hacia los NNA, se construyó desde una lógica asistencial y tutelar, solo para aquellos niños y niñas que se encontraban en una situación de “irregularidad” respecto al patrón común y tradicional. De hecho, la Ley 16.520 de 1966, –que antecede a la aún vigente ley de menores de 1967– creaba el Consejo Nacional de Menores³ indicando que era el órgano encargado de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y organización de las entidades que prestaban asistencia y protección a “los menores en situación irregular”. Es decir, se trataba de un abordaje focalizado y centrado en la situación de “anormalidad” en la que se encontrara un niño o niña: abandono, padres negligentes, vagancia, deserción escolar, ausencia de controles médicos al día, etc. Bajo este paradigma, se consideraba a los NNA como un asunto privado y exclusivo de las familias, donde el Estado no tenía injerencia ni obligación alguna, salvo, cuando un niño o niña se escapaba de cierto patrón de “normalidad”.

- 2 Sobre las implicancias de la doctrina de la situación irregular y sus transformaciones en el marco de la protección integral de los derechos, véase: Mary Beloff, *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*, Unicef, Santiago, 1999, pp. 9- 24.
- 3 Dicho órgano corresponde al antecesor del actual Servicio Nacional de Menores que nace a partir del Decreto Ley 2.465, del 10 de enero de 1979.

La ratificación de la CDN implicaba para el Estado el compromiso con la comunidad internacional de realizar una profunda transformación de sus instituciones vinculadas a la infancia y a la adolescencia. Esto significaba en términos concretos, materializar los principios que fundan dicho tratado y un tratamiento de la niñez y la adolescencia desde una perspectiva de derechos humanos, dejando atrás la lógica tutelar y asistencial de antaño.

Sin embargo, a 26 años de la ratificación de la CDN, las políticas públicas en materia infanto juvenil son fraccionadas, precarias, focalizadas y sin una institucionalidad que las articule. Siguen funcionando bajo los paradigmas que inspiraron las normas en los años 60, es decir, desde la óptica tutelar y asistencial. De hecho, la ley de menores de 1967 sigue rigiendo el accionar de los Tribunales de Familia en muchas de sus acciones: medidas de protección, cumplimiento de los regímenes de relación directa y regular, etc.

A la fecha, no ha habido una reforma sustancial de las instituciones en materia de infancia, sino solo la dictación de leyes temáticas, que al no contar con una norma marco que las articule, no consiguen formular una real política pública, integral y garante de derechos, que tenga a la vista a todos los NNA del país y no solo a aquellos que son víctimas de alguna vulneración.

En ese marco, el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, en una de sus primeras gestiones al momento de asumir el gobierno, el 14 marzo de 2014 por medio del Decreto N° 21 de la Secretaría General de la Presidencia, crea el Consejo para la Infancia (en adelante, el Consejo), señalando que “la articulación de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes se identifica como una política pública prioritaria a fin de garantizar su adecuado cuidado sobre la base de un enfoque de derechos”.⁴ Dicho organismo tendría como objetivo primordial asesorar a la Presidenta de la República en la formulación de políticas, planes, programas y medidas relativas a garantizar, promover y proteger el ejercicio de los derechos de los NNA a nivel nacional, regional y local; y servir de instancia de coordinación entre los organismos con competencias asociadas a dichas materias.

En ese contexto, el Ejecutivo plantea una ambiciosa agenda legislativa con la finalidad de crear una institucionalidad en materia de infancia y adolescencia, que realmente se encuentre en armonía con los estándares internacionales de derechos humanos y en conformidad con las obligaciones internacionales adoptadas por el Estado.

Sin embargo, a dos años de la creación del Consejo y quedando menos de dos años de gobierno, el avance en materia legislativa ha sido bastante bajo en comparación con la reforma institucional que se pretende llevar

4 Decreto 021, de 2014.

a cabo. Dicha reforma, concebida como una preocupación prioritaria del Estado, pretende ajustar las normas y las políticas públicas dictadas conforme a ellas, de acuerdo a los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos relativos a la niñez y la adolescencia.

En su reciente revisión al Estado de Chile, el Comité de los Derechos del Niño manifestó su inquietud por el incumplimiento de las recomendaciones formuladas en los años 2002 y 2007; por ejemplo, en relación a la ley de garantías de la niñez; asunto que será revisado en este capítulo.

En lo sucesivo se analizarán las recomendaciones formuladas a Chile por el CDN en septiembre de 2015, los estándares internacionales fijados por este organismo y las observaciones generales; para luego revisar sucintamente la agenda legislativa propuesta por el Ejecutivo. Por último, se formularán recomendaciones para instar al Estado a dar cabal cumplimiento a sus obligaciones en materia internacional y poder contar con una institucionalidad adecuada para los NNA.

1. ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA: PRINCIPIOS QUE LO INFORMAN Y RECOMENDACIONES AL ESTADO DE CHILE

La CDN tiene la particularidad de ser el tratado internacional de derechos humanos que más ratificaciones tiene en el sistema universal de derechos humanos. Se caracteriza, además, por reconocer el carácter de sujetos de derechos de los NNA, porque contempla toda la gama de derechos reconocidos en el derecho internacional, haciendo presente así la integralidad e interdependencia que caracteriza a los derechos humanos. Sin duda lo más relevante de este instrumento internacional es que consagra una serie de derechos especiales para niños y niñas, que no están dispuestos para el mundo adulto: el derecho a vivir en familia, el derecho a protección especial frente a situaciones de abuso (se refiere a los niños/as víctimas de trata y otras formas de explotación) y establece una obligación de protección reforzada desde el Estado hacia la población infante juvenil.

En ese sentido, instituye ciertos principios que deben fundar toda la institucionalidad relativa a NNA y que, a la fecha, en Chile tampoco han sido recogidos cabalmente. Uno de ellos, es el principio del interés superior de los NNA, que se encuentra dispuesto en el artículo 3 de la CDN, cuyo inciso primero establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Se trata de un principio que exige a los Estados adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual de los NNA. Les otorga el derecho a que se les considere y tenga en cuenta, de manera primordial, tomando en cuenta su interés superior en todas las medidas y decisiones que les afecten. Su finalidad es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN. El interés superior del niño es un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento que se conjuga con la interpretación y aplicación de todos los derechos. Se entiende como un concepto dinámico que abarca distintos temas en evolución y debe evaluarse adecuadamente de acuerdo al contexto de cada niño, niña y adolescente.⁵

En las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño (en adelante, el Comité) a Chile, en su reciente revisión en septiembre de 2015, se reconoce que se trata de un principio “fundamental en el ordenamiento jurídico”, que ha sido recogido expresamente por las leyes de Tribunales de Familia y de Responsabilidad Adolescente. Sin embargo, al Comité le preocupa que “no se aplique en todos los ámbitos, como las resoluciones judiciales en que se condena a los progenitores a largas penas de prisión (...) también expresa preocupación por el hecho de que el interés del niño no sea una consideración transversal en todas las áreas de la formulación de políticas”.⁶ En consecuencia, el Comité recomienda al Estado intensificar los esfuerzos para que ese derecho sea incorporado debidamente.⁷

Otro importante principio fundante de la CDN es el derecho del NNA a ser oído, Se encuentra dispuesto en el artículo 12:

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.

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.

A partir de esta norma, se desprende que el deber del Estado es entregar las condiciones y herramientas para que los NNA puedan formarse su propio juicio y expresar libremente su opinión en todos

5 *Observación General N°14, Sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, Comité de Derechos del Niño, 2013, párr. 1-7.

6 *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile*, Comité de Derechos del Niño, 2015, párr. 26.

7 *Ibid.*, párr. 27.

los asuntos que les afecten, siempre considerando su edad y madurez. Se apunta especialmente a la condición jurídica y social del niño. En este sentido, los Estados deben animar a que los NNA manifiesten sus opiniones y ofrecer un entorno que les permita ejercer su derecho a ser oídos. Estas opiniones pueden ofrecer perspectivas interesantes y necesarias para la toma de decisiones y el desarrollo de leyes y políticas públicas sobre la materia.

En este sentido, al Comité le preocupa que en el caso de Chile “no se reconozca expresamente el derecho del niño a ser escuchado y a que se tengan en cuenta sus opiniones en todas las cuestiones que le afecten, en particular la educación, la salud y los asuntos relativos a la familia”.⁸ Por ello, recomienda al Estado que se “establezcan estructuras oficiales que permitan a los niños participar en la elaboración, aplicación y supervisión de políticas nacionales, regionales y locales relativas a la infancia, y procesos que muestren de qué manera se tienen debidamente en cuenta sus opiniones, prestando especial atención a las niñas y niños de ambos sexos en situación de vulnerabilidad”.⁹

Frente a las obligaciones generales en materia de infancia y adolescencia suscritas por el Estado, el Comité indicó su preocupación porque se diera pronto cumplimiento a las recomendaciones formuladas en el año 2007,¹⁰ relacionadas, en especial, con la aprobación de una ley de protección integral de los derechos del niño y la derogación de la ley de menores de 1967, ya que es incompatible con un marco jurídico adecuado que reconozca y garantice los derechos de todos los NNA.¹¹

Por lo anterior, el Comité recomienda al Estado que “concluya rápidamente el proceso de reforma legislativa y promulgue una ley sobre protección integral de los derechos del niño, con arreglo a la Convención de los Derechos del Niño”.¹²

El 21 de septiembre de 2015, el Ejecutivo presentó el proyecto de ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez. Ingresó al Congreso Nacional bajo el boletín N°10.315-18, a la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados. Ese proyecto se analizará en lo sucesivo.

Es preciso indicar que la reiterada recomendación del Comité al Estado para que dicte una ley de protección integral de los derechos de NNA, se fundamenta en que Chile es el único país de la región que no cuenta con una ley de esta naturaleza ni con cuerpo normativo alguno que reconozca universalmente los derechos de NNA. Esta situación

8 Ibid., párr. 28.

9 Ibid., párr. 29.

10 *Observaciones Finales al Segundo Informe Periódico presentado por el Estado de Chile, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño*, 2007, Comité de Derechos del Niño, párr. 8.

11 Comité de Derechos del Niño, op.cit., 2015, párr. 8.

12 Ibid., párr. 9.

ha redundado en que tampoco exista un piso mínimo desde el cual se articule la respuesta estatal frente a las necesidades de NNA ni mucho menos aún una política pública y una institucionalidad que proteja y garantice universalmente los derechos de los niños y niñas.

Ahora, durante la revisión de Chile, el Estado informó sobre la presentación del proyecto de ley y expuso respecto a la reforma institucional que pretende llevar a cabo. En ese sentido el Comité sostuvo que “les preocupa que el marco pueda adoptarse antes de la aprobación de la ley sobre la protección integral de los derechos del niño, lo que podría incidir en la eficacia de su protección de todos los derechos del niño”.¹³ Lo anterior se explica porque el marco institucional se discutirá en paralelo a la discusión y aprobación parlamentaria de la ley de sistema de garantía de los derechos de la niñez; lo cual implicará un gran desafío y coordinación para que exista concordancia entre ambos cuerpos legales.

Asimismo, el Comité reitera la necesidad de la existencia de una ley que asegure un marco institucional para la coordinación y realización de la protección de los derechos de los niños; que se apruebe con prontitud una ley orgánica del Ministerio de Desarrollo Social y se designe a dicho ministerio como entidad responsable de hacer efectivos los derechos del niño; que esa repartición pública cuente con los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios para su eficaz funcionamiento; y que se establezca un mecanismo adecuado de coordinación a nivel nacional, regional, local y con participación de la sociedad civil.

El Comité también señala como una preocupación el retraso en la implementación de los sistemas de información estadística y la falta de indicadores para supervisar y evaluar el respeto a los derechos del niño. Desde esta perspectiva, el trabajo que realice la futura Subsecretaría de la Niñez, puede ser un gran aporte en estas materias.¹⁴

Finalmente, el Comité señala su preocupación por la inexistencia de un mecanismo de control de presupuesto que supervise las asignaciones presupuestarias desde el punto de vista de los derechos del niño, y manifestó en este sentido, que en nuestro país es muy difícil conocer el presupuesto real destinado a los NNA.

2. AGENDA LEGISLATIVA: ¿UN INTENTO PARA SALDAR LA DEUDA CON NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

En concordancia con los estándares internacionales revisados y en atención a las recomendaciones formuladas al Estado de Chile por el Comité, es importante indicar que cualquier tipo de institucionalidad que se pretenda instaurar en materia de infancia y adolescencia, debe

13 Comité de Derechos del Niño, op.cit., 2015, párr. 12.

14 Comité de Derechos del Niño, op. cit., 2015, párr.13.

construirse desde una perspectiva de derechos humanos. Esto significa que la participación del Estado en materia de niñez y adolescencia debe ser desde la óptica de la promoción y protección de derechos, asegurando un mínimo universal a todos los NNA. Solo de este modo sería posible abandonar el modelo de la acción focalizada y fraccionada que ha tenido hasta hoy, el cual no permite reconocer efectivamente a niños y niñas como verdaderos sujetos de derecho.

En la actualidad, el Estado solo ha intentado abordar a un porcentaje muy reducido de NNA, en especial de sectores económicamente vulnerables,¹⁵ sin haber desarrollado políticas públicas tendientes a proteger y promover los derechos de todos los NNA.

Desde esa perspectiva, la presentación durante 2015 de dos proyectos que pasaremos a revisar, es sin duda un avance. Sin embargo, a 26 años de la ratificación de la CDN, la sola presentación de los mismos no salda la deuda que aún el Estado de Chile mantiene con sus niños y niñas.

2.1 Proyecto de ley que crea el Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez

Según lo sostenido en el Mensaje Presidencial, se trata de una normativa que pretende “dotar al país de un sistema coordinado de dispositivos legales, institucionales, políticos y sociales, orientados a asegurar la efectividad de los derechos de los niños y a velar por su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, considerando su identidad cultural y su pertenencia a pueblos indígenas”.¹⁶

El proyecto presentado al Congreso, dispone de cinco títulos que dicen relación con el objetivo perseguido por la ley; los principios, derechos y garantías que se reconocen a niños y niñas; el establecimiento de un sistema de protección administrativa y judicial; la institucionalidad referida a la infancia y la adolescencia junto a un plan de acción y una política nacional de infancia. El proyecto en comento está siendo revisado por la Comisión de Familia desde octubre de 2015, luego de que se aprobara la idea de legislar en general en el mes de diciembre del mismo año. Posteriormente, se le formularon 499 indicaciones por parte de los parlamentarios y 45 del Ejecutivo.

15 Tal como se ha indicado en *Informes* anteriores, si bien el mandato legal del Servicio Nacional de Menores es atender a niños y niñas que han sido vulnerados en sus derechos y aquellos que están en conflicto con la ley penal que son mayores de 14 y menores de 18 años, las cifras indican que la mayoría de la población infanto juvenil del país que es usuaria de los programas de SENAME, corresponde a los quintiles más pobres. Esto no significa que solo los NNA pobres sean víctimas (según cifras de UNICEF, el 73,4% de los niños en Chile han sido víctimas de alguna forma de maltrato) o infractores. Lo que sucede es que hay una focalización hacia los más pobres, ya que en sectores socioeconómicos altos ni siquiera existen programas de SENAME u oficinas de protección de derechos de la infancia. Ver: *Maltrato Infantil y Relaciones Familiares en Chile*, Unicef, 2006, pp. 17 – 20. *Informe 2014*, pp. 417-446.

16 Boletín 10.315-18, “Proyecto de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez”, 21 de septiembre de 2015.

Sin lugar a dudas, el alto número de indicaciones de la más variopinta naturaleza, no permite afirmar con algún grado de certeza que se mantendrá el contenido original del proyecto presentado por el Ejecutivo. Sin perjuicio de ello, es pertinente indicar sus ideas matrices, toda vez que según el Reglamento de la Cámara, las indicaciones para poder ser incorporadas y votadas, no pueden alejarse de ellas. Las ideas matrices son las siguientes:

a) Ley de garantías:

Se pretende crear un sistema que proteja integralmente en la legislación interna los derechos de los NNA, y que les permita el ejercicio efectivo de todos aquellos reconocidos en la Constitución, en la CDN, así como en los demás tratados que se encuentren vigentes.

No obstante las intenciones planteadas en la redacción del articulado, existen serias dudas respecto a la verdadera voluntad del Estado de obligarse a promover, proteger y garantizar todos los derechos de los NNA. Un ejemplo de ello, es que no crea un dispositivo territorial ni menciona que órgano del Ministerio tiene a su cargo la ejecución de los derechos y garantías dispuestos en la ley. Simplemente alude a que será el Ministerio de Desarrollo Social el organismo llamado, por ejemplo, a implementar medidas administrativas, pero no indica qué órgano es el llamado a intervenir.

Asimismo, es preocupante la majadera reiteración en el proyecto – más de quince menciones– respecto a que cada una de las obligaciones que le corresponde al Estado está sujeta a la disponibilidad presupuestaria. Esta limitación se aleja de lo dispuesto en el artículo 4 de la CDN, que indica:

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

El estándar que establece esta norma es, en primer lugar, el principio de efectividad: todos los derechos deben ser asegurados por el Estado. Y, en segundo lugar, que cuando se trate de los derechos económicos, sociales y culturales de los NNA, deben asegurarse hasta el máximo de los recursos, lo que no es equivalente a la “disponibilidad presupuestaria” propuesta por el Ejecutivo. De seguir la inicial fórmula planteada por el Ejecutivo, no se trataría de una ley de garantías que reconoce los derechos inherentes a todo NNA, sino que simplemente se les asegurarían en la medida que estén disponibles los recursos. Esta limitación no es aceptable en materia de derechos humanos y contraviene las normas internacionales que Chile ha suscrito.

b) Provisión de servicios y prestaciones sociales

El proyecto señala que se contempla, por una parte, un sistema de protección que propende a asegurar el goce de derechos principalmente a través de políticas sociales y, por otra, prestaciones especializadas para los casos en que haya que reparar o restituir derechos.

En este sentido, el desarrollo del articulado no es claro en indicar si se trata de políticas universales de protección social o solo de políticas focalizadas en un grupo específico de NNA, lo cual es preocupante, porque el primer punto que una ley de esta naturaleza debe resolver, es que el Estado proteja a todos los niños y niñas de manera universal. Es una tarea que, hasta hoy, no ha sido abordada y solo se han dado respuestas fraccionadas y atendiendo a un grupo muy reducido de niños, específicamente a aquellos que han sido vulnerados en sus derechos en la forma mas grave.

c) Ley marco

Que sea una ley marco significa que, por una parte, permite el desarrollo de otros cuerpos normativos y, por otra, que busca instalar una visión transversal del enfoque de derechos en los organismos del Estado. Según lo indicado por el Ejecutivo en el contexto de la discusión parlamentaria del proyecto de ley, se pretende sujetar todas las normas en materia de infancia, a las bases que sostiene dicho proyecto que crea el sistema de garantías.¹⁷

La denominación “ley marco” es un concepto político y no jurídico, porque el proyecto en comento, corresponde a una ley ordinaria que tiene quórum para su aprobación en esa calidad y que no se erige como una norma superior a otras ya existentes que dicen relación con NNA.

d) Se establece un sistema para la garantía de derechos

El proyecto señala que se pretende “generar una ley marco (que) es congruente con la respuesta pública sistémica que debe adoptarse frente a los problemas de la infancia”.¹⁸

La alocución “problemas de la infancia” da cuenta de una lógica aún muy tutelar de la acción del Estado en relación a la infancia y la adolescencia, cuando en realidad se debiera generar un marco normativo para abordar la promoción y proteger los derechos de los NNA, sin que ello necesariamente sea un “problema” per se.

e) Sistema institucional

El proyecto propone la creación de una nueva institucionalidad, pero fortaleciendo organismos que ya existen, como es el Ministerio de

17 Discusión en la Comisión de Familia, sobre la calidad de ley marco de este proyecto. Mayo de 2016.

18 Mensaje presidencial, Boletín N°10.315-18.

Desarrollo Social, del cual dependerá la futura Subsecretaría de la Niñez.¹⁹ En este punto, se hace mención a que el desarrollo de esta institucionalidad tiene incluida la creación del Defensor de la Niñez para que contribuya “a la promoción, protección y defensa de los derechos de los niños”, pero aclarando que ello se presentaría en un proyecto diferente.²⁰

f) Adopción de medidas de protección

Se entrega la facultad al Ministerio de Desarrollo Social para adoptar medidas, por la vía administrativa, con miras a la adopción, ejecución, y protección de derechos.

Lo anterior, en principio podría ser favorable, sin embargo hay una serie de dudas que deben ser despejadas para que la figura tenga efectiva eficacia.

Una de ellas, tiene que ver con que –tal como lo señalábamos precedentemente– el proyecto no indica qué órgano dentro del Ministerio de Desarrollo Social se hará cargo de impetrar estas medidas ni tampoco crea un dispositivo especializado para ello.

Otra dificultad tiene que ver con que tampoco crea un procedimiento especial para la tramitación de estas medidas, sino que aplica las normas propias del procedimiento administrativo. Las condiciones actuales en que se desarrollan los procedimientos administrativos no otorgan verdaderas garantías a los niños y niñas, sus familias o representantes. Ello, porque dicho procedimiento no contempla la intervención de duplas técnicas que hagan la evaluación o espacios amigables para que niños y niñas puedan hacer la solicitud a la Administración. En el caso particular de la protección de los derechos de la niñez, se requieren ciertas precisiones como, por ejemplo, plazos acotados para que las solicitudes sean resueltas y la medida solicitada sea efectiva.

19 Dicho órgano será creado por otro proyecto que fue presentado en conjunto con el de sistema de garantías en septiembre de 2015, bajo el Boletín 10.314-06, en el Senado. Se revisará en el 2.2 de este apartado.

20 El cual fue presentado en marzo de 2016, Boletín 10.584-07; y que ingresó al Senado. Cabe señalar que el Ejecutivo ha anunciado que la reforma a la institucionalidad en materia de infancia y adolescencia se funda en la presentación de al menos seis o siete proyectos de ley, lo cual genera dudas en cuanto a su efectividad, toda vez que se trata de reformas profundas y ambiciosas, en un periodo de gobierno muy corto –son solo cuatro años de mandato– y sujetas a los tiempos propios de la discusión parlamentaria, que no aseguran que sea posible llevar a cabo la tramitación de cada uno de ellos. El Ministerio de Desarrollo Social, en conjunto con el Consejo para la Infancia, han informado en distintas reuniones de trabajo con la sociedad civil así como al momento de presentar el proyecto que crea el sistema de garantías de la niñez ante la Cámara de Diputados en la Comisión de Familia, que el paquete legislativo que el Ejecutivo pretende llevar adelante consta de los siguientes proyectos: Ley que crea el sistema de garantías de la niñez, Subsecretaría de la Niñez, Defensor del Niño, creación del sistema de protección especial y el sistema de justicia juvenil (dependientes del Ministerio de Desarrollo Social y del Ministerio de Justicia, respectivamente); ley adecuadora de la Ley 20.032 que regula los organismos colaboradores y la ley adecuadora de tribunales de familia.

g) Política nacional de la niñez

Apunta a ser un proyecto que involucre e integre el pleno desarrollo de todos los niños.

h) Ajustes normativos a partir de la ley de garantías de derechos de la niñez

Señala que deberá procederse a la derogación de la ley de menores y eventualmente a introducir reformas a la Ley de tribunales de familia. Sin embargo, en el articulado no hay referencia a ello.

En virtud de lo expuesto en las ideas matrices del proyecto, así como del análisis del articulado propuesto (haciendo la salvedad de lo preliminar del mismo, toda vez que podría cambiar, en lo medular, sus disposiciones), sostenemos que el proyecto en su estado actual no cumple cabalmente con un enfoque de derechos humanos por las siguientes razones:

- No queda claramente establecido el rol de garante que le cabe al Estado en relación a la promoción, protección y garantía universal de los derechos de los NNA.
- No establece mecanismos eficaces para materializar el principio de efectividad de los derechos según lo dispone el artículo 4 de la CDN. Por una parte, la tutela administrativa tal como está planteada, no tiene una mirada desde la protección universal; y, por otra, no establece una acción de tutela en caso de vulneración de los derechos de NNA.
- No dispone expresamente la derogación de la Ley de Menores, sujetando ello a la dictación de otras normas que aún no se han presentado al Congreso, por lo cual, incluso aprobándose este proyecto, el Estado todavía no contaría con normas adecuadas completamente al estatuto jurídico fijado por la CDN.

2.2 Proyecto de ley que crea la Subsecretaría de la Niñez

Parte del paquete legislativo propuesto por el Ejecutivo para la implementación de una nueva institucionalidad en materia de infancia y adolescencia, incluye la modificación a la Ley 20.530 que crea el Ministerio de Desarrollo Social para incluir la Subsecretaría de la Niñez²¹ como parte del programa de gobierno que busca poner al centro de las políticas públicas a los NNA, creando un sistema de protección integral que los beneficiará.

El Mensaje de este proyecto de ley afirma que “el primer paso es entonces crear una nueva institucionalidad para los niños, estableciendo un rol de rectoría que ejercerá el Ministerio de Desarrollo Social sobre

21 “Proyecto que crea la Subsecretaría de la Niñez, modificando la Ley 20.530”, presentado al Senado el 21 de septiembre de 2015, Boletín 10.314-06.

los nuevos servicios que asumirán las tareas de promoción y protección de los derechos de los niños. En particular, el presente proyecto de ley se hace cargo del área de gestión estratégica del sistema y de la articulación del mismo a nivel nacional”.²²

De este modo, la nueva institucionalidad tiene como principales funciones el diseñar la estrategia para la niñez y el rol de articulación que permite que la protección de los derechos de la infancia sea integral y universal; incluyendo desde ahora la obligación de velar por los derechos de los niños, con el fin de promover y proteger el ejercicio de esos derechos, además de coordinar acciones que tengan como finalidad la atención de los NNA.

En la modificación a la Ley 20.530, se agrega –a la definición del Ministerio de Desarrollo Social– que este organismo “velará por los derechos de los niños con el fin de promover y proteger su ejercicio de conformidad con el Sistema de Garantía de Derechos de la Niñez, y la presente ley”.²³

Entre las funciones y atribuciones del Ministerio para cumplir con esta nueva misión, se encuentran las siguientes:

- a) Asesorar a la Presidencia en temas de infancia.
- b) Proponer, informar de la ejecución y monitoreo de la Política de Infancia y su plan de Acción.
- c) Administrar, coordinar y supervisar los sistemas de gestión intersectorial.
- d) Promover la protección integral (difusión, capacitación y sensibilización).
- e) Promover la participación de los niños.
- f) Medición y seguimiento de las condiciones de vida de los niños.
- g) Desarrollar estudios e investigaciones sobre la niñez.
- h) Colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en la elaboración de informes periódicos del Estado de Chile en materias de infancia.

Sin lugar a dudas, contar con un órgano rector que tenga una mirada integral y universal de la infancia, que asuma las tareas de promoción y protección de los derechos de NNA, que genere y gestione estrategias, políticas y planes en materia de infancia y adolescencia; y que coordine las políticas sectoriales de niñez, representa un importante avance para el goce efectivo de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes.

La incorporación de un órgano de esta naturaleza, permitirá que los NNA puedan contar con un ente rector que articulará las diferentes políticas públicas relacionadas con ellos y que asumirá las tareas de

22 Ibid.

23 Ibid.

promoción y protección de los derechos de los niños desde una mirada integral y universal. Además este órgano colocará especial énfasis en la gestión estratégica del sistema y en la articulación en temáticas de infancia y adolescencia a nivel nacional, liderando la Política Nacional de la Niñez, lo que implica impulsar su ejecución y seguimiento.

Es valorable la primera iniciativa del Ejecutivo de impulsar una nueva institucionalidad de infancia, presentando un paquete legislativo con el cual se pretende ajustar nuestra normativa a lo dispuesto por la CDN, y, entre otras modificaciones, derogar de una vez la Ley de Menores. No obstante, existen evidentes preocupaciones sobre la pronta aprobación de estas normas y la implementación de esta nueva institucionalidad.

Por una parte, llama la atención que a la Subsecretaría de la Niñez se le asigne la labor de “proponer al Presidente de la República la Política Nacional de Infancia”; considerando que el Consejo para la Infancia ya lanzó la Política Nacional de Niñez y Adolescencia 2015–2025, en marzo de este año. Lo anterior genera inquietudes sobre si habrá continuidad o cambio en la Política Nacional de Niñez y Adolescencia, así como sobre la elaboración y ejecución de los planes de acción. En este sentido, es importante señalar que es muy distinto el enfoque que podría tener un órgano de la administración del Estado, que implementa y ejecuta políticas públicas, y el Consejo de Infancia, que es una instancia asesora presidencial. Por ello no queda claro el futuro de la Política Nacional de Infancia. Las normas transitorias del proyecto disponen que parte del actual Consejo para la Infancia integrará la nueva Subsecretaría de la Niñez; sin embargo, aún persisten las dudas sobre cómo será realmente el funcionamiento de este nuevo órgano.

Por otra parte, a la Subsecretaría se le entregan funciones que también debieran ejercer otros órganos de la administración, como es el de colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en los informes a los comités. La elaboración de informes ante órganos de tratado es una función que además está entregada a la Subsecretaría de Derechos Humanos, organismo que no es mencionado en este proyecto. Asimismo, la tarea de aportar con la elaboración de estos instrumentos, también se le entrega al Defensor del Niño, en un proyecto presentado en marzo de 2016, y ninguna norma establece quién hará la coordinación o a que órgano corresponde la obligación prioritariamente.

Asimismo, el proyecto crea el “Consejo de la Sociedad Civil de la Niñez”, pero no resuelve si coexistirá con el consejo de la sociedad civil del propio Ministerio de Desarrollo Social, que fue creado por la ley 20.500, o bien asumirán ámbitos distintos de trabajo.

Por último, es motivo de preocupación que, efectivamente, se logren aprobar los siete proyectos de ley anunciados²⁴ y tampoco se sabe cómo

24 Especialmente porque, a junio de 2016, solo se han presentado tres. Quedan pendientes:

podrían convivir en la práctica, las disposiciones de la ley de garantías, con la Subsecretaría de la Niñez en el marco de la anciana y tutelar Ley de Menores, que no está previsto sea derogada por ninguno de los proyectos que se encuentran en tramitación.²⁵

Se trata de un proyecto de ley que se presentó en septiembre de 2015 y al cierre de esta edición, aún no comenzaba su tramitación, por lo cual no es posible hacer un análisis más profundo sobre cómo quedará el diseño definitivo del órgano rector y cuáles serán las implicancias de ello.

Por otra parte, quedan dudas respecto de las funciones que se le han encomendado, como, por ejemplo:

- Su complementación con la Subsecretaría de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia, toda vez que tienen encomendada una función equivalente, como es la elaboración de informes para órganos internacionales en materia de derechos humanos.
- Saber cómo dialogarán las normas relativas a la participación efectiva de los niños, con las dispuestas en la Ley 20.500 sobre participación ciudadana.
- Saber si será este órgano el encargado de revisar las medidas de protección administrativas dispuestas en la ley de garantías en materia de protección universal, o bien se creará un dispositivo dependiente de él.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se ha indicado en ediciones pasadas del *Informe*, nuevamente debemos sostener que las deudas del Estado de Chile con sus niños, niñas y adolescentes siguen sin ser saldadas. Y a pesar de las abundantes declaraciones sobre la voluntad del Ejecutivo de avanzar en la implementación de normas y políticas públicas que se ajusten a las disposiciones de la CDN, a 26 años de su ratificación esto sigue siendo una tarea pendiente para el Estado.

Durante el 2015, al alero del Consejo para la Infancia existían grandes expectativas sobre los avances que el Gobierno podría alcanzar en la materia, sin embargo, solo se logró la presentación de dos proyectos de ley, que eran parte del compromiso de representantes del Estado

el proyecto que crea el servicio de protección especial, el servicio de reinserción juvenil (los cuales traerían el fin del Servicio Nacional de Menores), el que modifica la Ley de tribunales de familia y el proyecto de ley que modifica la Ley de subvenciones Ley 20.032.

25 A saber: Crea el sistema de garantías de la niñez (Boletín 10.315-18), ley que crea la Subsecretaría de la Niñez (Boletín 10.314-06) y ley que crea el Defensor de la Niñez (Boletín 10.584-07).

ante el Comité de los Derechos del Niño, que realizó la revisión en Chile en septiembre de ese año.

Dichos proyectos –tanto el que crea el Sistema de Garantías de la Niñez como el que modifica el Ministerio de Desarrollo Social, creando la Subsecretaría de la Niñez– no se ajustan cabalmente a los estándares fijados por el derecho internacional de los derechos humanos.

En el caso de la ley que crea el Sistema de Garantías de la Niñez, deja serias dudas sobre su efectividad, toda vez que condiciona gran parte del catálogo de derechos a la disposición presupuestaria del Estado. Tampoco otorga mecanismos administrativos y judiciales efectivos que permitan ejecutar los derechos reconocidos en dicho instrumento. Además, las 499 indicaciones formuladas por la Comisión de Familia más las 45 indicaciones efectuadas por el Ejecutivo, generan un escenario de mucha incertidumbre sobre los contenidos que, en definitiva, tendrá la nueva normativa.

En relación al proyecto de ley que modifica el Ministerio de Desarrollo Social y que crea la Subsecretaría de la Niñez, es importante indicar que es muy valiosa la creación de un órgano de esta naturaleza, que tenga como finalidad eruirse como órgano rector de las políticas públicas relativas a infancia y adolescencia y cuyo objetivo central sea coordinar y sistematizar la respuesta del Estado frente a su obligación de promover y proteger los derechos de los NNA. La gran falencia que ha tenido nuestro sistema es carecer de una mirada holística e integradora, que permita atender a todos los niños, niñas y adolescentes del país, desde una óptica universal.

Como hemos sostenido tanto en esta edición, como en anteriores del *Informe*, la ausencia de una política pública universal en materia de infancia y adolescencia, que responda a la necesidad de protección y garantía de los derechos de todos los niños y niñas que habitan en el territorio de la república, ha generado que las respuestas estatales tengan una perspectiva tutelar, sin enfoque de derechos, fraccionada y focalizada, que no ha permitido generar una cultura de respeto y garantía de los derechos humanos de los NNA.

Por lo mismo, no es casual que el 71% de los NNA del país, de manera transversal, refieran haber sido víctimas de violencia física o psicológica y esta cifra se mantenga prácticamente invariable en los últimos 10 años.²⁶

El Estado no solo ha incumplido sus obligaciones internacionales en materia de promoción, prevención y protección de los derechos humanos de NNA, sino que tampoco ha generado políticas públicas que promuevan el respeto y protección de niños y niñas.

26 Soledad Larraín, Carolina Bascuñán, *Cuarto Estudio de Maltrato Infantil*, Unicef, Chile, 2012, pp. 31- 32.

Tal como lo hemos señalado en las páginas precedentes, el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet, instauró el Consejo para la Infancia con la convicción de que existe una necesidad imperiosa de situar las necesidades de niños y niñas en un lugar prioritario en el ámbito de las políticas públicas.

Sin embargo, a dos años de su implementación, su avance en términos legislativos es escaso, por no decir prácticamente nulo. Se propuso una ambiciosa agenda que no ha logrado avanzar sustancialmente en el Congreso, y las 499 indicaciones al Proyecto de Ley que crea el Sistema de Garantía de la Niñez, no entregan mayores certezas sobre cómo finalizará el proceso legislativo. Junto a ello, hacia junio de 2016, el proyecto de ley que crea la Subsecretaría de la Niñez, no ha comenzado su tramitación y ni siquiera ha sido puesto en tabla en la comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, donde se encuentra alojado el proyecto.²⁷

En este escenario, resulta indispensable que el Estado dé cabal cumplimiento a las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño, y en ese sentido estimamos fundamental profundizar en las siguientes recomendaciones:

1. Aprobar con prontitud el proyecto de ley boletín 10.315-18, que crea el Sistema de Garantías de la Niñez, incorporando un enfoque de derechos humanos que insume dicho proyecto con elementos básicos para ello: que no se sujete el reconocimiento de derechos a la disponibilidad presupuestaria, que se dé efectividad inmediata a los derechos civiles y políticos y de protección especial, y respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, de manera progresiva y hasta el máximo de los recursos disponibles, tal como lo dispone el artículo 4 de la CDN.
2. Derogar la Ley de Menores del año 1967, que es absolutamente incompatible con las normas dispuestas en la CDN y con un adecuado abordaje de las políticas públicas desde una perspectiva de derechos, abandonado completamente la doctrina de la situación irregular.
3. Aprobar prontamente el proyecto de ley boletín 10.314-06, que modifica la ley orgánica del Ministerio de Desarrollo Social, creando la Subsecretaría de la Niñez para que como órgano rector, articule las políticas públicas en materia de infancia, desde

27 Cabe señalar que debido a que en el mes de abril de 2016 falleció una niña en un hogar de protección de administración directa del Servicio Nacional de Menores, una serie de acciones se pusieron en funcionamiento, tanto a nivel de poder Ejecutivo como Parlamentario. En ese contexto, el Senado aprobó la conformación de una Comisión Especial de Infancia para darle más ágil tramitación a los proyectos de esa materia. Sin embargo, entre los proyectos priorizados, no se encuentra el de la Subsecretaría. Ver: Senado.cl: "Priorizan proyectos que sancionan el maltrato infantil fuera de la familia y el que crea el defensor del niño", 22 de junio de 2016.

una perspectiva holística e integral, que permita generar políticas de protección universal y, de manera diferenciada, poder generar un sistema de protección especial; ambas necesidades desde una óptica de enfoque de derechos.

4. Ajustar las políticas públicas y las normas a los principios básicos que fundan e informan el derecho internacional de los derechos humanos en materia de infancia, especialmente en lo relativo al principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído.